



Universiteit
Leiden

The Netherlands

De 'heren van het recht': rechters, politici en geleerden

Caenegem, R.C. van

Citation

Caenegem, R. C. van. (1994). De 'heren van het recht': rechters, politici en geleerden. *Bw-Krant Jaarboek*, 55-71. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36706>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36706>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De 'heren van het recht': rechters, politici en geleerden

*R.C. van Caenegem**

DE SCHEIDING DER MACHTEN VANDAAG

Het is wel bekend dat de principiële scheiding van de drie machten — de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke — niet betekent dat er geen geschillen kunnen rijzen over hun precieze afbakening in het leven van elke dag. De lezer zal zich moeiteloos een aantal voorbeelden herinneren uit het recente verleden. Zo werd de Franse Constitutionele Raad op het matje geroepen door de eerste minister omdat de Raad lastig had gedaan over bepaalde door de regering gewenste veranderingen in de wetgeving op de immigratie (waarbij de Constitutionele Raad een voor politici soms vervelende tekst had ingeroepen die bekend staat als de Constitutie). Dit soort van rechterlijke inmenging in het werk van regering en wetgever heeft men recentelijk ook in Engeland meegemaakt, waar vooraanstaande rechters openlijk en plechtig bezwaar maakten tegen de voorgenomen inkrimping van de rol van de jury in de strafprocedure, daarbij niet verwijzend naar een al of niet geschreven grondwet van het Verenigd Koninkrijk, maar naar een beroemde middeleeuwse tekst, waarvan de 19de-eeuwse hervormers niet alle artikels hebben afgeschaft, nl. de Magna Carta van koning Jan zonder Land (wanneer deze eerbiedwaardige tekst wordt ingeroepen, is er duidelijk iets belangrijks aan de hand).¹ In de zomer van 1993 werd, zoals bekend, een poging om het verdrag van Maastricht door de Britse rechterlijke macht ongeldig te laten verklaren verijdeld — weinigen hadden haar trouwens een kans gegeven. Een opvallend voorbeeld van een door de wetgever geautoriseerde interventie van de uitvoerende macht in de werking van het gerecht vindt men in een Britse wet van 1966 die de Home Secretary de macht geeft het Court of Appeal te Londen op te dragen een zaak opnieuw te behandelen die volgens de heersende doctrine reeds alle normale stadia heeft doorlopen. Een commentator stipt

* Prof. dr. R.C. van Caenegem is emeritus hoogleraar middeleeuwse geschiedenis en rechtsgeschiedenis aan de Rijksuniversiteit Gent.

1. Het klassieke, onlangs in herziene versie verschenen werk over het 'Groot Charter der Vrijheden' is J.C. Holt, *Magna Carta*, Cambridge, ²1992. Voor de ingrepen van de 19de-eeuwse wetgever consultere men A. Pallister, *Magna Carta. The Heritage of Liberty*, Oxford, 1971.

daarbij aan dat deze maatregel werd aangevoeld als 'an almost unconstitutional intrusion of the executive power into the judicial'.² In België is in het recente verleden enige beroering ontstaan rond een initiatief van het Parlement om bij middel van onderzoekscommissies (wellicht geïnspireerd door de Amerikaanse hearings) licht te werpen op bepaalde vormen van criminaliteit, die door de rechtbanken niet hard genoeg waren aangepakt en die de openbare opinie in beroering hadden gebracht. Zoals men kon verwachten protesteerde de rechterlijke macht tegen deze aantasting van de haar door de grondwet toegekende bevoegdheid. Vele lezers zullen zich ook herinneren hoe vooraanstaande magistraten bij het Belgische Hof van Cassatie zich voor enkele jaren kritisch hebben uitgelaten over de — inmiddels gerealiseerde — opzet van de politieke wereld, d.i. regering en parlement, over te gaan tot de oprichting van het Arbitragehof. Dit laatste heeft een beperkte bevoegdheid als Grondwettelijk Hof, rol die de critici voor het Hof van Cassatie hadden opgeëist.³

HET OUDEUROPESE TIJDVAK: VAN TWEE NAAR DRIE MACHTEN

Ondanks dit soort van wrijvingen is het duidelijk dat de bekende Scheiding der Machten nog steeds stevig is ingeburgerd. Ze bestond trouwens al voor Montesquieu, en het lijkt ons nuttig even stil te staan bij haar vroege geschiedenis. Ik meen dat men haar oorsprong, in de ontwikkeling van het publiekrecht, kan detecteren in de grote Europese monarchieën van de 12de en volgende eeuwen. In die tijd heeft zich nl. een splitsing voorgedaan — een soort van celdeling — van de oude feodale *curia regis*, het hof van de koning dat, in een en dezelfde zitting en met hetzelfde personeel van feodale baronnen, beslissingen trof over oorlog en vrede, ordonnanties uitvaardigde en geschillen beslechtte. Vanaf de 12de eeuw trad, o.a. in Engeland en Frankrijk, een werkverdeling op en ontstonden een aantal professionele organen, die zich op een permanente basis inlieten met administratie (rekenhoven!) of rechtspraak. In Engeland ontstonden in de 12de eeuw de koninklijke hoven van het *common law*, in de 13de eeuw in Frankrijk gevolgd door het Parlement van Parijs. Zoals de rechtspraak van de aloude *curia* werd overgenomen door de gespecialiseerde Court of Common Pleas, zo werd de wetgeving mettertijd overgenomen door het Parlement te Westminster.⁴

Deze taakverdeling is de vrucht van een langzaam proces geweest. Zo treft

2. Aldus Stephen Sedley, thans rechter in de High Court in Londen en voorheen advocaat gespecialiseerd in publiekrecht en mensenrechten, in: London Review of Books, 23 sept. 1993, p. 3.
3. Zie de beschouwingen van een gezaghebbend Belgisch voorstander van 'judicial review' uitgeoefend door de gewone rechtbanken: F. Dumon, Het juridictioneel toetsingsrecht van de grondwettigheid der wetten, in: Rechtskundig weekblad, 1989-90, nr. 1, 2 sept. 1989, p. 1-10. Zie voor de beschouwingen van een Belgisch tegenstander van dit 'judicial review': H. van Impe, Van democratisch parlementarisme naar bevoegde democratie, in: Jaarboek Administratieve en Economische Hogeschool, 1989, p. 235-243.
4. Zie de beknopte schets in R.C. van Caenegem, Geschiedkundige inleiding tot het recht, II, Publiekrecht, Brussel, 1988, p. 65 volg.

