

Vorm boven inhoud

Enige opmerkingen over het codificatiebegrip

Een omstreden begrip

Het woord codificatie (van *codex/caudex*, boomstam of -schors en *facere* maken) lijkt op het eerste gezicht uit de Oudheid te stammen, maar is in werkelijkheid een neologisme van de Engelse jurist en Verlichtingsfilosoof Jeremy Bentham (1748-1832). De term vond over de hele wereld weerklank en ging behoren tot het juridisch jargon. Tot een *communis opinio* over de betekenis van de term is het evenwel nooit gekomen. Er bestaat vooral onder rechtshistorici een levendige discussie over de definitie van het begrip. Sommige auteurs gebruiken de term als een min of meer neutrale omschrijving van een rechtsoptekening. Het wemelt dan in de geschiedenis van allerlei veelsoortige codificaties, van de Twaalfartafelenwet¹, tot allerlei middeleeuwse optekeningen van het gewoonterecht, tot het Burgerlijk Wetboek van 1992.² Zo'n ruime definitie van het begrip codificatie voegt weinig toe omdat zij niet onderscheidend is. De meeste auteurs hanteren daarom een minder ruim, technischer codificatiebegrip. De literatuur perkt de reikwijdte van het codificatiebegrip op twee manieren in. Sommige schrijvers passen enkel het formele criterium toe dat een codificatie de enige rechtsbron is. Daarom gelden bijvoorbeeld optekeningen van het gewoonterecht niet als codificatie, en Engelse wetgeving die de gelding van de *common law* onverlet laat evenmin. De Romeinse Codex en de Digesten voldeden wel aan dit criterium en gelden dus als codificaties.³ De meeste schrijvers noemen naast of in plaats van dit formele vereiste inhoudelijke, materiële criteria die een codificatie onderscheiden van een wetboek. Zij wijzen er daarbij veelal op dat de moderne wetboeken het uitvloeisel waren van kritiek die op de Romeinsrechtelijke wetboeken werd geuit: die moderne wetboeken kunnen daarom als codificatie gelden, maar de Codex en de Digesten bijvoorbeeld niet. Er wordt daarbij dan ook op gewezen dat er in de loop der tijd steeds andere inhoudelijke eisen aan wetgeving werden gesteld en dat het codificatiebegrip daarom veranderlijk is. Zo dreigt een Babylonische spraakverwarring. De ene schrijver hanteert een ruim codificatiebegrip en rekent allerlei rechtsoptekeningen tot de codificaties, de ander wil het begrip reserveren voor de onder invloed van de Verlichting vervaardigde wetboeken en stelt de formele eis dat een codificatie ten minste de enige rechtsbron is, weer een ander hanteert in plaats

1 Vgl. bijvoorbeeld L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wenen 1953, p. 357.

2 Zo J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIe au XIXe siècle*, Brussel 1967, p. 237 e.v.

3 In de Nederlandse literatuur heeft Lokin deze opvatting meermaals verdedigd, zie zijn J.H.A. Lokin, 'Codificatie in Constantinopel? Enige opmerkingen over de wetgevingstechniek van Theodosius II en Justinianus I', in: *GROM* 1995, p. 38-53; Vgl. voor de Duitse literatuur M. Rehbinder, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Berlijn 1995, p. 207 e.v. Hieronder komt ook de gelijkkluidende opvatting van de pandektist Dernburg aan de orde.

daarvan of daarnaast materiële criteria uit het ene of het andere tijdperk die hij al dan niet wil toepassen op wetboeken uit andere tijdperken. In de literatuur is daarom wel opgemerkt dat de definitie van een codificatie een ‘open question’ is⁴, dat het begrip onduidelijk en meerduidig is,⁵ en dat het begrip niet in een definitie te vangen is omdat het telkens een andere invulling kreeg.⁶

De orde van het betoog

Zou het daarom maar beter zijn afscheid te nemen van de verwarrende, verdeeldheid zaaiende term codificatie?⁷ Of is een bruikbare definitie van een codificatie mogelijk en zouden, als dat zo is, materiële criteria moeten gelden, formele of een combinatie van beide? Om die vraag te beantwoorden bekijk ik hier achtereenvolgens het gebruik en de omschrijving van het begrip codificatie bij de uitvinder van de term Bentham rond 1800, bij enkele aanhangers van de Historische School rond 1900 en het moderne codificatiebegrip dat sinds de 20^e eeuw in zwang is. Telkens blijkt dat de problemen omtrent de afbakening van het codificatiebegrip verband houden met het stellen van inhoudelijke eisen. Het stellen van zulke eisen leidt onherroepelijk tot arbitraire en daardoor zinloze criteria. Hanteert men geen inhoudelijke maatstaf, maar een louter formele, dan is een zinvol gebruik van de term codificatie mogelijk voor wetboeken door de tijden heen. Door een wetboek als een codificatie te betitelen, is dan niets gezegd over de inhoud ervan en over de wisselende idealen die daaromtrent golden en gelden, maar enkel en alleen iets over een formeel aspect van wetgevingstechniek dat wetgevers door de eeuwen heen bezighield: de vraag of het wetboek de enige rechtsbron was en daarom een einde maakte aan alles wat voorheen gold, of niet.

