

# Het lot van de pandektistiek

## Inleiding

De pandektistiek heeft in de rechtshistorische literatuur een slechte naam gekregen. Zij staat voor formalisme, begripsverheerlijking en een te groot vertrouwen in de systematische constructie als wetenschappelijke waarheid. Typerend is de omschrijving van Van den Bergh in *Geleerd recht*: 'Zo kon uit de Historische School de zuiver formele, allengs meer van de maatschappelijke werkelijkheid afgewende Pandectenwetenschap ontstaan, die er naar streefde door ver doorgevoerde begripsanalyse te komen tot de definitie van zuiver formele, analytische begrippen, waarmee men op wiskundige manier het recht logisch construeren kon.'<sup>1</sup> Even typerend is de beschrijving van Schlosser: 'Die neue Richtung der Pandektistik glaubte ihre Verpflichtung zur historischen Erfassung des Rechts durch eine formal-begriffliche, systematisch-konstruktive Denkweise einlösen zu müssen (juristischer Formalismus).'<sup>2</sup> Het mag dan ook niet verbazen dat de pandektistiek bij de huidige civilist een diepe afkeer oproept. In haar moderne jasje van neo-pandektistiek is zij bij sommigen (zoals Hesselink) geworden tot een groteske karikatuur. Pandektisten zijn volgens hem conservatieven, die erop uit zijn de hegemonie van de Duitse rechtscultuur te herstellen uit angst voor een Anglo-Amerikaanse overheersing van het Europese rechtsleven.<sup>3</sup>

Ook Jan Lokin heeft zich in zijn omvangrijke oeuvre met de pandektistiek beziggehouden. Wat hij onder deze stroming uit de rechtswetenschap verstaat, is een stuk genuanceerder dan naar voren komt uit de zo juist geciteerde omschrijvingen van Van den Bergh en Schlosser (laat staan die van Hesselink). Pandektistiek is volgens Lokin de tot bloei gekomen wijze van rechtsbeoefening, die Gustav Hugo en Friedrich Carl von Savigny in hun Historische School hebben gepropageerd. Zij pretendeerden ieder juridisch leerstuk te bestuderen vanaf zijn historische wording door middel van zijn organische groei tot aan zijn volwassen gevormdheid. Door uit de Romeinse rechtsbronnen het blijvende van het tijdelijke, het eeuwige van het specifiek-Romeinse te scheiden ontstond zoiets als een stelsel. Op de fundamenten van het blijvende verrees een eigentijds juridisch bouwwerk. 'Deze laatste bouwwerkzaamheden werden met geestdrift beoefend door de juridische architecten die bekend staan onder de naam pandektisten en hun architectuur wordt de

---

<sup>1</sup> G.C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht*. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht, vijfde druk, bewerkt door C.J.H. Jansen, Deventer 2007, p. 123.

<sup>2</sup> H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 8. Auflage, Heidelberg 1996, p. 132.

<sup>3</sup> M. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, p. 66-68.

pandektistiek genoemd.<sup>4</sup>

Vele 19<sup>e</sup>-eeuwse Duitse beoefenaren van het Romeinse recht, alias de pandektisten, zouden ongetwijfeld moeite hebben gehad zich te herkennen in hetgeen moderne schrijvers als de werkwijze van de pandektistiek beschouwen. Het is niet uitgesloten dat zij zich zelfs enigszins beledigd hadden gevoeld na het lezen van de door mij aangehaalde citaten van Van den Bergh en Schlosser. Zij zagen zich staan in de traditie van de *usus modernus* en zij beschouwden zich allerminst vervreemd van de praktijk. Sterker nog, zij bouwden aan een levend privaatrecht, ook na de invoering van de civielrechtelijke codificaties. Ik teken hierbij overigens aan dat de pandektist of de pandektistiek niet bestaat.<sup>5</sup>

In de volgende paragraaf van mijn bijdrage geef ik de opvatting weer van enkele pandektisten (Regelsberger, Dernburg, Windscheid, Sohm, Goudsmit en Modderman/Drucker/Tichelaar) over het Pandektenrecht. Uit deze weergave komt een opmerkelijke discrepantie naar voren tussen het beeld dat zij zelf schetsten van hun werkzaamheid en het beeld dat wij tegenwoordig in de literatuur aantreffen van de pandektistiek. Voorts sta ik stil bij de opvattingen van genoemde Duitse pandektisten (behalve Sohm, die het onderwerp niet behandelde) over wetsuitleg. Dat maakt duidelijk hoe zij stonden tegen over het recht als (een mogelijk gesloten) systeem en of zij overdreven formalistisch waren. Tot slot (na een korte excursie naar de betekenis van de pandektisten voor de ontwikkeling van het Zuid-Afrikaanse privaatrecht) wend ik me tot de betekenis van de pandektistiek voor het hedendaagse (Nederlandse) burgerlijke recht.

## Het Pandektenrecht

Regelsberger omschreef de betekenis van het Pandektenrecht als volgt: 'Pandekten oder jus Pandectarum wurde die Bezeichnung für das gesamte in Deutschland geltende, aus römischen, kanonischen und einheimischen Bestandteile gemischte Privatrecht.'<sup>6</sup> Een andere, adequate aanduiding voor het Pandektenrecht was zijns inziens het 'heutige römische Recht' of 'das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs'.<sup>7</sup> Het onderscheidde zich van het recht van voornamelijk Duitse (inheemse) oorsprong, dat deels wortels had in het Duitse verleden (zoals het handelsrecht) en deels een voedingsbodem had in het moderne rechtsverkeer van de 19<sup>e</sup> eeuw (het wisselrecht, het verzekeringsrecht,

---

<sup>4</sup> J.H.A. Lokin, De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer, in: R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Arnhem 1994, p. 29-30.