men, eeuwen nadat de koninklijke rechtbanken waren ontstaan, nog restverschijnselen aan van de oude voorstelling van de koning als opperste rechter. Niet alleen bestonden naast de Court of Common Pleas ook de King's Bench en de Council, maar zelfs koning Jacobus I (1603-25) voelde zich nog geroepen persoonlijk te interveniëren in het optreden van de koninklijke rechtbanken. Hij aarzelde niet Sir Edward Coke († 1634), wellicht de geleerdste common lawyer van alle tijden, af te danken, die de koning in zijn gezicht had gezegd dat de beroepsrechters beter gequalificeerd waren om recht te spreken dan zijne majesteit (ook al was Jacobus I een van de geleerdste vorsten uit de geschiedenis).⁵ Uit de jaren 70 van de volgende eeuw dateert het bekende proces van de molenaar van Sans-Souci, met de persoonlijke ingreep van koning Frederik van Pruisen,⁶ terwijl ook de Franse Conseil du Roi zich in die tijd nog het recht voorbehield arresteren van het Parlement van Parijs in laatste aanleg te reviseren. Anders dan in Engeland, heeft zich in Frankrijk geen afzonderlijk wetgevend orgaan ontwikkeld. De Staten Generaal hebben, vooral in de 16de eeuw, wel ambities in die zin gekoesterd, maar ze hebben die niet gerealiseerd: integendeel, tussen 1614 en 1789 zijn ze niet eens meer samengekomen. De wetgevende macht bleef in Frankrijk in koninklijke handen: de *Ordonnances des Rois de France* vullen een statige reeks banden en zijn een monument van wetgeving met Europese betekenis. Toch is er in Frankrijk net als in Engeland een orgaan geweest dat een beduidende impact heeft gehad op die wetgevende activiteit. Het was echter geen politiek en (voor een goed deel) verkozen lichaam, zoals het Parlement van Westminster, maar een rechtbank, het Parlement van Parijs. De Romeinsrechtelijk geschoolde raadsheren van het Parlement hadden nl. de bevoegdheid te 'remonstreren' tegen de nieuwe koninklijke ordonnances, op grond van de algemene rechtsbeginselen en de *lois fondamentales du royaume*. Het Parlement van Parijs heeft veelvuldig gebruik gemaakt van dat recht van remonstrantie en, hoewel de koning zich steeds door een uitdrukkelijke wilsbeslissing over de bezwaren van de rechter kon heenzetten (en dat ook herhaaldelijk heeft gedaan), is de impact van het Parlement op de wetgeving diepgaand

5. Coke's antwoord op 's konings aanspraken verdient geciteerd te worden: '... to which it was answered by me, that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes ... are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of the law, which law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognisance of it...' (J.M. Kelly, *A short history of western legal theory*, Oxford, 1992, p. 233).
6. De inzet van het proces was de watermolen die Christian Arnold pachtte van graaf Schmettau. Hoewel deze laatste voor verschillende rechtbanken het pleit had gewonnen, was de koning overtuigd dat de pachter het slachtoffer van standsvooroordelen was geworden en velde zelf op 9 januari 1780 het laatste en onaanvechtbare vonnis in diens voordeel en veroordeelde de 'schuldige' rechters. Zie over dit proces en zijn grondwettelijke repercussies W. Hülle, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, III, Berlin, 1984, kol. 726-28 (met lit.).

geweest en heeft het met name in de 18de eeuw talrijke regeringsinitiatieven tot (o.m. fiscale) modernisering verrijdeld.⁷

Het is duidelijk dat in het Oudeuropese tijdvak twee onderscheiden machten opereerden. De eerste was de politieke macht, d.i. de koning en zijn raad, die regeerde en wetten maakte: in Frankrijk was dat de koning (maar met inspraak van het Parlement van Parijs), in Engeland was dat de 'King in Parliament'. De andere macht was de rechterlijke, die op eeuwen professionele activiteit en een soliede jurisprudentie kon bogen. De rechterlijke 'macht' verdient deze benaming omdat ze er in slaagde onafhankelijk te worden van de koninklijke regering, waardoor een afdanking door de heerser, zoals Coke had ondergaan, uitgesloten werd. In Engeland werd deze verworvenheid vastgelegd in de Act of Settlement van 1701. In Frankrijk berustte de rechterlijke onafhankelijkheid op een zeer verschillende grondslag, nl. de *vénalité des offices*, wat meebracht dat de raadsheren van de parlementen hun zetels hadden gekocht, zodat deze hun private eigendom waren en dan ook op hun erfgenamen overgingen. Op die manier waren de raadsheren onafhankelijk, want de meeste juristen ontkenen zelfs aan absolute vorsten het recht private eigendom zonder vorm van proces te confiskeren.

Het is door een nieuwe celdeling binnen de politieke vleugel van ons diptiek dat een executieve en een wetgevende macht zijn opgetreden, wat heeft geleid tot de driedigtheid van Montesquieu's analyse. De scheiding tussen regering en wetgever heeft voor het eerst in Engeland plaatsgevonden en wel op het moment dat het Parlement de wetgever bij uitstek werd en de koning en zijn ministers de regering vormden. Deze ontwikkeling heeft zich geleidelijk voltrokken. Zoals bekend, speelde de High Court of Parliament tijdens de Middeleeuwen nog een belangrijke rechterlijke rol en is het onder de Tudors dat het geworden is wat we nog steeds kennen (vooral dan, natuurlijk, in het Lagerhuis), een politieke en wetgevende assemblee.⁸ Weliswaar moet de monarch nog steeds de nieuwe Acts of Parliament ondertekenen om ze wetkracht te verlenen, doch dit is een formaliteit, aangezien er sinds de dagen van koningin Anna geen koninklijk veto tegen een te Westminster goedgekeurde wet is uitgesproken. Afhankelijk maar gescheiden van het parlement bestaat de regering van hare Majesteit, die het dagelijkse bewind voert, m.a.w. de executieve macht uitoefent. Deze situatie is sinds de 18de eeuw duidelijk aanwezig, wanneer het kabinet is ontstaan dat niet meer werd voorgezeten door de vorst, maar zijn eigen politieke en collectieve verant-

7. Zie de goed gedocumenteerde werken van J.H. Shennan, *The Parlement of Paris*, Londen, 1968 en S. Hanley, *The Lit de Justice of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse*, Princeton, 1984. Zie echter de kritische commentaar op dit laatste werk door R.J. Knecht, *Francis I and the 'Lit de Justice': a 'legend' defended*, in: *French History*, 7, 1993, p. 53-83.

8. Zie G.R. Elton (ed.), *The Tudor Constitution. Documents and Commentary*, Cambridge, 1982; M.A.R. Graves, *The Tudor Parliament. Crown, Lords and Commons, 1485-1603*, Londen, New York, 1985 (Studies in Modern History).

woordelijkheid nam en, sinds de dagen van George III, ook niet meer op een koninklijk veto is gestoten. Hoe duidelijk dit Engelse beeld van de gescheiden machten ook is, toch mag men niet uit het oog verliezen dat er gedurende bepaalde perioden weinig wetgeving is geweest en dat in de andere de meeste en belangrijkste wetten op regeringsinitiatief tot stand zijn gekomen.

