



## DE STAAT EN ZIJN RECHT

▶ EEN HOORCOLLEGE POLITIEKE  
GESCHIEDENIS VAN HET RECHT  
IN WEST-EUROPA

Door Prof. mr. Willem Zwolve

## Home Academy

Home Academy Publishers geeft hoorcolleges en lezingen uit op audio-cd. Interessante onderwerpen, van geschiedenis tot natuurwetenschappen, vordragen door de meest boeiende sprekers. Zo kunt u kennis opdoen in de file, in de trein, op de fiets of thuis op de bank.

Kijk verder op [www.home-academy.nl](http://www.home-academy.nl)

Uitgave: Home Academy Publishers  
President Kennedylaan 19  
2517 JK Den Haag  
Postbus 17111  
2502 CC Den Haag  
Tel: 070-3607613 Fax: 070-3455199  
E: [info@home-academy.nl](mailto:info@home-academy.nl)

Opname: Sandro Ligtenberg (9 en 16 februari 2005)  
Stem inleiding: W.J.C.M. van Nispen tot Sevenaer  
Muziek: Cok Verweij  
Mastering: Frits de Bruijn  
Vormgeving: [ruth.bos@wxs.nl](mailto:ruth.bos@wxs.nl)  
Productie en vermenigvuldiging: MediaMotion B.V.

© Copyright 2005 Home Academy Publishers, Den Haag  
ISBN 90 8530 013 4  
NUR 77

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, uitgeleend, verhuurd, uitgezonden, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door (foto)/kopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Reeds verschenen bij Home Academy Publishers

## History of the European Union



Door: Prof. dr. Richard T. Griffiths  
ISBN: 90-8530-007-X

## Acht filosofische miniaturen



Door: Prof. dr. mr. Herman Philipse  
ISBN: 90-8530-003-7

men ook in art. 5 EG-Verdrag. Men zou daarom verwachten dat het privaatrecht zich onttrekt aan de invloed van 'Europa': de daarin participerende staten zijn zeer goed in staat hun eigen privaatrecht te vormen. Desalniettemin heeft het Europese Parlement er in een besluit van 26 mei 1989 bij de Europese Commissie op aangedrongen voorbereidingen te treffen tot de vervaardiging van een Europees Burgerlijk Wetboek. Ik acht die gedachte hoogst ongelukkig, want zij brengt tot uitdrukking dat 'Europa' zich de symbolen wenst aan te meten van een *nationale* staat, zoals zij dat ook doet door het symbool van een 'Europese' grondwet. Dat zij dat doet, is begrijpelijk, want 'Europa' is het product van Franse bureaucraten (Jean Monnet) en Franse bureaucraten kunnen - omdat zij Frans en bureaucraat zijn - niet anders denken dan in termen van de typisch Franse totalitaire staatsidee. Dat die gedachte nu wordt verbonden aan een hoogst dubieus begrip van een wel uitzonderlijke vaagheid, zoals dat van 'Europa', boezemt mij grote angst in. De nationale leugen heeft weinig heil gebracht; van de Europese valt evenmin veel goeds te verwachten zeker wanneer die gepaard gaat met nationale symbolen, geopolitieke machtspretenties en universele morele aanspraken. De 'Europeanen' zouden er goed aan doen zich meer dan voorheen is geschied te richten naar het voorbeeld van de Verenigde Staten, die krachtige democratie die Europa en de Europeanen vier keer in de afgelopen eeuw uit de ellende heeft weten te verlossen die de Europeanen over zichzelf afriepen: de Eerste Wereldoorlog, de Tweede Wereldoorlog, de Koude Oorlog en - niet te vergeten - het Bosnische debacle, dat afschrikwekkende voorbeeld van Europese onmacht.

## De Staat en zijn Recht

Een hoorcollege politieke geschiedenis van het recht  
Door Prof. mr W.J. Zwolve

### Inhoudsopgave

De staat en zijn recht: inleiding	5
Deel I: De staat vindt zijn recht	6
Deel II: De staat vindt zijn territoire	11
Deel III: De staat vindt zijn wet	14
Deel IV: De staat scheidt zijn volk	19



Mr. W.J. Zwolve werd geboren op 7 september 1949 te Groningen. Hij bezocht te Winschoten het 'Gymnasium Winschotenum' (eindexamen 1968 (Gym a)). In 1968 begon hij zijn studie Rechtsgeleerdheid in zijn geboortestad Groningen. Hij behaalde het doctoraalexamen in 1973 en werd assistent in de Afdeling Romeins recht van de Juridische Faculteit van de Rijksuniversiteit Groningen, waar hij het Romeinse recht leerde van prof. mr H.J. Scheltema en het Anglo-Amerikaanse recht van prof. mr C. Æ. Uniken Venema. In 1981 promoveerde hij op het proefschrift *Proeve ener theorie der denegatio actionis*. In 1987 werd hij benoemd tot hoogleraar Inleiding tot de Rechtsgeleerdheid aan de Juridische Faculteit van de Rijksuniversiteit Groningen met een bijzondere leeropdracht in de Privaatrechtelijke Rechtsvergelijking en in 1993 tot hoogleraar Historische Ontwikkeling van het Recht aan de juridische faculteit van de Universiteit Leiden. Sinds 1993 is hij tevens hoogleraar in het Anglo-Amerikaanse recht aan de Juridische Faculteit van de Rijksuniversiteit Groningen.