<sup>5</sup> Zie voor een algemene karakteristiek: K. Luig, Pandektenwissenschaft, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG) III (1984), Sp. 1422 e.v.

<sup>6</sup> F. Regelsberger, *Pandekten*, Band I, Leipzig 1893, p. 15.

<sup>7</sup> Vgl. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band I, bearbeitet von Theodor Kipp, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1900, p. 1; R. Sohm, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, bearbeitet von L. Mitteis; hrsg. von L. Wenger, München und Leipzig 1928, p. 8.

## HET LOT VAN DE PANDEKTISTIEK

het auteursrecht, e.d.). Dit Duitse recht heeft tot een eigen wetenschapsgebied geleid: 'die Lehre von dem in der Hauptsache nur partikularrechtlich geltenden einheimisch-deutschen Privatrecht'. Het Pandektenrecht ontsprong evenals dit inheemse Duitse privaatrecht aan de schoot van het Duitse volk, en wel door gewoonte, *Gerichtspraxis* en wetenschappelijke bewerking van het gereciperde Romeinse recht. Het viel dus niet samen met de Digesten, zoals Justianianus die in de 6<sup>e</sup> eeuw na Christus als wet had afgekondigd. 'Das gemeine deutsche Pandektenrecht wurde ein den deutschen Verhältnisse angepaßtes römisches Privatrecht, und unsere Wissenschaft vom Pandektenrecht bedeutete also eine Wissenschaft von dem römischen Privatrecht in der veränderten Gestalt, die es als "heutiges" gemeines deutsches Privatrecht gewonnen hatte.'<sup>8</sup> Daarmee had het Pandektenrecht een heel duidelijk praktisch doel. Om dat doel niet uit het oog te verliezen was het nuttig om ook na de afkondiging van het BGB aan de naam Pandektenrecht vast te houden (aldus Sohm).<sup>9</sup> Windscheids *Lehrbuch des Pandektenrechts* gold al snel als de belangrijkste wetenschappelijke autoriteit voor de rechtspraktijk.<sup>10</sup>

Als geldend recht stond het Pandektenrecht in een subsidiaire verhouding tot de *Partikularrechte*, het inheemse (Duitse) recht dat het primaire recht was.<sup>11</sup> Codificaties zouden in de loop van de 19<sup>e</sup> eeuw de gelding van het Romeinse recht vervolgens tot een steeds kleiner deel van het Duitse Rijk terugdringen. Het Pandektenrecht werd uiteindelijk - behoudens enkele wettelijke uitzonderingen en bepalingen van overgangsrecht - in 1900 voor het gehele Duitse Rijk afgeschaft door de inwerkingtreding van het BGB. Dat hield voor de pandektisten niet het einde van het Pandektenrecht in, integendeel. Het BGB was met duizend vezels met dit recht verbonden en met de daarin ontwikkelde rechtsfiguren, rechtsregels en beginselen. Niet alleen voor het begrip van, maar ook voor de rechtsontwikkeling op basis van het nieuwe wetboek waren de kennis van het Pandektenrecht en de pandektistiek onontbeerlijk. Laatstgenoemde discipline was als geen ander in staat de verbindingslijnen te trekken van het *Corpus Iuris Civilis* naar het moderne burgerlijke recht. Het Romeinse recht mocht zelfs het recht van de toekomst heten: 'Von Jahr zu Jahr steigert sich der Verkehr der Nationen und drängt zu einem einheitlichen Verkehrsrecht. Für dieses gibt das römische Recht feste Bausteine, da es bei allen Völkern des europäischen Kulturkreises Grundlage des Rechtsstudiums und Quelle von Rechtssätzen ist.'<sup>12</sup>

Het Pandektenrecht had bovendien het Romeinse recht en de Romeinse volksgeest al lang achter zich gelaten. In die zin had het een andere niet te overschatten betekenis voor geheel

---

<sup>8</sup> Sohm, *Institutionen, Geschichte und System*, p. 3.

<sup>9</sup> Sohm, *Institutionen, Geschichte und System*, p. 8; H. Dernburg, *Pandekten*, Band I, 7. Auflage, Berlijn 1902, p. 1, noot 1.

<sup>10</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, p. 446.

<sup>11</sup> Zie over subsidiariteit: O. Moorman van Kappen, Zur Lehre von der Subsidiarität der Geldrischen Landrechte, in: P. Blickle u.A. (Hrsg.), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, Berlijn 2002, p. 259 e.v.

<sup>12</sup> Dernburg, *Pandekten*, p. 3; Sohm, *Institutionen, Geschichte und System*, p. 10.