De Franse revolutie, en meer in het bijzonder de grondwet van 1791, voerde het stelsel van de scheiding der machten naar Brits model in. Wat in Groot-Brittannië langzaam was gegroeid werd in Frankrijk in één slag en abrupt ingesteld: de moderne staat verscheen er zoals Athena uit het hoofd van Zeus of, als men een meer prozaïsch beeld prefereert, als een panklaar *fast-food*. In de Franse grondwet berustte de executieve macht bij de koning en zijn ministers, de wetgevende bij de ‘Assemblée législative’ en de rechterlijke bij onafhankelijke, voor een tijdelijk mandaat door het volk verkozen magistraten.

Hoe principieel de scheiding der machten ook weze, ze is in de werkelijkheid nooit absoluut. Ze was dat niet in Groot-Brittannië (zie de rechterlijke functie van het Hogerhuis). Ze was dat evenmin in Frankrijk in 1791 (zie het koninklijk veto inzake wetgeving). En het is een opvallende trek van de huidige politieke realiteit dat de wetgevende rol van sommige parlementen zeer gering is geworden en zich beperkt tot *rubber stamping* van de wetsontwerpen ingediend door de regering. Dit is een eigenaardige terugkeer tot het Ancien Régime, waar de koninklijke ordonnances uitgingen van de regering, zonder inmenging van enige verkozen volksvertegenwoordiging, en waar de rechters de enige reële tegenspelers van de uitvoerende macht waren. Het is hierbij goed te bedenken dat wie de heerschappij van het recht over de politiek wil, ook de heerschappij van de rechters over de politici moet aanvaarden: aan deze logica kan men moeilijk ontsnappen.

EEN ANDERE TRIAS: POLITIEK BEWIND, RECHTSPRAAK EN GELEERDHEID

De jurist met belangstelling voor de historische scheppers en behoeders van het recht heeft in dit artikel tot dusver wel wetgevers-politici en rechters ontmoet, maar nog geen rechtsgeleerden — hoewel de rechtsgeleerdheid traditioneel toch één van de ‘bronnen van het recht’ is, naast de wetgeving en de rechtspraak. De trias waarmee ik hier wens te opereren verschilt dus enigszins van de bekende *trias politica*, want ze bestaat uit wetgevers, rechters en rechtsgeleerden. En wat ik hier wens te presenteren is een historisch-comparatieve analyse van de uiteenlopende rol van die drie invloedrijke groepen in de Europese rechtsontwikkeling. Hopelijk kan deze analyse een bron van inspiratie zijn op de weg naar het Europese recht van de toekomst. Ze biedt namelijk het verhaal van grote verscheidenheid naast fundamenteel parallelisme, wat de kern van de Europese problematiek raakt.⁹

9. Zie voor een uitvoeriger behandeling van de historische strijd om de controle van het recht tussen rechters, wetgevers en rechtsgeleerden: R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1993. Dat ‘law is politics under another guise’ is, zoals bekend, de visie van de School der *critical legal studies*, de

We beginnen onze analyse met de constatering dat elk van de drie bronnen doorheen onze geschiedenis belangrijk is geweest. Grote wetgevende teksten zijn tot ons gekomen uit alle fasen en landen. De reeks strekt zich uit van de Salische Wet in de vroege 6de eeuw, over de statige serie koninklijke Franse ordonnances, de Carolina van Keizer Karel V, de 'Statutes' van de Engelse parlementen en de criminele ordonnances van Filips II, tot de codes van de Verlichte Vorsten en Napoleon en het recente Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Van de invloed van de rechterlijke macht getuigen indrukwekkende reeksen vonnisregisters, die zich vaak in opvallende continuïteit over vele eeuwen uitstrekken. De stroom begint met de Engelse *curia regis rolls* en de Plea Rolls (rollen perkament die soms 100 m. lang zijn en waarvoor het Public Record Office speciale leesputters ter beschikking stelt) en hij gaat verder met de schier eindeloze rijen registers van het Parlement van Parijs (een rechtbank en geen volksvertegenwoordiging), gaande van het midden van de 13de tot het einde van de 18de eeuw. Verder vermelden we de archieven van het Duitse Rijkskamergerecht en van de Curia en de Rota Romana. Van de rol van de rechtsgeleerdheid getuigen illustere namen uit vele landen en eeuwen, als Accursius en Bartolus in de Middeleeuwen, Wielant, Damhoudere en Cujas in de 16de eeuw, Sir Edward Coke, Grotius en Pufendorf in de 17de, Savigny en Dicey in de 19de, en Kelsen in onze eigen eeuw.

De tweede constatering in onze analyse is dat de rol van deze drie schepende factoren van land tot land zeer ongelijk is geweest, en ook dat die rol in sommige landen in de loop der eeuwen constant is gebleven, terwijl ze in andere grote veranderingen heeft ondergaan. Een klassiek voorbeeld van de eerste categorie is Engeland, waar het alles overheersende common law van de 12de eeuw tot onze eigen tijd het prototype is geweest van zuiver rechtersrecht. Deze fundamentele rol is op sommige momenten aangevuld, maar nooit verdrongen, door opwellingen van wetgevende activiteit — vooral dan onder Eduard I, Hendrik VIII en Elizabeth I, en na de Tweede Wereldoorlog. Daartussen lagen periodes van wetgevende passiviteit, waarbij — in de 18de eeuw bijvoorbeeld — door officiële instanties de thesis werd verdedigd dat de wetgever zich liefst niet met het recht moest inlaten. In het Engelse landschap gelijkt de wetgever op een uitgedoofde vulkaan die een lange periode van stilte verstoort door plotse opflakkingen van verontrustende activiteit.¹⁰ De rechtsgeleerdheid komt bij dit alles nauwelijks aan bod: Henry Bracton (†1268) was een eenzame monoliet in het middeleeuwse landschap, de reeds

radicale vleugel van het Amerikaanse 'realisme', die vooral te Harvard in de jaren 1970 en '80 heeft gebloeid (Kelly, *Short History*, pp. 432-36).

10. De beroemde Lord Mansfield (1705-93) heeft het in 1744 als volgt geformuleerd: 'A statute can seldom take in all cases, therefore the common law [d.i. rechtersrecht i.t.t. 'statute law'] that works itself pure by rules drawn from the fountain of justice is for this reason superior to an Act of Parliament'. Dit was ook de opinie van de grote 17de-eeuwse common lawyer Sir Matthew Hale, die wetgeving 'a choice and tender business' had genoemd, waartoe men slechts 'very cautiously and warily' zijn toelucht moest nemen (E. Heward, *Lord Mansfield*, Chichester en Londen, 1979, pp. 63-64).

vernoemde zeer geleerde Coke was toch in de eerste plaats een common law rechter en het onderwijs van de in Duitsland theoretisch opgeleide John Austin (1790-1859) werd een mislukking. Engeland heeft het zelfs geruime tijd gesteld zonder enig georganiseerd onderwijs in de rechten en het is pas na de Tweede Wereldoorlog dat het een quasi-algemene gewoonte is geworden dat toekomstige juristen er aan de universiteit rechten studeren.¹¹