Mr. Zwolve schrijft over de geschiedenis van het Romeinse recht, de geschiedenis van de Europese rechtswetenschap en over het Anglo-Amerikaanse en Nederlandse vermogensrecht.

wetboek op 1 januari 1900 kracht van wet.

Zelden, in de lange geschiedenis van de mensheid, is een nieuwe eeuw met meer optimisme begroet dan de twintigste en zelden zullen die hooggestemde verwachtingen zo zijn teleurgesteld, want er is nauwelijks een eeuw geweest die - juist dankzij de technische vooruitgang die zoveel reden tot hoop had gegeven - zoveel dood en verderf heeft gezaaid. Naar algemeen gevoelen is het negentiende-eeuwse nationalisme de oorzaak geweest van al die ellende. De negentiende-eeuwse codificaties van het burgerlijke recht zijn bij uitstek de symbolen van dat nationalisme en de vraag rijst daarom of het ook ánders kan.

De negentiende-eeuwse Europese nationale staten zijn zonder uitzondering gebaseerd op een totalitaire staatsidee; het primaat van de wet als enige getolereerde rechtsbron vormt de juridische uitdrukking van die gedachte. Deze gedachte is vreemd aan de Angelsaksische wereld: noch in Engeland, noch in de Verenigde Staten heeft de staat een absoluut monopolie op de rechtsvorming. Uiteraard speelt wetgeving ook daar een belangrijke rol, maar altijd met behoud van het primaat van de 'common law'. In de VS is de bevoegdheid tot privaatrechtelijke wetgeving zelfs onttrokken aan de centrale overheid: zij berust bij de deelstaten. De Angelsaksische beschouwingswijze gaat terug op middeleeuwse vanzelfsprekendheden die aan de staat slechts een rol toebedelen bij de vorming van het privaatrecht *indien en voor zover* dat aanvulling, correctie of ondersteuning behoeft. Men zou dat beginsel kunnen aanduiden als het 'subsidiariteitsbeginsel'. Voor het overige wordt het privaatrecht aan zichzelf (de rechterlijke macht, de advocatuur en de wetenschap) overgelaten. Een dergelijk 'subsidiariteitsbeginsel' vindt

## De Staat en zijn recht

\*

Het privaatrecht, het recht dat geldt tussen burgers onderling, is wellicht het enige onderdeel van het recht dat zijn bestaan niet dankt aan de aanwezigheid van een overheid die de inhoud ervan van bovenaf bepaalt door middel van wetgeving. Eeuwenlang, ja zelfs millennia, hebben overheden zelfs afgezien van ingrepen in de privaatrechtelijke rechtsorde, die voornamelijk berustte (en in Engeland nog steeds grotendeels berust) op regels die zich door middel van gewoonte hadden gevormd. In deze college-reeks staat de vraag centraal wanneer en op welke wijze de staat de ijzeren greep op het privaatrecht kreeg die op het Westeuropese continent wordt gesymboliseerd door de daar in de landstaal verschenen codificaties van het privaatrecht.

handhaving van de Franse Code - wist de koning zijn 'nationale product' in 1830 te publiceren. In hetzelfde jaar scheidden de Belgen zich af, zodat het 'nationale product', ietwat vertraagd, in 1838 kracht van wet verkreeg. Het Romeinse recht, zo had de koning reeds in 1830 laten weten, 'is en blijft afgeschaft'. Dat was in strikt formele zin juist, maar in materiële zin volstrekt onjuist, omdat de kern van het 'nationale product' (evenals die van de Code), het vermogensrecht, bestond uit datzelfde Romeinse recht. Er verschenen zelfs onmiddellijk ten behoeve van de praktijk edities van het nieuwe wetboek, waarin werd aangegeven op welke bepaling uit Justinianus' Corpus Iuris (en Napoleons Code) ieder artikel was gebaseerd.