Europa, ja zelfs voor de gehele beschaafde wereld. Het Pandektenrecht had tot doel zoals Dernburg schreef: '(...) die Entwicklung einer allgemeinen Theorie des Privatrechts in seinem Werden und seinem gegenwärtigen Zustand'. Of in de beroemde woorden van Windscheid: de inhoud van het Romeinse recht heeft te gelden 'als der Ausdruck allgemein menschlicher Auffassungen allgemein menschlicher Verhältnisse, nur mit einer Meisterschaft entwickelt, welche keine Jurisprudenz und keine Gesetzgebungskunst seitdem zu erreichen verstanden hat (...).' Afgezien van zijn inhoud was het Romeinse recht ook door zijn vormgeving het voorbeeld voor al het juridische denken en scheppingswerk. 'Die Begriffe des römischen Rechts sind immer scharf und präcis, und doch sind sie immer elastisch, immer bereit, sich jedem neu auftretenden Lebensbedürfnissen zu öffnen (...); das römische Recht ist immer klar, und doch nie abstract.'<sup>13</sup> De ambitie om een algemeen privaatrechtelijke theorie op basis van een historisch-dogmatische methode te ontwikkelen droeg de kiem in zich om het recht los te zien van de maatschappelijke en politieke werkelijkheid. Volgens Wieacker heeft Windscheid daarom te gelden als de vertegenwoordiger bij uitstek ('ein Klassiker') van het wetenschappelijke positivisme, dat tijdens het leven van laatstgenoemde de Duitse (privaat)rechtswetenschap kenmerkte.<sup>14</sup> Aanhangers van dit positivisme zouden rechtsregels en hun betekenis uitsluitend op het door hen ontworpen systeem en zijn begrippen terugvoeren en zij zouden zich niet inlaten met politieke, ethische of economische overwegingen. Of Windscheid als een echte klassieker van het rechtswetenschappelijke positivisme heeft te gelden, waag ik te betwijfelen. Ik laat die kwestie in deze bijdrage verder rusten. Windscheid zelf onderkende overigens al dat de Duitse geest de klip van de dogmatische abstractie (te) gemakkelijk kon rondrennen: volgens hem was juist het Romeinse recht het middel tegen deze kwaal.<sup>15</sup> Bij sommige pandektisten heeft dat middel echter niet geholpen. Hun hang naar de ijle begripsvorming heeft geleid tot de extreme vorm van pandektenwetenschap, die bekend staat als *Begriffsjurisprudenz*. Regelsberger zag echter voor de pandektist een geheel ander gevaar dan de *Begriffshimmel* opdoemen: hij liep het risico zich te verliezen in 'einen dünnen Pragmatismus'.<sup>16</sup> Zoals gezegd, de pandektisten laten zich niet eenvoudig onder één noemer brengen.

Traditioneel zijn de pandektistiek en het liberaal-kapitalisme twee zijden van een en dezelfde medaille. Het pandektistische ideaal zou een rechtsorde zijn, waarin privaatautonomie en de daarop gefundeerde min of meer onbeperkte contractsvrijheid en eigendomsvrijheid een centrale plaats innamen.<sup>17</sup> Dit ideaal is echter tamelijk scherp aangevallen. Hofer heeft het traditionele beeld van de onbegrensde contractsvrijheid overtuigend weerlegd. Het verbaast haar dat deze voorstelling van zaken in de 20<sup>e</sup> eeuw de

<sup>13</sup> Dernburg, *Pandekten*, p. 1; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 18.

<sup>14</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 431.

<sup>15</sup> Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 18.

<sup>16</sup> Regelsberger, *Pandekten*, p. 33.

<sup>17</sup> Luig, *Pandektenwissenschaft*, Sp. 1423.

## HET LOT VAN DE PANDEKTISTIEK

overheersende is geworden. Veel pandektisten kenden geen onbeperkte contractsvrijheid. Windscheid nam een 'Freiheit in Grenzen' aan zonder deze beperkingen overigens nauwkeurig te definiëren.<sup>18</sup> Kroeschell had al eerder ten aanzien van het absolute eigendomsrecht (in de zin van een onbeperkte eigendomsvrijheid) gesproken van een 20<sup>e</sup>-eeuws vooroordeel. De pandektisten waren vertrouwd met allerlei soorten van beperkingen van het eigendomsrecht. Wanneer zij spraken over een onbegrensd eigendomsrecht, was dat niet descriptief (een beschrijving van de toenmalige eigendomspraktijk), maar normatief.<sup>19</sup> Was Windscheid wellicht de meest uitgesproken voorstander van een liberale eigendomsopvatting, hij werd bestreden door andere pandektisten, zoals Dernburg: 'In der That sind alle Rechte des Individuums, insbesondere auch das Eigentum, durch die Rücksicht auf die Gesellschaft beeinflusst und rechtlich gebunden.'<sup>20</sup>

Van het Pandektenrecht onderscheidten de pandektisten het 'reine' of het zuivere Romeinse recht. Het Pandektenrecht behandelde namelijk alleen het op dat moment in Duitsland geldende Romeinse privaatrecht en niet het Justiniaanse Romeinse privaatrecht. Volgens Sohm moest het 'reine' of zuivere Romeinse recht aan bod komen in het Institutencollege.<sup>21</sup> Ook Regelsberger sprak over het Justiniaanse recht als het 'reine' Romeinse recht. Hij bracht de bestudering van dit recht in verband met de humanistische beoefening van het Romeinse recht. Binnen deze stroming lag meer de nadruk op het onderzoek naar het Romeinse recht zoals dat in de Romeinse tijd had gegolden dan op de praktische bruikbaarheid van het Romeinse recht in de loop der latere tijden. Daarmee dreigde de theorie zich te vervreemden van de praktijk.<sup>22</sup> Door de invoering van het BGB was het Romeinse recht bevrijd van de last *geldend* recht te zijn. De humanistische beoefening van het Romeinse recht drong zich volgens sommigen als het ware vanzelf op.

Wat is de opvatting van de Nederlandse pandektisten over het Pandektenrecht? Zij schaarden zich in opmerkelijk eensgezinde bewoordingen achter de opvatting van Windscheid. Goudsmit meende dat het Romeinse recht zijn overheersende en doordringende invloed te danken had aan zijn innerlijke voortreffelijkheid. Die berustte niet op de bekrompen, eigenaardige, specifiek-Romeinse volksgeest, maar was veeleer de uiting van 'eene gezonde opvatting van algemeen menschelijke betrekkingen, terwijl aan dit cosmopolitisch karakter zich paarde eene kunst van ontleding, die tot nog toe haar

---

<sup>18</sup> S. Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001, p. 279.