Het contrast met Italië is brutaal, want dat is het historische land van het professorenrecht bij uitstek. Ook daar staan we voor een constante, die heeft geprevaleerd gedurende zeven eeuwen, vanaf de 'wedergeboorte' van het antieke Romeinse recht rond 1100 tot de impact van de Napoleontische codes in het begin van de 19de eeuw. De positieve factor voor de dominantie van de rechtsgeleerden was de ontdekking van het Corpus Juris Civilis van Justinianus dat, geglossed en gecommentarieerd door talloze Italiaanse professoren, het overheersende recht werd, ondanks het voortbestaan van lokale costumen (die trouwens ook in Engeland naast of liever onder het common law verder leefden). De negatieve factor die de zege van het geleerde recht mede veroorzaakte (naast de intrinsieke kwaliteit van het Corpus) was de afwezigheid, in het middeleeuwse en het moderne Italië, van een hoogste centrale rechtbank, die een leidende impuls en creativiteit aan een autochtoon systeem had kunnen geven, en van een centrale wetgever, hetzij koning of keizer, die het hele land vanaf het einde van de feodale fase aan een nieuw, aangepast recht had kunnen helpen.

Wie leest in het boek van de Duitse rechtsgeschiedenis wordt getroffen door de impact van de plotse en diepgaande ommekeer die is opgetreden rond 1500, bij de 'receptie' van het Romeinse recht. Dit was een cataclysm, een ongehoorde caesuur in wat tot dan toe een onopvallend verhaal was geweest van trouw aan het aartsvaderlijke gewoonterecht, met adaptaties volgens de behoeften van tijd en plaats. Lokale en regionale rechters hadden de costumen toegepast en geformuleerd, nationale wetgeving had aan belang ingeboet ten voordele van lokale keuren. Het gewoonterecht was op schrift gesteld, o.m. in een paar 'Spiegels' van meer dan lokaal belang, door auteurs die degelijke rechtskenners waren maar geen universitair geschoolde 'legisten': de academische rechtsgeleerdheid heeft in het middeleeuwse Duitsland geen hoge toppen geschoren. Dit alles veranderde drastisch met de adoptie van het geleerde (Romeinse en kanonieke) recht als het nationale recht voor Duitsland, want niet alleen de oude costumen verloren hun positie, maar ook de oude costumiere praktijzen. Alleen wie het Corpus Juris aan de universiteit had gestudeerd bezat de sleutels van het nieuwe op boekenwijsheid gesteunde rechtssysteem: de 'receptie' luidde m.a.w. fataal het regime van de rechtsprofessoren in, ten nadele van rechters en wetgevers.¹² Voor het juiste begrip

11. Zie het hoofdstuk 'Legal Education' in B. Abel-Smith en R. Stevens, *Lawyers and the Courts. A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965*, Londen, 1967, pp. 165-186; R.C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, 1992, pp. 159-62.

12. Zie de beknopte beschrijving van dit fenomeen in: H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, I:

van de antieke en middeleeuwse autoriteiten waren de rechters in laatste instantie aangewezen op de professoren van het Romeinse recht (een situatie die haar bekroning heeft gevonden in de bekende procedure van de *Akterversendung*, waarbij de rechtsfaculteit bindend advies gaf aan de rechtbank); de wetgeving werd, buiten de *Polizei*-materie, pas in de 18de eeuw, ten tijde van de Verlichte Monarchen, belangrijk. Het gevolg van dit alles was de heerschappij van de rechtsprofessoren, eerst ten tijde van de *usus modernus*¹³ en daarna, in de 19de eeuw, ten tijde van de pandectisten (de codes van Frederik van Pruisen en Jozef II van Oostenrijk en hun opvolgers waren de rechtsgeleerdheid niet fataal geworden, vooral niet na F.C. von Savigny's principiële kritiek op de codificatiegedachte).¹⁴ Het is slechts met de invoering van het *Bürgerliches Gesetzbuch*, in het laatste jaar van de 19de eeuw, dat althans formeel de oude strijd is beslecht ten voordele van de wetgever, in casu de Reichstag, en ten nadele van de Romeins-georiënteerde geleerden. Toch hebben deze laatsten een soort posthume revanche genomen doordat vele elementen van hun doctrine een plaats in het BGB hebben gevonden, waardoor dat wetboek veel 'Romeinser' is geworden dan de Franse Code civil van 1804.

Wat in de Franse rechtsgeschiedenis opvalt is de eeuwenoude en vrij constante traditie van een harmonisch samenspel van wetgever, rechter en geleerde, waarbij geen van de drie 'heren van het recht'¹⁵ werd uitgeschakeld of de andere absoluut domineerde: elke groep droeg op een evenwichtige wijze zijn steentje bij, althans tot aan de grote caesuur van de Franse revolutie, die de politieke wereld (regering en volksvertegenwoordiging) de absolute heerschappij toespeelde en de rechters en de professoren degradeerde. Dit verbroken evenwicht heeft de hele 19de eeuw voortgeduurd¹⁶ en de terugkeer naar de vroegere, wellicht 'normale' situatie is een ontwikkeling van de

Älteres Gemeines Recht, München, 1985, pp. 7-42.

13. Eigenlijk de *usus modernus pandectarum*, dit is de gebruikelijke benaming voor de periode van de Duitse rechtsgeschiedenis die loopt van de 16de eeuw tot de tijd van de grote codificaties in de tweede helft van de 18de. In die tijd werd het geleerde Romeinse en kanonieke recht van de Middeleeuwen als *jus commune* of *Gemeines Recht* de grondslag van de moderne Duitse rechtsleer en rechtspraak. Band I van Coing's *supra* geciteerd werk is aan die periode gewijd.
14. Zie J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, Groningen, 1986, pp. 182-238.
15. Ik ontleen deze uitdrukking aan de Italiaanse vertaling van mijn Judges, Legislators and Professors, die in 1991 bij Giuffrè in Milaan is verschenen onder de titel I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea.
16. De Franse en Belgische 19de eeuw werd gedomineerd door de Exegetische School. Zie B. Bouckaert, De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieler bij de 19de eeuwse commentatoren van de Code civil, Antwerpen, 1981. Voor de 'sociologische' reactie tegen de aanbidding van de letter van de wet, die plaatsvond rond het begin van de 20ste eeuw (*Freirechtsbewegung*, 'wetenschappelijke', 'sociologische' of 'realistische' school, etc.) zie Kelly, Short History, pp. 354-371.