Bentham en het codificatiebegrip

Jeremy Bentham voerde zijn gehele werkzame leven een kruistocht tegen de ongestructureerde aard van het Engelse recht, die hem een doorn in het oog was. Wetten (*statutes*) waren niet op één plek te vinden, de rechter stelde het gewoonterecht (de *common law*) pas achteraf vast: niemand wist waar hij aan toe was, iedereen was overgeleverd aan

4 D. Canale, ‘The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe’, in: D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann (ed.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht 2009, p. 135-183, p. 136.

5 G.A. Weiss, ‘The enchantment of codification in the common law world’, in: *Yale Journal of International Law* 2000, p. 435-532, p. 451: ‘Of the many definitions and explanations, no two are exactly alike. The concept of codification is both unclear and polysemous.’

6 B. Oppetit, *Essai sur la codification*, Parijs 1998, p. 17-23, op. p. 17: ‘la codification parcourt quatre millénaires d’histoire sous des formes très différentes.’

7 Canale stelt bijvoorbeeld een functionele classificatie van wetboeken voor zonder het begrip codificatie voortaan nog te gebruiken, ‘The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe’, in: D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann (ed.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht 2009, p. 135-183, p. 136.

de grillen van de rechter. Beroemd is dat Bentham de Engelse *common law* hondenrecht noemde: de rechter vertelde de burger pas achteraf wat hij niet had mogen doen, zoals de baas de hond straft die iets doet wat de baas hem wil afleren.⁸ Bovendien kende Engeland in Benthams tijd vele verschillende rechtbanken met allemaal een eigen procesrecht en een voor bijna niemand duidelijke competentieverdeling.⁹ Bentham beschouwde wetgeving als het antwoord op al deze problemen. Hij bemoeide zich niet alleen in zijn thuisland met wetgeving, maar bood zijn hulp aan in een lange reeks van landen zoals Amerika, Frankrijk¹⁰, Polen, en Griekenland.¹¹ Bentham correspondeerde met staatslieden, vorsten en politici van over de hele wereld. Hij kreeg de eretitel ‘Legislator of the World’.¹² Zijn ideeën raakten ook buiten Engeland bekend, niet zozeer via zijn eigen geschriften - Bentham bekommerde zich niet erg om publicatie van zijn gedachtengoed- maar vooral via een vertaling en een lichte herziening van zijn werk in het Frans door zijn Zwitserse bewonderaar P.E.L. (Etienne) Dumont (1759-1829).¹³

Bentham vond het woord codificatie uit in een brief aan de Russische tsaar Alexander I uit juni 1815. Hij merkte daar het volgende op over een codificatie, die hij onderscheidde van gebruikelijke wetgeving:

‘Quite *different* in this respect—not to say opposite—is the present case:—the case (it may be called) of *Codification*: where, of the entire field of *law*—a field little less extensive than the whole field of human action—some very large portion—(a third, a fourth, a fifth, or some such matter)—and which, in some way or other, is—and for ages has—in some shape or other, at successive times, though, hitherto, as to a large proportion of it, in a bad enough shape—kin covered with law,—is to receive an entire new covering all at once.’¹⁴

-
- 8 In zijn ‘Truth *versus* Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be’ uit 1792, afgedrukt in het vijfde deel van zijn door J. Bowring verzamelde werken, *The works of Jeremy Bentham*, Deel V Edinburgh 1843, p. 235.
- 9 Vgl. J.H.A. Lokin, W.J. Zwolve, C.J.H. Jansen, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 5^e druk Den Haag 2020, p. 425-428.
- 10 Bentham had Franse revolutionairen hulp aangeboden bij het maken van wetgeving, en ook bij de inrichting van het gevangeniswezen. Hij betoogde dat in een gevangenis de gedetineerden steeds zichtbaar moesten zijn vanaf één punt waar de cipier dan eenvoudig toezicht kon houden. Hij wilde in zo’n Panopticon, een soort koepelgevangenis, in Frankrijk wel (gratis) dienstdoen als cipier. De Fransen gingen niet op Benthams aanbod in, wel benoemden ze hem als dank voor zijn hulp en adviseerden tot ‘citoyen’. Vgl. over dit alles en over Bentham en codificatie, D. Alfange, ‘Jeremy Bentham and the codification of law’, in: *Cornell Law Review*, 1955, p. 58-77, op. p. 70 over het Panopticon, over de eisen die hij stelde aan wetgeving op p. 70 en verder.
- 11 Daarover D. Penna, ‘Some notes on Jeremy Bentham’s involvement in Greek legal affairs in the early years of the formation of the Greek State (1821-1824)’, in: *GROM* 2005, p. 1-19.
- 12 Benthams correspondentie is samengebracht door P. Schofield en J. Harris, *The Collected Works of Jeremy Bentham: ‘Legislator of the World’: Writings on Codification, Law, and Education*, Oxford 1998.
- 13 Vgl. hierover B. Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 8-9, noot 12.
- 14 S. Conway (red.) *The Collected Works of Jeremy Bentham: The Correspondence of Jeremy Bentham*, Vol. 8: January 1809 to December 1816, Oxford 1988, p. 468. Vgl. over Bentham als taalvernieuwer