De Nederlandse ontwikkeling is niet uniek. Integendeel: zij kan model staan voor een ontwikkeling die zich in de negentiende eeuw op veel plaatsen op het continent van West Europa voltrok. Waar nieuwe, op nationale basis gegrondveste, staten verschenen, zoals in Italië, diende de nieuwe nationale identiteit onmiddellijk te worden bevestigd door een nationale codificatie van het burgerlijke recht. De laatste keer dat zoiets geschiedde was in 'Duitsland', een nationale staat die pas sinds 18 januari 1871 bestaat, toen de oude Duitse tribale verbanden (Beieren, Saksen, Franken enzovoorts) door de mokerslag van de 'Reichsgründungsakt' door Bismarck aaneen werden gesmeed tot één natie. Aangezien in Duitsland zelfs uitdrukkelijk werd betoogd dat het Romeinse recht sinds de middeleeuwse receptie ervan het 'nationale' Duitse recht was, was het nieuwe Duitse wetboek doortrokken van datzelfde Romeinse recht. Het heeft in Duitsland gedurende de negentiende eeuw zijn grootste bloeiperiode beleefd. Met de invoering van het in 1896 voltooid wetboek werd gewacht tot een nieuwe eeuw was aangebroken en zo kreeg dan het Duitse burgerlijk

## I

De geschiedenis van het privaatrecht en de privaatrechtelijke rechtsvorming in de Westeuropese landen komt neer op de beschrijving van één van de wonderlijkste gebeurtenissen in de cultuurgeschiedenis (waartoe óók de geschiedenis van het recht behoort), te weten de zogeheten *receptie* van het Romeinse recht. Teneinde de bijzondere achtergrond daarvan nader toe te lichten, dient daarom eerst enige aandacht te worden besteed aan de geschiedenis van het Romeinse recht.

De Romeinse staat heeft gedurende het grootste gedeelte van zijn geschiedenis géén monopolie laten gelden op de privaatrechtelijke rechtsvorming: dat werd grotendeels overgelaten aan de Romeinse rechtsgeleerden. Het was in hun geschriften dat men kon vinden wat tussen burgers rechtens was en slechts in hoge uitzondering in een van overheidswege uitgevaardigde *wet*. Een vooraanstaande Duitse geleerde heeft dit opmerkelijke gegeven fraai verwoord in de zin 'das Volk des Rechtes, war nicht das Volk des Gesetzes'. Er bestond zelfs een algemeen geaccepteerde theorie dat *alle* recht (dus niet alléén het Romeinse) ten dele bestaat uit ongeschreven regels die overal van kracht zijn omdat zij door de 'natuurlijke rede' worden ingegeven (het zogeheten *ius gentium*, of *ius naturale*) en ten dele uit regels die van overheidswege zijn uitgevaardigd en die worden ingegeven door de opportuniteit van het moment (het zogeheten *ius civile*). Het Romeinse recht was daarom maar slechts zéér ten dele *nationaal* recht. Het transnationale recht, het *ius gentium* of *naturale*, deelden de Romeinen met alle inwoners van hun imperium; het nationale, het *ius civile*, bewaarden zij voor zichzelf. Zij gunden de andere inwoners van het rijk overigens hetzelfde voorrecht, want de Romeinse staat liet de onderworpen

## IV

Na de val van Napoleon bleek de wereld van het 'ancien régime' door zijn toedoen onherstelbaar beschadigd. Aan daadwerkelijke 'restauratie' werd daarom ook niet gedacht, óók niet door de Duitse vorst die in 1813 - op basis van een proclamatie van de strekking 'de oude tijden keeren weerom' - tot 'Souverein Vorst' in het, dankzij de Britse regering, herstelde 'Nederland' werd uitgeroepen. Integendeel: alles werd - naar critici, zoals Bilderdijk, helder zagen - Frans! De oude federale staat die de Republiek was geweest werd niet opgedolven uit de mestvaalt der geschiedenis, maar er werd een nieuwe, *nationale* staat gesticht, geregeerd door een krachtig, op Napoleontische leest geschoeid, centraal bestuur. Óók Willem I had de 'socialistische' les geleerd: de nieuwe natie moest tot zelfkennis worden gebracht door middel van een codificatie van het burgerlijke recht als uitdrukking van de nieuwe, nationale identiteit. De inhoud van het wetboek deed er daarom niet zoveel toe, *als* die maar *nationaal* was. Er waren sceptici, zoals Van Hoogendorp, die benadrukten dat er nooit zoiets had bestaan als een 'nationale' Nederlandse identiteit en dus ook nooit zoiets was geweest als een 'nationaal' Nederlands recht. Het enige recht waarvan men, met enige moeite, kon zeggen dat het inderdaad 'nationaal' was geweest, was het Romeinse recht dat immers in alle gewesten van de Republiek in meerdere of mindere mate had gegolden als subsidiair recht en dat de 'vaderlandse' universiteiten (vooral Leiden) een grote internationale reputatie had bezorgd. Zo werd het Romeinse recht, andermaal, gebruikt teneinde een zeer bijzonder *politiek* doel te dienen: de creatie van een nationale eenheidsstaat. Na lang verzet van de Belgen - die zich na 1815 óók Nederlanders mochten noemen, maar desalniettemin hechtten aan de