20ste eeuw geweest, waar doctrine en vooral rechtspraak weer een belangrijke en creatieve rol zijn gaan spelen.¹⁷

Het is wel bekend dat de rechtsgeleerdheid vanaf de 12de eeuw, wanneer de eerste leerstoelen Romeins recht in Zuid-Frankrijk zijn ontstaan, een factor in het Franse rechtsleven is geweest die niet meer was weg te denken. We verwijzen naar Jacques de Révigny (†1296) en Pierre de Belleperche (†1308) en naar de School van Orléans, een echte Europese universiteit, die alleen voor Bologna moest onderdoen. De rechtsgeleerden hebben trouwens niet alleen het Romeinse, maar ook het costumiere recht tot voorwerp van hun commentaren gemaakt: zowel Charles Dumoulin (†1566) in de 16de als Robert-Joseph Pothier (†1772) in de 18de eeuw zijn op beide gebieden werkzaam geweest. De Franse monarchie heeft, vanaf het aarzelende begin in de 12de eeuw, in een indrukwekkende stroom koninklijke ordonnances de impact van de regering op het rechtsleven verzekerd. Zoals bekend, waren sommige grote privaatrechtelijke verordeningen van Lodewijk XIV en Lodewijk XV echte deelcodificaties, waarvan talrijke bepalingen trouwens door de Napoleontische codes zijn overgenomen. Naast de statige volumes van de *Ordonnances des Rois de France de la Troisième Race* staan echter in vele bibliotheken ook de gehomologeerde costumen (o.m. in de bekende collectie van de Richebourg): de opschriftstelling van de lokale en regionale costumen en hun afkondiging als wet maakten van deze 'homologatie' een grote wetgevende operatie ondernomen door de monarchie: de costume van Parijs werd zelfs een van de grondslagen van het moderne Franse recht.¹⁸ De rechterlijke macht bleef bij dit alles niet achter. Het Parlement van Parijs, 's lands hoogste rechtbank, bouwde in de loop van zijn vijf en een halve eeuw bestaan niet alleen een indrukwekkende jurisprudentie op, maar nam ook direct deel aan de wetgevende activiteit van de regering. Dit gebeurde bij middel van de hoger vermelde remonstranties, maar ook door de directe participatie aan de totstandkoming van de koninklijke ordonnances door leidende 'parlementaire' figuren als de Lamoignon en Daguesseau.¹⁹ Het

17. Vroeger heerste de wet oppermachtig, thans stelt men de vraag 'Hoe kan men de wet nog serieus nemen?' en men constateert zonder omwegen: 'De wet ondermijnt zichzelf'. Rechterlijke interpretatievrijheid is inderdaad in de plaats gekomen van de aanbidding van het wetboek, maar, zo worden we terecht gewaarschuwd: 'Interpretatievrijheid is een ander woord voor macht. Als het zo is dat de rechter bepaalt wat de wet betekent, wat betekent de wet dan zelf?' (citaten uit W.J. Witteveen, *Postmodernisme en het gezag van de wet*, in: F.R. Ankersmit en A. Kibédi Varga (red.), *Akademische beschouwingen over het postmodernisme*, Amsterdam, 1993 (Kon. Ned. Akad. Wetenschappen, Med. Afd. Lett., N.R., dl. 56, n° 1), p. 43-44.
18. Zie over dit alles de beknopte overzichten in R.C. van Caenegem, *Geschiedkundige inleiding tot het recht*, I: *Privaatrecht*, Brussel, 1989, pp. 41-48, 98-101. Voor een uitvoerige behandeling van de opschriftstelling der costumen consultere men J. Gilissen (ed.), *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Brussel, 1962 (akten van een colloquium van 16-17 mei 1960).
19. Guillaume de Lamoignon (1617-1677) was Eerste Voorzitter van het Parlement van Parijs en Henri François Daguesseau (1668-1751), die lange tijd kanselier van Frankrijk was, had

evenwicht tussen deze drie scheppers en behoeders van het recht was, zoals gezegd, opvallend stabiel; wel ontstonden meningsverschillen, vooral dan tussen de regering en het Parlement van Parijs, maar deze werden op vreedzame en geïnstitutionaliseerde wijze opgelost. De brutale breuk tussen regering en Parlement ten tijde van kanselier René-Nicolas de Maupeou (1714-92), wanneer de raadsheren door koninklijke musketiers werden gearresteerd en naar de Cevennes verbannen, was even kort als uitzonderlijk (het Parlement kwam de beproefing zegevierend te boven en moest zolang het Ancien Régime duurde geen dergelijke aanslag meer vrezen).²⁰

In de oude Nederlanden verliep de ontwikkeling in Noord en Zuid parallel tot in de loop van de 16de eeuw. Overal ontstonden 'rechtsboeken' gesteund op lokale gewoonten en werden stadskeuren — maar weinig centrale wetgeving — uitgevaardigd door de vorsten. De rechtsgeleerdheid leverde een bijdrage die als zeer degelijk kan worden bestempeld (men denkt aan Filips van Leiden, Willem van der Tanerijen en Filips Wielant). De breuk tussen Noord en Zuid kwam met de homologatie, van regeringswege, van de lokale costumen. Deze hybridische vorm van vorstelijke wetgeving werd op grote schaal afgekondigd in het Zuiden, maar bleef, wegens de politieke ontwikkeling onder Filips II, achterwege in het Noorden. In de Republiek, waar noch centrale wetgeving noch door de regering gerichte homologatie van de costumen bestond en waar het middeleeuwse gewoonterecht niet adequaat was voor een modern land, ontstond een opvallend vacuüm. Het werd opgevuld noch door de rechtspraak (er was geen hoogste rechtbank voor het hele land) noch, zoals gezegd, door de wetgeving, maar wel door de rechtsgeleerden. We bedoelen natuurlijk het Rooms-Hollands recht, gecreëerd en ontwikkeld door juristen en/of professoren als Grotius (zelf geen universiteitsprofessor, maar geleerde met Europese faam), Johannes Voet en Cornelis van Bijnkershoek. Zo werd het Noorden een land van rechtsgeleerden, terwijl het Zuiden een 'terre de coutume' bleef, maar met academisch gevormde commentatoren van het costumiere recht en, althans in de hoge rechtbanken, geleerde rechters die in principe volgens gewoonterecht vonnisten, zonder echter hun Romeinsrechtelijke opleiding te vergeten.²¹ De wetgeving was in het Zuiden (net als in het Noorden) onbeduidend, althans tot de komst van Jozef II. Kort daarna verschenen de Fransen, eerst in het Zuiden en daarna in het Noorden, en met hen begon het tijdperk van de moderne wetboeken.

Tot hiertoe hebben we alleen het wereldlijke recht van enkele staten behandeld. Het is tijd aandacht te besteden aan het kanonieke recht en de Latijnse kerk, die als een quasi-staat kan beschreven worden. Ze had nl. al de

in zijn jonge jaren de functies vervuld van advocaat generaal en procureur generaal bij het Parlement van Parijs, waarvan hij de prerogatieven krachtig verdedigde.

20. Zie de recente studie van M. Antoine, *Sens et portée des réformes du chancelier de Maupeou*, in: *Revue historique*, 288, 1992, pp. 39-59.