<sup>19</sup> K. Kroeschell, Die nationalsozialistische Eigentumslehre: Vorgeschichte und Nachwirkung, in: M. Stolleis und D. Simon (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen 1989, p. 44; C.J.H. Jansen, Het eigendomsrecht en het gemeenschapsdenken, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen 2008*, p. 2-3.

<sup>20</sup> Dernburg, *Pandekten*, § 192, Anm. 7.

<sup>21</sup> Sohm, *Institutionen, Geschichte und System*, p. 8.

<sup>22</sup> Regelsberger, *Pandekten*, p. 10, p. 33.

weerga niet gevonden heeft.<sup>23</sup> Modderman/Drucker/Tichelaar gebruikten bijna letterlijk dezelfde omschrijving en vonden de hoofdbeginselen van het Romeinse recht aansluiten bij een rationele opvatting van meer algemeen menselijke toestanden en betrekkingen. Drucker zag het daarom ook als de taak van de wetenschappelijke jurist om door te dringen tot de diepste grondslagen van het Romeinse recht en om het systeem (het verband der dingen) op het spoor te komen. Tal van Romeinse leerstukken waren in zijn tijd nog net zo fris, als waren zij van gisteren. Wel waarschuwde hij voor een slaafse navolging en bewondering van het Romeinse recht. De wetenschapper moest niet schromen dit recht te verwerpen, wanneer het niet in overeenstemming was met de moderne rechtsovertuiging of met de eisen van het maatschappelijke verkeer. De jurist had tot taak het recht op historische bodem verder te ontwikkelen, zoals dat geëist werd door de behoeften van het maatschappelijke verkeer. De kracht van de Romeinse juristen lag juist in hun vaardigheid tot praktische toepassing van het recht.<sup>24</sup> Een privaatrechtelijk leerstuk mocht dus niet gevangen raken in de methoden van het orthodoxe Romanisme of dogmatisme (zoals de contractsvrijheid was overkomen). Uit deze omineuze woorden van Drucker komt naar voren dat blijkbaar het ('heutige') Romeinse recht aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw al een slechte naam had gekregen. De Utrechtse hoogleraar in het handelsrecht Willem Molengraaff hekeldde de desastreuze rol van het Romeinse recht ten aanzien van de ontwikkeling van het continentale recht. Ik citeer hem tamelijk uitvoerig:

'Dit (continentale) recht toch werd tot in den laatsten tijd verkregen door deductie uit eene in abstracto redenerende rechtsphilosophie of uit het Romeinsche recht, dat al moge het een historisch monument van blijvende waarde zijn, niettemin de vrije rechtsontwikkeling meer dan wenschelijk heeft tegengehouden en belemmerd. Opedrongen aan eene maatschappij, waarin het volstrekt niet bestemd was te werken, konden nadeelige gevolgen niet uitblijven en werd de harmonie tusschen het recht en de maatschappelijke behoeften, waarin het moest voorzien, geheel verstoord.'<sup>25</sup>

Niet alleen het Romeinse recht kreeg er van langs. Ook de Duitse beoefenaren van dit recht kregen hun trekken thuis. Ik citeer - wederom tamelijk uitvoerig - uit een boekbespreking van de advocaat J. Bohl:

'De Duitse geleerden maken over het algemeen den indruk van iemand, die te veel gegeten heeft, en het kwaad krijgt met de spijsvertering. Hunne redeneeringen zijn log en langdradig; hun stijl is dof en zwaar, als op het punt van eene beroerte te krijgen, en dewijl zij in den regel met hunne taal

---

<sup>23</sup> J.E. Goudsmit, *Pandecten-Systeem*, Eerste deel. Algemeen deel, Leiden 1866, p. 2.

<sup>24</sup> W. Modderman, *Handboek voor het Romeinsche recht*, vervolgd door H.L. Drucker en P.A. Tichelaar, bewerkt door P.A. Tichelaar, vierde druk, Groningen 1908, p. 2 en p. 74; H.L. Drucker, *Rechtswetenschap en wetgeving*, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1882, p. 529-530 en p. 535-539.

<sup>25</sup> W.L.P.A. Molengraaff, *Eenige opmerkingen over de methode van recht en wetgeving in Engeland en op het continent*, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1882, p. 225.

## HET LOT VAN DE PANDEKTISTIEK

niet best overweg kunnen, zijn hunne al te dikke boeken afgrijselijk doorspekt met vreemde woorden en wendingen, welke staven, dat de heeren het uiterste moeten inspinnen om hunne hersenen op het papier ledig te schudden.<sup>26</sup>

Tegenover deze weinig vleierende woorden aan het adres van de Duitse rechtswetenschap(pers) staat de mening van Paul Scholten: het is aan de Duitsers te danken, 'dat zoo in de negentiende eeuw ook bij stilstand der wet, het recht zich heeft ontwikkeld.<sup>27</sup>

Het negatieve beeld van de Duitse privaatrechtswetenschap, in het bijzonder van de pandektistiek is in de 20<sup>e</sup>-eeuwse Nederlandse literatuur bestendig. Het laat zich mooi illustreren aan de hand van de ontvangst van de *Inleiding tot het burgerlijk recht* van de Utrechtse hoogleraar J.Ph. Suijling. Scholten heeft dit boek gekarakteriseerd als de Nederlandse Pandekten.<sup>28</sup> Suijling beoogde in deze *Inleiding* een systematische uiteenzetting te geven van de beginselen van het burgerlijk recht. Hij was van mening dat het positieve recht uit het positieve recht verklaard moest worden door analyse, vergelijking en synthese. Daarnaast omarmde hij de door de pandektisten ingevoerde vernieuwing van een Algemeen deel. Hij besteedde daardoor aandacht aan onderwerpen, die in Nederland zelden op een zo structurele wijze een behandeling hadden gekregen, zoals rechtshandeling, wilsverklaring, rechtsfeit, uitleg van rechtshandelingen, wilsgebreken,<sup>29</sup> misbruik van recht, verjaring, etc.