meest overschatte documenten uit de wereldgeschiedenis van het recht, waarin de nieuwe, totalitaire staatsidee vast lag verankerd. In 1793 grepen overtuigde 'socialisten', zoals de aanhangers van de leer van het 'Contrat Social' destijds werden genoemd, de macht. Het Franse volk werd op strenge wijze in de 'vrijheid' onderwezen en de roede die men daartoe hanteerde was de guillotine, het scheermes van de 'rede'. Uiteraard diende de eenheid van de vrije Franse natie te worden bezegeld door een wetboek. De grondwet van 1793 schreef daarom een uniforme codificatie voor van het burgerlijk recht voor het territoir van heel de republiek. Lang heeft het Franse volk van zijn vrijheid niet kunnen genieten, want in 1799 greep een generaal de macht, die in zijn jonge jaren óók een overtuigd 'socialist' was geweest en de lessen van Rousseau had geleerd. Napoleon Bonaparte vestigde daarom zijn souvereiniteit op de souvereine wil van het Franse volk dat hem zijn gezag bij 'plebisciet' opdroeg, de eerste keer dat het referendum werd ingezet teneinde een volk te doordringen van het feit dat het daadwerkelijk kan willen wat het niet wil. Zo werd hij de eerste Europese dictator - er zouden er nog meer volgen - die zijn absolute gezag vestigde op de leer der volkssouvereiniteit. Toen Napoleon zich, alweer krachtens plebisciet, in 1804 tot 'keizer der Fransen' mocht uitroepen kreeg ook de gelukkige natie haar codificatie de *Code Napoleon*.

volkeren in privaatrechterlijke zin hun autonomie. Het *Imperium Romanum* is dus eeuwenlang een juridische Romeinse lappendeken geweest, in privaatrechtelijke zin slechts aaneengehouden door het besef dat alle volkeren die het bewoonden een *deel* van hun van hun recht gemeenschappelijk hadden, reden waarom men dat aanduidde als het 'gemene recht van alle mensen' (*ius commune omnium hominum*). Dat besef van een 'gemeen' recht zou in de Middeleeuwen een belangrijke rol gaan spelen in de geschiedenis van de 'receptie' van het Romeinse recht.

De bonte juridische lappendeken die het Romeinse rijk lange tijd is geweest werd omgevormd tot een effen spreij ten gevolge van één van de belangrijkste wetten ooit door een Romeinse keizer uitgevaardigd, te weten de zogeheten 'Antonijnse wet', van keizer Caracalla. In 212 A.D. bepaalde hij dat alle inwoners van het Romeinse rijk het Romeinse burgerschap verwierven. Sindsdien kende het rijk één recht, het recht van Rome. Het leidde tot een grote belangstelling voor de kennis van dat recht in de gebieden van het rijk die tot dan toe grotendeels naar hun eigen recht hadden geleefd, in het bijzonder in het in cultureel en demografisch opzicht dominante Oosten. De inhoud van het nieuwe 'rijksrecht' was evenwel grotendeels slechts kenbaar uit de geschriften van generaties Romeinse juristen die zich erover hadden uitgelaten, een bron van informatie die in de meeste gebieden van het rijk niet overal toegankelijk was. De maatregel van 212 maakte daarom de 'codificatie' van het Romeinse recht haast onvermijdelijk. Niettemin heeft het meer dan drie eeuwen geduurd vóóordat het zover kwam, want pas in de jaren tussen 529 en 534 A.D. heeft de Romeinse keizer Justinianus een exclusieve codificatie van het *gehele* Romeinse juridische auteurs (de Digesten of Pandekten) en een



eenvoudig leerboekje dat was bedoeld voor het eerste academische studiejaar (de Instituten). Deze drie rechtsboeken werden in de Middeleeuwen aangeduid als het 'lichaam van het positieve recht' (*Corpus Iuris Civilis*). Zij zouden een onuitwisbaar stempel drukken op het Westeuropese privaatrecht. Dat leek overigens buitengewoon onwaarschijnlijk in de dagen waarin het wetboek verscheen, want in de tijd van Justinianus (527 – 565 A.D.) was het westelijke gedeelte van het inmiddels oeroude *Imperium Romanum* verloren gegaan ten gevolge van de invallen van horden onbehouwen Germaanse barbaren.