21. Zie het gedetailleerde Deel II, *De bronnen van het recht in de Belgische Gewesten sedert de 13de eeuw*, in: J. Gilissen, *Historische Inleiding tot het Recht*, Antwerpen, 1981, pp. 237-396.

attributen van de koninkrijken — eigen wetten, rechtbanken, fiscaliteit, centrale regering en lokale administratie — uitgenomen territorium en nationaliteit (we hebben het hier natuurlijk niet over de Kerkelijke Staat in centraal-Italië). Deze geestelijke quasi-staat was veruit de grootste organisatie in zijn soort en een voorafbeelding van de huidige Europese Unie: de impact van zijn centrale regering en zijn uniform recht doet de stoutste ‘Europese’ dromen van onze tijd verbleken. Ook in de kerk waren wetgevers, rechters en geleerde juristen werkzaam. Hoe zat het met hun respectieve invloed? Op het eerste gezicht is het antwoord eenvoudig: de wetgever domineerde absoluut. Weliswaar was er een geordend net van lokale officialiteiten met aan de top de Romeinse Curie, maar de officialen schiepen geen recht, ze pasten het toe. Het sinds de latere 11de eeuw vlug evoluerende recht werd gecreëerd en ingevoerd door wetten, en de wetgevers waren de pausen en de door hen georganiseerde concilies. Deze kerkvergaderingen kondigden canons af, de pausen vaardigden constituties uit en vooral decretalen (een eigenaardige mengeling van preadvies — uitgelokt als ze zijn door vragen uit de lagere hiërarchie — en ordonnantie). De rechtsgeleerden speelden hierbij ogenschijnlijk een ondergeschikte rol: hun taak bestond erin oude en recente wetsteksten in geordende compilaties te verzamelen en te commentariëren, mede in het licht van de jongste Romeinsrechtelijke doctrine. Doch dit beeld is bedrieglijk, omdat het uitgaat van de dominantie van de wetgever in abstracto en voorbijgaat aan het cruciale feit dat de wetgever in concreto de paus was en dat vele pausen van de grote, klassieke tijd — midden 12de tot eind 13de eeuw — geleerde juristen waren, gewezen professoren en auteurs van juridische tractaten: alle grote pauselijke wetgevers van die cruciale tijd waren zelf rechtsgeleerden, Alexander III (†1181), Innocentius III (†1216), Innocentius IV (†1254) en Bonifatius VIII (†1303). We staan hier voor de unieke situatie dat de vorsten-wetgevers tegelijk ook vooraanstaande, theoretisch opgeleide rechtsgeleerden waren, zodat de doctrine in hun persoon wetgevende macht had verworven — een toestand waarbij een rechtsgeleerde het hele recht ‘in pectore suo’ geacht werd te bezitten!²² Europa heeft geleerde koningen en keizers gekend die ook belangrijke wetgevers waren — Alfons X de Wijze van Castilië in de 13de eeuw en Frederik de Grote en Jozef II in de 18de — maar zij waren geen universitair opgeleide juristen. De grote wetgevende assemblees bevatten weliswaar aanzienlijke contingents juristen, maar het waren mensen van de praktijk en weinigen maakten aanspraak op geleerdheid. De vier commissieleden die de basis-tekst van de *Code civil* hebben geredigeerd waren praktijkjuristen (al had Portalis een speculatieve geest) en Napoleon, wiens persoonlijke rol belangrijk is geweest, was helemaal geen jurist; de algemene toon en de opzet van zijn wetboek waren dan ook weinig tot geleerdheid en theorie geneigd.

22. Bonifatius VIII was de laatste grote pauselijke wetgever. Na hem werkten de kerkelijke rechters met het bestaande en afgesloten *Corpus Juris Canonici*, waarvan in de 16de eeuw een officiële, herziene versie verscheen. In 1917 brak ook voor de Kerk het tijdperk van de codificatie aan.

‘LAW IS POLITICS’

Het is tijd de vraag te stellen waar die grote verschillen in de rol van de wetgever, de rechter en de geleerde jurist vandaan komen: waarom, bijvoorbeeld, rechtersrecht in Engeland en professorenrecht in het moderne Duitsland? We zullen bij ons onderzoek niet veel tijd verkwisten aan het *national character* of de *Volksgeist*, want het zelfde Duitsland dat het ongeleerde gewoonterecht volgde in de Middeleeuwen werd later de leider van het professorenrecht, en het zeer Engelse common law begon zijn loopbaan als Anglo-Normandisch feodaal recht van continentale en niet-Angelsaksische origine, en bevatte niets dat het predestineerde om puur rechtersrecht te worden.²³

Het wil mij voorkomen dat we veel solidere grond betreden wanneer we de oorzaak van de geschetste verscheidenheid zoeken in de verschillende politieke ontwikkeling van de bestudeerde landen. Het verhaal van hun divergentie begint in de 12de eeuw, want tot dan was de situatie in feodaal West-Europa homogeen. Het is in genoemde eeuw dat de archaische ‘Eerste Middeleeuwen’ plaats hebben gemaakt voor een moderner, gesofistikeerder model. De omvorming van het recht, die hiermee gepaard ging, verliep in de betrokken landen (en alle waren er vroeg of laat bij betrokken) volgens verschillende wegen en een verschillende chronologie. In Italië was het herontdekte recht van de Romeinen de grote inspiratiebron, de revelatie van wat een verfijnd en rationeel systeem kon zijn. Niet alleen was het intrinsiek superieur, maar het straalde het prestige uit van de Romeinse Oudheid — die steeds de Italiaanse verbeelding heeft geboeid — en ze sloot aan bij de opkomende stadscultuur, in een land dat tot in de Nieuwe Tijd een lichtbaken voor de Westeuropese beschaving is geweest. De afwezigheid van enige hoogste wetgever of rechtbank in het politiek verbrokkelde Italië liet het terrein helemaal over aan de professoren. Vanuit Italië verspreidde de nieuwe rechtswetenschap zich over de rest van Europa, waar reeds in de 12de eeuw centra van onderwijs ontstonden, o.m. in Frankrijk en Engeland, terwijl studenten uit heel Europa naar Bologna stroomden om zich aan de bron van de nieuwe wijsheid te laven.

In Frankrijk en Engeland, de grote westerse monarchieën uit de latere Middeleeuwen, was het ‘primum movens’ echter niet het Romeinse recht, maar de koninklijke politiek — zonder Justinianus in Engeland, maar met zijn steun in Frankrijk. In beide landen, zij het enkele generaties vroeger in Engeland dan in Frankrijk, nam de nationale monarchie de modernisering van het recht en de reorganisatie van het gerecht stevig ter hand. Er ontstond een gestage, zij het vooralsnog bescheiden stroom van wetten; hoogste koninklijke rechtbanken, bemand door professionelen, werden opgericht en lokale besturen kregen keuren en privilegies (meer in Frankrijk dan in Engeland). De