Suijling afficheerde zichzelf als empirisch positivist. Dat heeft hij moeten berouwen. Molengraaff, Scholten en Meijers hekelden diens werk als legistisch, abstract en formalistisch. Zij deden hem echter daarmee geen recht. Hij was allerminst uit op steriele letterknechterij. Het recht bestond niet om zijns zelfs wil, zoals Suijling ook zelf betoogde. Het was bestemd om de mens in zijn handel en wandel te dienen. Een wet moest voldoen aan de eisen van het maatschappelijke verkeer en de door de wetgever beoogde economische gevolgen bewerkstelligen. Suijling deelde daarom in de voorrede van de tweede druk (1927) niet zonder trots mede dat zijn boek - ondanks de kritiek en het verwijt van bederf van de studerende jeugd - de praktische jurist had weten te bereiken.<sup>30</sup> Hij stond overigens in zijn opvatting dichtbij Meijers. Die liet zijn studenten optekenen dat het vermogensrecht de economische verhoudingen tussen de mensen regelde en dat twee invloeden bij de regeling van het vermogensrecht werkten: het verkeers- en het

---

<sup>26</sup> J. Bohl, [Bespr. van:] J.A. Jolles Azn, Het Periculum bij den koop, in: *Themis* 1892, p. 600.

<sup>27</sup> P. Scholten, Een nieuw leerboek, in: *WPNR* 1919/2585, p. 259.

<sup>28</sup> Scholten, Een nieuw leerboek, p. 259.

<sup>29</sup> J.H.A. Lokin, *Enige beschouwingen omtrent de grond der dwalingsregeling bij verbintenisscheppende overeenkomsten*, Amsterdam 1973, schrijft op p. 40 dat Suijling als eerste het wilsgebrek als verzamelaanduiding heeft geïntroduceerd in de Nederlandse begrippenwereld.

<sup>30</sup> C.J.H. Jansen, J.Ph. Suijling (1869-1962), in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen 2004, p. 38 e.v.

kredietelement.<sup>31</sup>

De roep om bestudering van het zuivere Romeinse recht was in Nederland van vroeger datum dan in Duitsland. Zij klonk bij de invoering van de Hollandse Napoleon in 1809, een kleine eeuw voor de inwerkingtreding van het BGB. De Groninger hoogleraar Gratama schreef in 1809: 'Men moet rein Romeinsch Regt leeren, dat is men moet het R.R. leeren, ontdaan van alles, wat er de lateren gewoon waren aan toe te voegen, ontleend uit latere begrippen, uit latere verkregene kundigheden, uit latere zeden, uit latere of aan de Romeinen geheel onbekende wetgevingen (...). Men moet de begrippen der oudheid uit de oudheid zelve toelichten.'<sup>32</sup> Gratama legde met deze verwijzing - evenals Regelsberger - een direct verband met de humanistische of Elegante School. Den Tex en Van Hall, de redacteuren van een van Nederlands oudste juridische tijdschriften: de *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en wetgeving* (1826-1838), waren trots op het feit dat de Nederlanders in vergelijking tot de Fransen zo veel over het zuivere Romeinse recht schreven. Bijna al die studies waren door Duitse voorgangers geïnspireerd.<sup>33</sup>

### **Wetsuitleg volgens Regelsberger, Windscheid en Dernburg**

Volgens Regelsberger liet een wetsvoorschrift een rechter altijd minder of meer ruimte, omdat zij een bepaalde levensbetrekking altijd maar tot op zekere hoogte kon regelen. Wetsuitleg was vaststelling van de betekenis van de wet. Zij strekte ertoe 'für ein Lebensverhältnis den Rechtssatz aus dem gesamten Stoff des positiven Rechts zu ermitteln.' Hij noemde deze werkwijze 'Rechtsfindung' (of *interpretatio juris*), een van de eerste keren dat ik letterlijk het begrip rechtsvinding ben tegengekomen. Daaronder begreep hij ook de analogie. Niet alleen 'dunkle oder zweideutige' wetten behoefden uitleg. Dat gold voor iedere wet.<sup>34</sup> Regelsberger onderscheidde twee vormen van wetsuitleg: de grammaticale en de logische. De logische uitleg was er een naar algemene denkgeregels.<sup>35</sup> Daartoe behoorden eveneens - in onze bewoordingen - de systematische uitleg ('was bedeutet die Gesetzesbestimmung im Ganzen des Gesetzes?')<sup>36</sup>, de teleologische uitleg

<sup>31</sup> UB Leiden, BPL 2459 I, E.M. Meijers, *Burgerlijk recht*, Cursus 1910/1911, p. 6 en p. 7.

<sup>32</sup> S. Gratama, Nog iets over het R.R., in: *Regtsgeleerd Magazijn* 1809, p. 463. Zie ook J. van der Linden, *Regtsgeleerd, Practicaal, en Koopmans Handboek*, Amsterdam 1806, p. XXXIV-XXXV.

<sup>33</sup> G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen, Het juridische tijdschrift gevestigd: Den Tex en Van Hall's *Bijdragen tot regtsgeleerdheid en wetgeving* (1826-1838), in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1993, p. 107 e.v.

<sup>34</sup> Regelsberger, *Pandekten*, p. 140-141. Hij verwees naar D. 1,1,2,5 en 12.

<sup>35</sup> Een mooi voorbeeld staat in C. 1,14,6: Wij willen niet dat hetgeen ten gunste van bepaalde personen is verordend in bepaalde gevallen wordt beschouwd als te hunnen nadele te zijn uitgedacht. Zie ook D. 1,3,25.