De verschillende Germaanse koninkrijken die aan het begin van de Middeleeuwen in West-Europa binnen de grenzen van het *Imperium Romanum* waren ontstaan, kenmerkten zich door dezelfde principiële rechtsverscheidenheid die ooit kenmerkend was geweest voor het Romeinse rijk vóór de uitvaardiging van de 'Antonijnse wet'. Die koninkrijken waren op tribale basis gevormde (vanuit een Romeins perspectief uiterst primitieve) samenlevingsverbanden van de verschillende stammen die er onderdeel van uitmaakten: de Germaanse en – natuurlijk – de Romeinse, dat zijn de oorspronkelijke bewoners van die gebieden. Binnen de koninkrijken golden dus evenveel verschillende soorten recht als er stammen woonden. De 'staat' bestond uit niets meer dan de verzameling van stammen die aan één persoon, de koning, waren onderworpen. De belichaming van de staat, de vorst, beschouwde bovendien het door 'zijn' stammen bewoonde territorium als zijn *eigendom*, reden waarom het als regel diende te worden verdeeld onder zijn erfgenamen, evenals geschiedde met de overige bestanddelen van zijn vermogen. Dit verklaart de talrijke 'rijksdelingen' die plaatsvonden na de dood van Karel de Grote.

op een geschrift, het *Contrat Social* (1762), waarin hij de grondslag van het fenomeen 'staat' ontvouwde, uiteraard in abstract-theoretische zin. Aan het geschrift ligt de gedachte ten grondslag dat de staat van zijn eigen tijd, de Franse, een absolute monarchie was. Dat was een misverstand, maar het verleide Rousseau tot de gedachte dat alle staatsgezag per definitie absoluut, soeverein, diende te zijn, met dit verschil dat die soevereiniteit diende te worden uitgeoefend door 'het volk'. De totalitaire staatsidee was geboren. Dat blijkt in het bijzonder uit het feit dat Rousseau geen andere rechtsbron toeliet dan de wet, de uitdrukking van de gemeenschappelijke wil van het soevereine volk. De 'ware vrijheid' zou bestaan uit de acceptatie van die wil en wie niet wilde, moest de vrijheid worden geleerd en - zo nodig - tot vrijheid worden gedwongen. Een perfecte methode nu - zo schreef Rousseau de ongelukkige Polen voor - om een volk te leren het vaderland lief te hebben, bestaat uit de uitvaardiging van een wetboek dat op de scholen moet worden onderwezen, want, zo schreef hij, 'aimant la patrie, ils serviront la législation par zèle et de tout leur coeur. Avec ce seul sentiment, la législation, *fut-elle mauvaise*, feroit de bons citoyens'. Zo was dus de wet niet alleen de uitdrukking van de soevereine wil van het volk, maar tevens - en niet in de laatste plaats - het ideale middel tot vorming van de nationale identiteit. De inhoud van die wet is, zo blijkt, totaal irrelevant.

Ideeën zoals die van Rousseau zouden ijdele borreltafelpraat zijn gebleven indien de Franse staat in de jaren tachtig van de achttiende eeuw niet in een ernstige financiële crisis was geraakt die uitmondde in een revolutie, een omwenteling die de staatkundige vanzelfsprekendheden waarop de wereld van het *ancien régime* was gegrondvest voor eens en altijd omver zou werpen. Op 26 augustus 1789 verscheen de 'Déclaration des Droits de l'Homme', één van de



hadden gereageerd op pogingen hun gewoonterecht aan een al te strakke regie te onderwerpen. De positie van de vorst beruiste op een ongeschreven constitutie, de staatsrechtelijke gewoonte, en hij diende daarom diezelfde gewoonte te respecteren. Zelfs de 'Zonnekoning', Lodewijk XIV, de 'absolute' monarch bij uitstek, beschikte niet over de mogelijkheid om eenheid te brengen in de bonte gewoonterechtelijke pluriformiteit die zijn koninkrijk kenmerkte en die aan Voltaire de opmerking ontlokte dat men, reizend van Noord naar Zuid, even vaak van paard wisselde als van recht. Hij was uiteraard bevoegd tot wetgeving, maar kon dat slechts doen met behoud van het primaat van de gewoonte. Op die wetgeving hadden 's konings parlementen evenwel geen enkele invloed. De reden dat dit in Engeland wel het geval was, vindt zijn verklaring in het feit dat de Engelse koning slechts één parlement had; de Franse koning had er verscheidene, zetelend in de min of meer autonome gebieden waaruit zijn koninkrijk zich in de loop der geschiedenis had gevormd. Zo werden de Franse parlementen gerechtshoven, terwijl het Engelse parlement, naast zijn functie als gerechtshof, tevens participeerde in de wetgeving. Dat gemis stak de leden van die Franse parlementen die zich - ondanks het feit dat zij door de koning waren benoemd (en dus niet werden gekozen, zoals de leden van het Engelse parlement) - in de tweede helft van de achttiende eeuw meer en meer wensten te zien als 'volksvertegenwoordigers'. Het magistratelijke ongenoegen werd gevoed door de borreltafelpraat die emaneerde van de 'salons' waarin zich de 'intellectuele elite' van het land verzamelde. De meeste van die 'philosophes' hadden geen enkele ervaring in het landsbestuur, maar achtten zich - wellicht juist daarom - bij uitstek geroepen daarover een mening te hebben. Eén van hen was Jean-Jacques Rousseau, een zeer overschat en dus zeer invloedrijk denker. Zijn reputatie beruiste