23. Zie de argumentatie in R.C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1988, pp. 85-110.

Engelse ontwikkeling verschilde van de Franse op een aantal significante punten, vooral dan in de chronologie van de vernieuwing. In Engeland, een oudere unitaire natie-staat dan Frankrijk, kwam deze tot stand onder koning Hendrik II (1154-89), in Frankrijk eerst onder Filips Augustus (1180-1223) en volop onder Lodewijk IX (1226-70). Een belangrijk gevolg was dat de Engelse modernisering te vroeg kwam om het Romeins-kanonieke model na te volgen of te introduceren: aan de procesdoctrine werd op dat moment nog gewerkt en de officialiteiten, waar ze werd toegepast in het dagelijkse leven, hebben hun eerste schuchtere stappen op het rechtshistorisch toneel pas gezet rond de tijd van Hendrik II's overlijden. Vandaar een Engels common law (d.i. recht gemeenschappelijk aan het hele koninkrijk en overal toegepast door een korps van koninklijke rechters), dat van bij de aanvang totaal on-Romeins en autochtoon was en dit ook zou blijven. De Franse modernisering kwam op dreef toen het geleerde model reeds operatief was, zodat de monarchie en haar geleerde rechters er inspiratie konden uit halen en dat ook deden: van dan af ontstond de vermenging van costumier met Romeins recht die eeuwenlang en tot in de codes van de vroege 19de eeuw zou blijven bestaan. Het feit dat het common law het product was van de centrale koninklijke rechtbanken en niets te maken had met Justinianus betekende dat het volledig het geesteskind was van de rechters en niets van doen had met de 'schriftgeleerden' van het Corpus Juris: de rechters in de Court of Common Pleas en de King's Bench hadden geen Romeins recht gestudeerd (behalve enkele clerici in het vroegste stadium van het common law),²⁴ terwijl de raadsheren in het Parlement van Parijs allemaal 'legisten' waren, d.w.z. dat ze aan de universiteit de Romeinse *leges* hadden geassimileerd. Zoals we hebben gezien, moesten de Franse rechters hun invloed delen met de rechtsgeleerde faculteiten, en weldra ook met de koninklijke regering die in stijgende mate haar wetgevende taak opbouwde. Het gevolg was de Franse driehoeksverhouding tussen rechters, wetgevers en professoren waarop we hoger hebben gewezen.

De ontwikkeling in Duitsland was het omgekeerde spiegelbeeld van de westelijke monarchieën. Terwijl in Frankrijk de unificatie volop aan de gang was, voltrok zich in Duitsland een proces van desunificatie waardoor de natie-staat er pas eeuwen later tot stand zou komen. Wetgeving en rechtspraak waren een lokale en regionale aangelegenheid; de modernisatie van het autochtone recht kwam er traag van de grond en berustte niet in de handen van een professionele elite, maar van schepenen en vazallen voor wie de rechtspraak, hoe belangrijk ook, een incidentele bezigheid was. De impact van het Romeinse recht verliep er ook traag en de Duitse universiteiten ontstonden relatief laat (Praag, 1347/48; Wenen, 1356; Keulen, 1388). Rond 1500 kwam alles plots in een stroomversnelling terecht en werd, in het kader van een (overigens mislukte) poging een moderne eenheidsstaat tot stand te brengen,

24. Zie het voortreffelijke recente werk van P. Brand, *The Origins of the English Legal Profession*, Cambridge, Mass., 1992.

vaarwel gezegd aan de oude costumen en overgeschakeld op het geleerde recht. Deze op het hoogste niveau genomen beslissing zal de lezer herinneren aan wat in de Meidjijtijd in Japan is gebeurd, waar in het kader van een politiek van modernisatie, d.w.z. occidentaliseren, o.m. het Duitse Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd, hoewel het, net als het Romeinse recht ten tijde van de Duitse 'receptie', geen wortels had in de eigen traditie van het land. De Duitse *Rezeption* kwam neer op de import van Italiaans professorenrecht en luidde vanzelfsprekend het tijdperk van het Duitse professorenrecht in. Ten tijde van de *usus modernus* verkeerde de Duitse rechtsgeleerdheid nog in het stadium van de assimilatie van de nieuwe wijsheid, maar in de 19de eeuw zouden onze oosterburen hun voorgangers overvleugelen en Europese leermeesters worden. De hoger vernoemde rechts-historicus, civilist en rechtsfilosoof F.C. von Savigny (†1861) genoot internationale faam, de pandectist B. Windscheid (†1892) voerde de systematiek van het Romeinse recht tot een toppunt en met Mommsen bereikten de historische studie van het klassieke recht en de kritische editie van zijn fundamentele teksten een ongeëvenaarde (en wellicht nooit te evenaren) graad van perfectie. De enorme impact van het neo-Romeinse recht op het Duitsland van de pandectisten heeft een reactie uitgelokt bij de aanhangers van de autochtone traditie, waaruit de fameuze strijd tussen germanisten en romanisten is ontstaan. Dit is een verhaal waar we hier niet kunnen op ingaan, tenzij om aan te stippen dat de leiders en woordvoerders van beide kampen geleerden en professoren waren, wat nog eens aantoonde dat de heerschappij van de rechtsgeleerdheid, aangevangen rond 1500, pas rond 1900 ten einde is gegaan: een lange en indrukwekkende periode.²⁵

DE GRILLEN DER GESCHIEDENIS

De lezer met belangstelling voor filosofische beschouwingen zal bij de lectuur van dit verhaal getroffen zijn door wat we de 'grillen der geschiedenis' kunnen noemen. Justinianus had in de 6de eeuw het aloude Romeinse recht als het ware gemummificeerd: het Corpus Juris conserveerde het recht voor het oosten van het Imperium, maar was in het westen onbekend; het Romeinse recht was het recht van de Grieken geworden en werd in Byzantium verder vereerd, toegepast en bestudeerd, doch zonder echte innovatie. In Rome zelf, waar het allemaal begonnen was, ging het Romeinse recht verloren, bij zoverre dat in de Eeuwige Stad in bepaalde periodes zelfs, *horresco referens*, barbaarse godsoordelen werden toegepast. In de late Middeleeuwen echter werd de verloren boodschap er weer gehoord en werd het Corpus Juris er, zes eeuwen nadat het in het oosten was uitgevaardigd, ontdekt zowel in de

25. Zie de recente analyse in M. John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford, 1989 (Oxford Historical Monographs); cf. de uitvoerige recensie in Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte, G.A., 110, 1993, pp. 644-50.