<sup>36</sup> Zie D. 1,3,24: het is onbetamelijk vonnis te wijzen of advies te geven op grondslag van een bijzonder onderdeel van een wet zonder deze als geheel te overzien.



## HET LOT VAN DE PANDEKTISTIEK

('Zweck des Gesetzes'; *ratio legis*) en de wets- en rechtshistorische interpretatie. Bij de logische uitleg ging het niet om een vergelijking van op zichzelf staande wettelijke bepalingen, 'man muss sich den Geist und das Gesamtbestreben eines Gesetzes oder eines ganzen Rechtsinstituts, ja oft in weitere Linie die sittliche und sociale Aufgabe des Rechts zum Bewusstsein bringen.'<sup>37</sup> De wetsuitlegger vervulde zijn taak, wanneer hij de wet begreep in het licht van de eisen van het praktische leven. Bestonden er leemten in het recht? Ja en nee, volgens Regelsberger. Enerzijds kon een wetgever niet elk mogelijk probleem in het praktische leven voorzien. Anderzijds niet, omdat een rechter nooit mocht weigeren recht te spreken. Hij kon daartoe gebruikmaken van de analogie, omdat het een norm van geldend recht was dat voor alle 'wesensgleiche Erscheinungen' dezelfde norm moest gelden.<sup>38</sup>

Ook Windscheid onderscheidde in een grammaticale en een logische wetsuitleg, waarbij de rechter zo diep mogelijk in de ziel van de wetgever trachtte door te dringen. Onder de laatstgenoemde interpretatie begreep hij ongeveer hetzelfde als Regelsberger en dus ook de analogie.<sup>39</sup> Daarnaast ging Windscheid nog een stapje verder. '[Die Auslegung] hat ferner die Aufgabe, hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorzuziehen.' Dat kon de rechter doen met behulp van de analogie, die Windscheid 'Rechtsanalogie' noemde en die stond naast de 'Gesetzesanalogie'. Juist bij een leemte in de wet moest de rechter de eigenlijke gedachte van de wetgever proberen te achterhalen uit het rechtssysteem als geheel. Als de wet of het rechtssysteem tekort schoot, moest de rechter zijn beslissing baseren op een subsidiaire rechtsorde. Daaronder verstond Windscheid niet het natuurrecht. De rechter moest zijn beslissingen putten uit datgene 'was im Verkehr als billig und gerecht angesehen wird'.<sup>40</sup>

Dernburg tot slot betoogde eveneens dat wetten nooit zo volledig konden zijn dat ze elk mogelijk juridisch probleem konden voorzien. Tegelijkertijd mocht de rechter niet weigeren recht te spreken. 'Hier bewährt sich nun, daß das Recht ein System ist, welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst heraus zu vervollständigen.' Die vervollediging gebeurt door middel van de analogie. Een andere bron van de vervollediging van het systeem was de *Natur der Sache*. Iedere levensbetrekking droeg een bepaalde orde in zich. Op die innerlijke orde moest de rechter teruggrijpen, indien de wet tekort schoot.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Regelsberger, *Pandekten*, p. 145 e.v. (p. 147 citaat). Het onderscheid tussen *ratio legis* en *ratio juris* (uitleg naar het in een wetsbepaling tot uitdrukking komende rechtsbeginsel) is complex: zie G.C.J.J. van den Bergh, *Wet, gezag en rede*, Deventer 1987, p. 6-7.

<sup>38</sup> Regelsberger, *Pandekten*, p. 155 e.v. Hij beriep zich ter ondersteuning van zijn standpunt op D. 1,3,12; D. 1,3,27 en C. 1,14,3. Voorts verwees hij voor het verbod van rechtsweigeren naar art. 4 Cc.

<sup>39</sup> Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 82 e.v. Hij verwees ter ondersteuning van de teleologische interpretatie naar D. 1,3,25 en C. 1,14,6.

<sup>40</sup> Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 86 e.v., p. 90-91.

<sup>41</sup> Dernburg, *Pandekten*, p. 82 .v. Dernburg verwees voor het verbod van rechtsweigeren eveneens naar art. 4 Cc. De *Natur der Sache* was niet te verwarren met het natuurrecht, dat terugging op het wezen van de mens.

De pandektisten blijken allerm minst van een gesloten systeem uit te gaan. Hun systeem bestond bovendien niet uit (productieve) begrippen, maar uit rechtsregels en rechtsbeginselen. Ter inspiratie van hun beschouwingen beriepen zij zich veelvuldig op Digesten- en Codexteksten. De pandektisten erkenden dat de wet nooit duidelijk was en daarom uitleg nodig had. Alle ons bekende interpretatiemethoden passeerden de revue. Zij signaleerden bovendien dat (rechts)analogie de leemten in de wet en het stelsel van de wet moest vullen, eventueel met een beroep op de achterliggende gedachten en waarden van dit stelsel. Slechts Dernburg kende een bijzondere plaats aan het systeem van de wet toe, in die zin dat hij lijkt uit te gaan van de vervollediging van het recht uit het systeem. Tegelijkertijd kende hij een bijzondere plaats toe aan de *Natur der Sache* als bron van aanvulling van het rechtssysteem. Hiermee oversteeg hij het positieve recht. Daarnaast erkenden de pandektisten het bestaan van gewoonterecht naast het BGB (of andere civielrechtelijke codificaties). Het beeld van de pandektistiek, dat wordt gekenmerkt door formalisme, vervreemding van de eisen van het maatschappelijke verkeer of een te groot vertrouwen in het systeem van de wet, blijkt niet erg adequaat te zijn, als wij de beschouwingen van de pandektisten over wetsuitleg lezen. Hun zienswijze - naar Nederlandse begrippen - bevindt zich ergens in het midden tussen legisme aan de ene kant en *Freirechtsbewegung* aan de andere kant, met dien verstande dat zij neigden naar het legistische gedachtegoed (mits dit op de juiste wijze wordt begrepen en niet wordt opgevat als een karikatuur).<sup>42</sup> De pandektisten hielden wel terdege rekening met de eisen van het maatschappelijk verkeer en met achter de wet en het wettelijk systeem liggende beginselen en gedachten.