De Keizerkroning van Karel de Grote, in de kerstnacht van het jaar 800, markeert een gewichtig moment in de geschiedenis van West-Europa, want zijn rijk bouwde voort op de traditie van het *Imperium Romanum*: hij en zijn opvolgers zagen zich als *Romeinse* keizers. Overigens betekende dat niet dat de nieuwbakken keizer er een politiek van maakte de eenheid van het recht binnen zijn rijk te bevorderen. Integendeel: hij liet de tribale rechten van de diverse stammen die binnen de grenzen van zijn enorme rijk woonden, zoals de Friezen, de Saksen en de Franken, op schrift stellen, waardoor de diversiteit van recht binnen zijn rijk werd benadrukt. Die zogeheten 'volksrechten' behoorden overigens tot een op het moment van hun optekening reeds grotendeels achterhaald stadium in de rechtsontwikkeling, omdat de aan de persoon gebonden 'stamrechten' - 'juridische dialecten' zou men ze kunnen noemen - die van streek tot streek aanzienlijk konden verschillen.

Sinds de tiende eeuw was de keizerstitel van Karel verbonden geraakt met die van de koningstitel van de volkeren die het oostelijke gedeelte van het rijk bewoonden. Het zijn de koningen van de Duitse stammen geweest die, in hun hoedanigheid van keizers van het zogeheten 'Heilige Romeinse Rijk', de imperiale, Romeinse traditie in het westen van Europa nieuw leven hebben ingeblazen en inderdaad óók het Romeinse recht metterdaad hebben bevorderd. Het Romeinse recht, of - beter gezegd - het Corpus Iuris, was in de elfde eeuw in de Italiaanse provinciestad Bologna herontdekt door de 'lantaarn van het recht', Irnerius, de eerste juridische hoogleraar in de geschiedenis van het Westeuropese recht. Het is aan hem te danken dat het in de 'dark ages' nagenoeg geheel in vergetelheid geraakte, in de Justiniaanse

Digesten neergelegde, gedachtengoed van de Romeinse juristen aan die vergetelheid werd ontrukkt. Zo verspreidde zich het Romeinse recht, met de verspreiding van het fenomeen universiteit, over heel Europa. Het onderwijs leek geen enkel verband te houden met de verschillende gewoonterechten van de streken waar die nieuwe universiteiten waren gevestigd. Men kon zich echter voor de praktische toepasbaarheid van het Romeinse recht beroepen op een oude theorie, die in de Digesten terug was te vinden: de gedachte dat een volk niet alleen wordt beheerst door het recht dat eigen is aan dat volk (het gewoonterecht), maar óók door een recht dat 'gemeen' is aan alle volkeren. Dat 'gemene recht' (*ius commune*) nu kon géén ander recht zijn dan het in Justinianus' Corpus Iuris neergelegde Romeinse recht. De receptie van het Romeinse recht in de dagelijkse rechtspraktijk werd echter voornamelijk veroorzaakt door een andere ontwikkeling.

De laat-middeleeuwse Europese vorsten hebben de invloed van de adel en de kerk op hun politiek aanzienlijk weten te verminderen door bij het bestuur niet meer, zoals voorheen, uitsluitend geestelijken en edellieden te betrekken, maar op de universiteiten in het Romeinse recht geveerde beroepsbestuurders. Die zijn het geweest die het proces van de 'receptie' van het Romeinse recht in de dagelijkse juridische praktijk hebben weten te initiëren. Zij - de eerste 'overheidsdienaren' in de waarste zin van het woord - bevorderden de staatkundige eenheid door het Romeinse recht als 'hulprecht' ('subsidiar recht') aan te wijzen voor alle gevallen waarin het lokale gewoonterecht geen uitkomst bood. Dat proces werd - bewust - in de hand gewerkt door de instelling van centrale hooggerechtshoven, waarin - indien het primair toe te passen gewoonterecht geen uitkomst bood - naar Romeins recht *moest* worden recht gedaan. De staat had

kerkelijke recht werd gegeven. Zo moest de middeleeuwse student zich in *twee* juridische disciplines bekwamen die beide op de wet waren gebaseerd: het Romeinse recht *en* het kerkelijke, het zogeheten 'canonieke', recht. Dit is de reden waarom men nog steeds over de studie in de rechtsgeleerdheid in het meervoud spreekt: *rechten* studeren ('faire ses droits'; 'lura studieren').