materiële zin, doordat de tekst ter beschikking kwam te staan, als in de intellectuele zin, doordat men de betekenis van het grote boek begon te doorgronden. Hoewel ouder in absolute termen, was het Romeinse recht wat het cultureel niveau betreft veel jonger dan de archaische feodale wereld van die tijd: het reflecteerde een gesofistikeerde, geürbaniseerde samenleving. Het recht van de Romeinen, thans een laat-middeleeuws Italiaans recht geworden, drong mettertijd in heel Europa door. Dit was zelfs het geval in Engeland, waar het in Oxford en Cambridge werd gedoceerd en een rol speelde bij de opleiding van de kanonisten en in de internationale betrekkingen. Na verloop van tijd werd dit medio-Romeinse recht de 'koinè' van het hele Westen. Zoals eerder gezegd, werd dit Romeins-Grieks-Italiaans systeem zelfs het nationale recht van Duitsland, uitgerekend in de eeuw dat het Byzantijnse rijk, waar het Corpus was ontstaan, finaal door de Turken werd overrompeld. De rol van het Romeinse recht was daar dan ook uitgespeeld, tenzij in het kader van het recht van de Griekse kerk, waar de Byzantijnse beschaving onder Turks bewind een toevlucht vond. Zo is een systeem uit de Oudheid, dat in de 6de eeuw, na het verdwijnen van het West-Romeinse Imperium, was gebalsemd, in de 11de eeuw in Noord-Italië herleeft en heeft het zijn laatste en hoogste bloei als geldend, positief recht gekend in het *gemeines Recht* en de 19de-eeuwse Duitse pandectistiek. Voorwaar een merkwaardig schouwspel: het antieke Romeinse recht dat zijn hoogtepunt bereikt in het Duitsland van Bismarck en Keizer Wilhelm II. Was het geen mooie revanche voor de Oudheid dat uitgerekend de afstammelingen van de Germanen, die het Imperium ten val hadden gebracht, in de Nieuwe en Nieuwste Geschiedenis de meest fervente aanhangers werden van de Romeinse wetten als positief rechtssysteem en de leidende onderzoekers ervan als monument van de antieke cultuur?

IN HET VERLEDEN LIGT HET HEDEN

Dat de voorafgaande beschouwingen relevant zijn voor de huidige jurist en niet zo maar tot de 'oude geschiedenis' behoren blijkt uit de constatering dat het respectieve belang van rechters, wetgevers en professoren op de dag van vandaag in grote mate is gedetermineerd door de 'expérience des siècles' (om met Portalis te spreken). De grote breuklijn, de Europese 'San Andreas fault', zijn de codificaties van de late 18de en de 19de eeuw. Zij hebben op het Continent de macht van de wetgever gevestigd; hun afwezigheid in Engeland — alle pleidooien van Jeremy Bentham ten spijt — heeft er de macht van de 'Bench' gered en bestendig. Dat op het Continent, en met name in Frankrijk, het wetgeversrecht heeft gezegevierd was het resultaat van de vroegere, overdreven geachte impact van de rechters en de rechtsgeleerden. Aan deze laatsten werden buitenissige spitsvondigheid en duisterheid verweten, de eersten kregen op een nog virulenter wijze te horen dat ze zonder enig mandaat van het volk en vanuit hun met grof geld gekochte raadsheerzetels de nodige en door het land gewenste veranderingen hadden gesaboteerd en hun standsbelang boven dat van regering en land hadden gesteld. Een *gouver-*

nement des juges (om de titel van een bekend werk te citeren),²⁶ zoals dat van de Parlementen van het Ancien Régime, moest eens en voor altijd worden opgeruimd. Deze opzettelijke afzwakking van de rechterlijke macht door de Franse revolutie heeft o.m. tot gevolg gehad dat de toetsing van de grondwettelijkheid der wetten pas zeer laat en dan nog met allerlei beperkingen in het Franse grondwettelijke bestel is binnengedrongen.²⁷

Uitvallen tegen het Romeinse recht, en dus de geleerde professoren, waren in het 18de-eeuwse Europa schering en inslag, en de Verlichte Vorsten van die tijd hebben niet nagelaten op vermanende en zelfs grove toon hun rechters te waarschuwen voor iedere poging af te wijken van de letter van de wet. De Franse revolutie en Napoleon hebben hetzelfde gedaan, wat in Frankrijk en België in de 19de eeuw heeft geleid tot de dominantie van de reeds vernoemde Exegetische School. In Duitsland heeft het zo geen vaart gelopen. De idee van de codificatie zelf is er op grote conservatieve weerstand gestoten, wat de rol van het professorenrecht nog een eeuw langer heeft in stand gehouden. Savigny, één der hoofdfiguren van de Historische School, had de merkwaardige theorie verkondigd dat geleerde en aristocratische juristen zoals hijzelf best geplaatst waren om het recht van het volk te kennen.²⁸ Doch na de oprichting van het Duitse keizerrijk in 1871 was er geen houden meer aan: het ene Duitse rijk moest, zoals andere nationale staten, één Duits burgerlijk wetboek krijgen. Dit was een politieke noodzaak, al is het wellicht verbazend dat het zo lang heeft geduurd vooraleer het ook elders in de wereld geroemde BGB is tot stand gekomen (wet geworden in 1896, in voege getreden in 1900). Op de dag van vandaag, bijna een eeuw later, is het effect duidelijk. De juridische machtsverhouding is in Duitsland grondig gewijzigd ten voordele van de wetgevende en de rechterlijke macht (wat deze laatste betreft, mede door de invoering van de rechterlijke toetsing van de grondwettelijkheid der wetten) en ten nadele van de rechtsgeleerden, die hun vier eeuwen oude greep op het recht hebben verloren. Het Romeinse recht, waarvan zij de hogepriesters waren, heeft hun lot gedeeld: zijn positie in de rechtsfaculteiten, uitgedrukt in aantal college-uren en studenten, is minimaal geworden, zoals de deelnemers aan het te Brussel in oktober 1993 door de Koninklijke Academie voor

26. E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, Parijs, 1921.

27. Zie de korte, maar voortreffelijke commentaar van L. Cohen-Tanugi, *From One Revolution to the Next: The Late Rise of Constitutionalism in France*, in: *The Tocqueville Review*, 12, 1990/91, p. 55-60. De auteur stelt de dubbele vraag 'why it took France some two hundred years since the Revolution to establish judicial review' en 'how constitutionalism has become an important element of French democracy in the last twenty years', terwijl deze recente ontwikkeling — 'a silent revolution' — 'contradicts the political and legal tradition, inherited from the Revolution'. Men consulere ook M. Shapiro, *Judicial Review in France*, *ibid.*, p. 3-29 en R. Cicchillo, *The Conseil constitutionnel and Judicial Review*, *ibid.*, p. 61-82.

28. Van Caenegem, *Inleiding Privaatrecht*, p. 184. Zie ook J. van den Broeck, *De Duitse rechtshistorische school in de 19de eeuw, een behoudende reflex*, in: *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Degroote*, Brussel, 1980 (Kon. Zuidnederlandse Mij. voor Taal- en Letterkunde en Geschiedenis), pp. 167-84.

Wetenschappen ingerichte Colloquium *De Rechtsgeschiedenis op de Drempel van de Twintigste Eeuw*, niet zonder ontzetting, hebben vernomen.²⁹ Hun *Quousque Germania?* was een begrijpelijke reactie op de ontdekking dat het in het land van Savigny en Windscheid met het Romeinse recht zo erg was gesteld. Was dit de zoveelste ‘gril van de geschiedenis’?

29. De akten van het Colloquium zijn ter perse en zullen verschijnen in het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis en in de reeks *Iuris scripta historica* van het Comité voor Rechtsgeschiedenis van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België.