### **Een korte excursie: de betekenis van de pandektistiek voor de ontwikkeling van het Zuid-Afrikaanse privaatrecht**

Het Zuid-Afrikaanse recht bouwt deels voort op de uitleg van het Rooms-Hollandse recht. De ontwikkeling van dit laatste recht was gestopt na de invoering van de civielrechtelijke codificaties in Nederland. De vraag rijst hoe de pandektistiek van betekenis kon zijn voor het Zuid-Afrikaanse recht, omdat de pandektisten leefden en schreven na de afschaffing van het Rooms-Hollandse recht. Het antwoord op die vraag gaat als volgt. De pandektisten hielden zich niet bezig met het zuivere Romeinse recht, maar met het Justiniaanse recht (zoals zich dat in de loop van de tijd had ontwikkeld). Het Rooms-Hollandse recht was een tak aan de boom van het *ius commune*. De pandektisten gaven commentaar op een andere tak aan die boom, het Duitse recht van Romeinsrechtelijke oorsprong. Zij schreven in een tijd dat de industriële revolutie met allerlei technologische vernieuwingen had

---

<sup>42</sup> Over de voorgeschiedenis van door de Pandektisten gebruikte begrippen als *Lücke*, *Gesetzesanalogie* und *Rechtsanalogie*, *Natur der Sache* e.d. zie J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, München 2001, p. 244 e.v.

## HET LOT VAN DE PANDEKTISTIEK

plaatsgevonden. Het was (en is) voor Zuid-Afrikaanse juristen dus bijzonder interessant om te kijken hoe de pandektisten met die nieuwe problemen zijn omgegaan, omdat zij in dezelfde traditie van het Romeinse recht stonden en staan. 'Dit is vir ons van groot belang om te zien of en hoe 'n 'moderne' Romeins-gebaseerde gemene reg hierdie probleme kon hanteer, en ek wil konstateer dat dit vir ons by die ontwikkeling en uitbouing van ons reg volkome geregverdig is om by die Pandektiste te gaan lig opsteek. Dit is net so logies vir ons om ons vandag deur die Pandektiste te laat beïnvloed as wat dit indertyd was vir ons ou skrywers om hulle deur die *Usus modernus*-school te laat beïnvloed.' Het gevolg is dat het Zuid-Afrikaanse recht een groot aantal begrippen van de pandektisten heeft overgenomen en dat rechters in hun uitspraken naar het werk van pandektisten (zoals Windscheid, Dernburg, Vangerow en Sohm) verwezen.<sup>43</sup> De pandektistiek is bijvoorbeeld van invloed geweest op de Zuid-Afrikaanse ontwikkeling van het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking en van het eigendomsrecht. De Zuid-Afrikaanse conceptie van het eigendomsrecht als absoluut en uniform subjectief recht is ontleend aan Windscheid.<sup>44</sup> Het is de grondhouding van de Zuid-Afrikaanse juristen, die voor mijn betoog interessant is. Zij beschouwen de pandektisten als onderdeel van de traditie van de beoefening van het Romeinse recht, een traditie die inderdaad nog niet is afgesloten. Zij trekken de lijn door van het verleden naar het heden. Wellicht ligt dat bij het Nederlandse of het Europese burgerlijke recht anders. Daarover gaat mijn volgende paragraaf.

### **Waarde van de pandektistiek voor het moderne (Nederlandse) burgerlijke recht**

Waar toe leiden mijn beschouwingen tot zover? Het beeld dat we in de moderne literatuur aantreffen van de pandektistiek, is sterk vertekend. De pandektisten plaatsten zich zelf in de traditie van de *usus modernus*. Zij behandelden het Romeinse recht niet alleen op historische grondslag, maar ook in het licht van zijn historische ontwikkeling vanaf de receptie van het Romeinse recht. Zij richtten zich niet op de bestudering van het Romeinse recht in de Romeinse tijd (het 'zuivere' Romeinse recht), maar op het Justiniaanse recht, zoals zich dat vanaf de 11<sup>e</sup> eeuw onder invloed van allerlei factoren had ontwikkeld. De pandektisten zochten - zoals we gezien hebben - nadrukkelijk aansluiting bij de eisen van het maatschappelijke verkeer van hun tijd en waarden, beginselen en gedachten achter het recht(ssysteem). Dat zij zich daarnaast bezighielden met het systematiseren van de onderscheiden rechtsbeginselen, -begrippen en -verschijnselen, vloeit voort uit het feit dat zij (tevens) wetenschapper waren. Vooral de leer van de rechtshandeling en de wilsverklaring, het hart van het Algemene deel van het BGB, moet het vaak ontgelden als

---

<sup>43</sup> W. de Vos, *Regsgeskiedenis*, Kaapstad/Johannesburg 1992, p. 119-120 (citaat). Zie ook R. Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, Darmstadt 1983, p. 63 en D.H. van Zyl, *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg*, Durban 1983, p. 258, p. 265, p. 491 en D. Visser, Unjustified Enrichment, in: R. Zimmermann and D. Visser (ed.), *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford 1996, p. 524-528.