Het voorbeeld van de pauselijke wetgeving werd, aarzelend, door de wereldlijke overheden gevolgd. Men deed dat echter altijd met behoud van het primaat van de gewoonte. Wetgeving, zoals die welke werd uitgevaardigd door koning Edward I ('the English Justinian' (1272 - 1307)) in Engeland, werd dus uitsluitend gebruikt om de gewoonte aan te vullen, of - waar nodig - te corrigeren, nimmer om die geheel en al opzij te zetten. Toch wist de Engelse staat een greep te krijgen op dat gewoonterecht en wel door middel van zijn rechters. Het canonieke recht namelijk leerde dat iedere gewoonte slechts dan rechtskracht heeft indien zij de toets van de rede kan doorstaan. Uit dit *door rechters* aan een rationaliteitstoets onderworpen gewoonterecht is de Engelse 'common law' ontstaan. Soortgelijke gedachten liggen ten grondslag aan het 'homologatiebevel' van Karel V. De gewoonte ontleende haar rechtskracht niet meer aan zichzelf, maar aan het feit dat zij door de vorst werd geduld. Het zijn ideeën die - tot hun uiterste consequentie doordacht - *moeten* uitmonden in de acceptatie dat de vorst, de belichaming van de staat, het monopolie op de rechtsvorming heeft. Het feit dat die toets op het continent, anders dan in Engeland, niet door rechters, maar *door het bestuur* geschiedde, is veelbetekenend: de 'absolute monarchie' lag in het verschiet. Die absolute monarchie was echter géén totalitaire staat.

Europese vorsten, zoals de koning van Frankrijk, hebben een belangrijke les geleerd van de opstand waarmee de Nederlanders

### III

In de Middeleeuwen werd het recht anders benaderd dan men tegenwoordig doet. Namelijk niet als een beleidsinstrument in handen van een als vanzelfsprekend tot wetgeving bevoegde overheid, maar als een feitelijk gegeven dat zich door gewoonte vormde en dat de vorst had te eerbiedigen. Op die regel bestond evenwel één uitzondering, te weten de kerk in West Europa bestuurd door de bisschop van Rome, de Paus, die dankzij het bestuurlijke vacuüm dat was gecreëerd na de val van het Westromeinse rijk meer en meer in de voetsporen kon treden van de Romeinse keizer. Zoals Justinianus door middel van wetgeving had geregeerd, zo wenste óók de Paus door middel van wetgeving te regeren. In het beschavingsoffensief dat vanuit Rome werd ondernomen tegen de ruwe zeden van de barbaarse stammen die zich in West-Europa hadden gevestigd speelde die wetgeving een grote rol. Een beroep op de gewoonte kon worden afgedaan met een beslissend geacht beroep op de Heilige Schrift, want, zoals Paus Gregorius VII zich uitdrukte, ‘de Here heeft gezegd, “ik ben de Waarheid”. Hij heeft niet gezegd, “ik ben de gewoonte”’. Het was ook déze Paus die in 1075 een document deed uitgaan, de *Dictatus Papae*, waarin hij zich, óók in wereldlijke aangelegenheden, opwierp als de enige wetgever. Hij moest daardoor wel in conflict geraken met de wereldlijke overheden, meer in het bijzonder met de destijds machtigste van alle, de keizer van het Heilige Romeinse Rijk. Deze wist de hoogleraren in het Romeinse recht en het Corpus Iuris aan zijn zijde, reden waarom de Paus daartegenover een eigen Corpus Iuris wenste te plaatsen, een verzameling van kerkelijk recht. De eerste aanzet daartoe was het omstreeks 1140 verschenen *Decretum*, op basis waarvan - alweer te Bologna - onderwijs in het

zijn recht gevonden. Het was het recht van Rome, dat - niet voor het laatst - werd gebruikt voor een zeer bijzonder *politiek* doel: het bevorderen van de eenheid van de staat.

### II

Op 24 februari 1500 werd in het Vlaamse Gent een kind geboren dat de wereld versted zou doen staan. Het was Karel, de zoon van de hertog van Bourgondië, Filips de Schone, en zijn Spaanse bruid, Johanna van Castilië. Ten gevolge van de geslepen huwelijkspolitiek van zijn grootvader, keizer Maximiliaan, zou hem een rijk ten deel vallen dat zijn gelijke in de wereldgeschiedenis niet heeft gekend. Op het continent van West Europa bestond slechts één staat van betekenis die niet aan zijn gezag was onderworpen, Frankrijk. Van bijna alle andere was Karel de landsheer; met de koning van Engeland was hij door nauwe huwelijksbanden verbonden. Karel is, niet in de laatste plaats onder de invloed van de ideeën van de jurist die lange tijd zijn groot-kanselier is geweest, Mercurino di Gattinara, doordrongen geweest van een universele visie: de handhaving van de eenheid van zijn rijk, de eenheid van de religie en – ook dat – de eenheid van het recht. In zijn hoedanigheid van keizer van het ‘Heilige Romeinse Rijk’ bevorderde hij de eenheid van het strafrecht binnen het rijk (waartoe destijds óók de Nederlanden behoorden) door de invoering - uiteraard als ‘subsidiar recht’ - van een codificatie van het strafrecht, de zogeheten ‘Carolina’. Het wetboek was – uiteraard op basis van het Romeinse recht - voor hem door zijn bestuursambtenaren samengesteld. De Bourgondische Nederlanden zelf, zijn geboortestreek, zette hij als staatkundige eenheid op de