<sup>44</sup> J.R.L. Milton, Ownership, in: Zimmermann and Visser, *Southern Cross*, p. 696-697.

de uitkomst bij uitstek van de abstracte, 'begriffliche' methode van de pandektisten.<sup>45</sup> Codificatie, rechtsvinding en wetenschappelijke rechtsbeoefening kunnen evenwel niet zonder systematisering en begripsvorming.<sup>46</sup> Ik verwijs ook naar de aandacht, die Paul Scholten in zijn *Algemeen deel* aan systematisering besteedt (p. 44-60). Dernburg zag het uitdrukkelijk als zijn taak de verbindingslijnen te trekken van het *Corpus Iuris Civilis* naar het moderne burgerlijke recht.<sup>47</sup> Juist deze zienswijze van Dernburg sluit naadloos aan bij de richting, die het onderzoek en vooral het onderwijs in het Romeinse recht naar de opvatting van Jan Lokin in onze tijd moet inslaan. Ik citeer hem:

'De rechtsgeschiedenis dient vast te knopen aan het tijdvak van de internationale beoefening van het recht, aan het *ius commune*, of zo men wil aan de Duitse pandektistiek van vóór 1900.'<sup>48</sup>

Volgens Lokin wordt de verbinding tussen het verleden en het heden zichtbaar op basis van een gedegen kennis van het hedendaagse geldende recht en van de rechtsdogmatiek. Europa staat aan de vooravond van de vorming van een eenvormig privaatrecht. Rechtsgeschiedenis, rechtsvergelijking en rechtsdogmatiek moeten elkaar opnieuw vinden, zoals het geval was in de Duitse landen voorafgaande aan de invoering van het BGB (zie de hierboven weergegeven opvatting van Dernburg). Daarover schreef de Duitse rechtshistoricus Rainer de volgende behartenswaardige woorden: 'Rechtsgeschichte, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung wurden somit zu den tragenden Eckpfeilern einer einheitlichen deutschen Rechtswissenschaft.'<sup>49</sup> Vervang de term Duits door Europees en het citaat is toegesneden op de hedendaagse situatie. De leerboeken zijn er al. Ik wijs slechts op het monumentale werk van Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations* of op Willem Zwolve's magnum opus *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht* (I. Inleiding en zakenrecht). Maar ook in Frankrijk (David Deroussin<sup>50</sup>) en Duitsland (Filippo Ranieri<sup>51</sup>) zijn vergelijkbare werken verschenen. Uit mijn betoog mag duidelijk zijn geworden dat de pandektistiek mijns inziens vaak ten onrechte wordt geassocieerd met formalisme, begripsverheerlijking en een te groot

---

<sup>45</sup> F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Wien/New York 2009, p. 128-132.

<sup>46</sup> Die verwetenschappelijking kon een keerzijde hebben: de verwijdering tussen het recht als systeem en de maatschappelijke werkelijkheid. Niet iedere pandektist ontsnapte aan die valkuil.

<sup>47</sup> Zie over Dernburg: J.H.A. Lokin, *Wie was Heinrich Dernburg?* en J.H.A. Lokin, *De wetenschappelijkheid van de rechtsbeoefening volgens Windscheid en Dernburg*, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2007, p. 1 e.v. resp. p. 3 e.v.

<sup>48</sup> J.H.A. Lokin, *Het pit en de kern*, in: *RM Themis* 1992/7, p. 306.

<sup>49</sup> J.M. Rainer, *Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts bis zum Inkrafttreten des BGB: Ein Modellfall für den Europäischen Gerichtshof?*, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1997, p. 761.

<sup>50</sup> D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Parijs 2007. Zie daarnaast J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Parijs 2008.

<sup>51</sup> F.Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Wien/New York 2009.

## HET LOT VAN DE PANDEKTISTIEK

vertrouwen in de systematische constructie. Natuurlijk zijn er uitwassen geweest: sommige pandektisten hebben zich te ver verwijderd van de rechtspraktijk of zijn beland in de *Begriffshimmel*. Toch mag men niet miskennen dat - in de woorden van Coing - 'in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts die gemeinrechtliche deutsche Rechtswissenschaft dann allgemein europäischen Einfluß [hat] gewonnen.' (...) 'Insoweit, aber auch nur insoweit, nämlich als eine allgemeine Rechtslehre, ist auch das jüngere gemeine Recht eine Art *Ius Commune* geworden.'<sup>52</sup> De pandektisten waren dus meer dan de civilisten van de 19<sup>e</sup> eeuw. Zij onderscheidten zich van andere, latere beoefenaren van het burgerlijke recht door hun methode, de leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag. Die methode is van alle tijden. Het is de werkwijze, die Jan Lokin zijn hele werkzame leven trouw is gebleven.

### Slotwoord

De pandektistiek verdient een beter lot dan de uitstorting van hoon of de verwording tot een karikatuur. Of zoals Lokin in zijn ten geleide bij het Dernburg-nummer van de *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (2007) schreef: 'Aan de Pandektisten kleeft in het algemeen de smet van de *Begriffsjurisprudenz*. Van die smet is Dernburg echter steeds vrij gebleven. Hij combineerde zijn pandektistische scherpzinnigheid met een grote dosis gezond verstand. Wij zouden hem dan ook willen typeren als een *praktische pandektist*.' Lokins woorden zou ik graag tot de mijne willen maken voor de werkwijze van veel pandektisten, en niet alleen met betrekking tot die van Dernburg. Zoals H.J. Scheltema al zei: er is niets zo praktisch als een goede theorie!

C.J.H. Jansen

Nijmegen

---

<sup>52</sup> H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*, Band II (19. Jahrhundert), München 1989, p. 56; Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, p. 135 e.v..