politieke kaart van Europa bij het rijksbesluit van 26 juni 1548 (de geboortedag van 'Nederland'). De rechtseenheid binnen die 'Nederlandse' gebieden was ver te zoeken: ieder gewest, iedere stad, ieder gehucht had zijn eigen gewoonterecht. Karel heeft zich ten doel gesteld die rechtsverscheidenheid zo veel mogelijk te minimaliseren door de verschillende binnen zijn Nederlandse gebieden geldende gewoonterechten lokaal te laten optekenen en naar de hoofdstad, Brussel, te laten opsturen ter 'goedkeuring' (homologatie). Daaruit spreekt een nieuwe visie op het gewoonterecht: het werd niet meer (of althans niet meer door de Romeinsrechtelijk geschoolde juristen die de keizer van advies dienden) gezien als een *autonome* rechtsbron, maar als een rechtsbron die haar gezag ontleende aan het feit dat het door de vorst werd *geduld*. De staat begon zijn monopolie op *alle* recht, dus óók het privaatrecht, te vestigen.

De keizer heeft zijn plannen evenwel niet weten door te zetten, gepreoccupeerd als hij was met de handhaving van de religieuze eenheid in het rijk, een eenheid die hij definitief verloren zag gaan bij de zogeheten 'godsdienstvrede' van Augsburg van 1555. Karel abdiceerde en trok zich terug in een klooster. Zijn zoon en opvolger in de Nederlanden, Philips, zette de door Karel ingezette centralistische politiek voort. Hij werd daarin gesteund door twee uiterst bekwame ambtenaren die zeer goed onderlegd waren in het Romeinse recht, de Friese juristen Viglius van Aytta en Joachim Hopper. Men streefde naar de vestiging van een krachtige eenheidsstaat, bestuurd vanuit Brussel. Dat stuitte op het verzet van de 'Nederlanders', die in het geheel geen 'Nederlander' wilden worden, maar 'Hollander', 'Vlaming', 'Brabander', 'Fries' of 'Groninger' wilden blijven. Men wilde, kortom, geen 'Nederlandse' staat (dat wilde Philips), maar het behoud van de oude door de eeuwen heen gegroeide gewestelijke autonomie en de

daarmee gepaard gaande juridische pluriformiteit. Het hieruit voortvloeiende conflict ontaardde tot een burgeroorlog omdat een fundamentalistische religieuze sekte de heersende onvrede in het eigen voordeel wist uit te buiten door het gerezen conflict (ten onrechte) voor te stellen als een religieuze controverse. Dat is de reden waarom de Bourgondische Nederlanden na het einde van die burgeroorlog, bij de vrede van Munster (1648) op religieuze grondslag in tweeën werden gedeeld: een katholiek zuiden ('België') en een protestants noorden ('Nederland').

Binnen de 'Republiek der Verenigde Nederlanden' gold, de fraaie wapenspreuk 'Eendragt maect Magt' ten spijt, de verscheidenheid – de culturele, juridische, religieuze en zelfs ook ethnische pluriformiteit – als dogma. Het behoud ervan was de inzet geweest van de burgeroorlog die men jaren had gevoerd. De cultivering ervan heeft het land dat wij nu 'Nederland' noemen de grootste bloeitijd van zijn geschiedenis bezorgd, óók in juridisch opzicht, want nimmer hebben Nederlandse juristen een grotere internationale reputatie genoten dan juist in deze periode van grote interne juridische verdeeldheid. Die doordrong de juristen ervan dat het enige dat men gemeen had bestond uit het gemeenschappelijke bezit van het 'Romeinse' recht, dat zij daarom – vooral in Friesland en Holland - koesterden als ware dat het 'nationale' recht. De studie van het Romeinse recht, het Europese *ius commune*, bloeide in de Nederlandse 'Gouden Eeuw' als nergens in Europa: de nog steeds voortdurende internationale faam van de Leidse juridische faculteit is uitsluitend en alleen dáárop gebaseerd. De staat die de 'Republiek der Verenigde Nederlanden' wordt genoemd kan zo model staan voor een staat die zijn monopolie op de privaatrechtelijke rechtsvorming bewust heeft prijs gegeven en daar wel bij is gevaren. De vraag rijst daarom: vanwaar toch komt het monopolie van de wet?