Bentham waagde zich in de brief aan de tsaar niet aan een nadere omschrijving van het begrip en gebruikte de term in zijn werk ook niet heel vaak.¹⁵ Hij liet zich in geschriften die voorafgingen aan de uitvinding van de term in de brief aan de tsaar wel uit over de eisen die hij aan de door hem gepropageerde wetgeving stelde. Op dit punt is zijn *View of a complete code of laws* van belang. Bentham gebruikte daar nog niet de term codificatie, omdat hij hem pas later muntte. Dumont deed dat in zijn bewerking/vertaling van Bentham wel, hij noemde dit deel 'De la codification'. Welke eisen stelde Bentham aan de door hem voorgestane wetgeving, die ik hier -omwille van de leesbaarheid- zal aanduiden met de door hem pas later uitgevonden term codificatie? Aan het werk van Bentham is het formele criterium te ontleen dat een codificatie de enige rechtsbron moest zijn, dat er buiten de wetgeving geen andere rechtsbronnen waren:

'A complete digest: such is the first rule. Whatever is not in the code of laws ought not to be law.'¹⁶

Daarnaast stelde Bentham allerlei inhoudelijke, materiële vereisten aan wetgeving. Zij moest allereerst gestoeld zijn op het 'utility principle': wetgeving moest bijdragen aan zoveel mogelijk geluk voor zoveel mogelijk mensen. Zij moest voor iedere onderdaan kenbaar zijn, de wetgeving diende gesteld te zijn in eenvoudig en begrijpelijk Engels. Bentham sprak van 'noble simplicity' zodat ook 'the least intelligent portion of the people' de wet kon begrijpen, de wet diende zich bovendien verre te houden van het beslissen en vermelden van meningsverschillen zoals in de Digesten vaak het geval was, maar steeds eenvoudigweg weer te geven hoe het recht was.¹⁷ De wetgeving diende de invloed van de rechter aan banden te leggen, de rechter moest bijvoorbeeld tegenstrijdige bepalingen in een wetboek aankaarten bij de wetgever die er dan iets aan kon doen door de wet aan te passen. Bentham raadde aan de wet te herzien eens in de 100 jaar.¹⁸

Verder sprak Bentham van 'integrality' en 'completeness'.¹⁹ Hij doelde daarmee niet op de formele volledigheid die hij ook van wetgeving verlangde. Bentham vulde de vereiste

bijvoorbeeld F. Shapiro, 'Legal neologists', in: *Legal Reference Services Quarterly* 1985, p. 125-126 (Bentham onder andere als uitvinder van de woorden internationaal, maximaliseren en minimaliseren).

15 Zie J. Vanderlinden, 'Code Et Codification Dans La Pensee De Jeremy Bentham', in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1964, p.45-78, p.46: 'Le mot codification n'apparaît que très rarement dans l'oeuvre de Bentham: tout au plus une dizaine de fois.'

16 In het 31e hoofdstuk ('On the integrality of the codes of law') van zijn *View of a complete code of laws*, hier is telkens gebruik gemaakt van de door J. Bowring verzamelde *The works of Jeremy Bentham*, Deel IX Edinburgh 1839, p. 205; Vgl. bijvoorbeeld G. Wesener, 'Kodifikationen und Kompilationen', in: *ZSS* 2010, p. 202-244, p. 204; Zie ook J. Hatschek, 'Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystems', in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 1909, p. 442-258; Vgl. nog J. Vanderlinden, 'Code Et Codification Dans La Pensee De Jeremy Bentham', in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1964, p. 45-78.

17 Vgl. het 33e hoofdstuk 'On the style of the law', p. 207-209 en het 32e, 'Of purity in the composition of a code of laws', p. 206-207.

18 In het 34e hoofdstuk, 'Of the interpretation, conservation and improvement of a code', p. 209-211. Dumont vond dat een codificatie vergezeld moest gaan van een commentaar waarin de wetgever per bepaling uitlegde hoe zij in verband stond met het nutsbeginsel waarop de codificatie gestoeld moest zijn.

19 In het 31e hoofdstuk, 'On the integrality of the codes of law', p. 205-206.

volledigheid van de wet ook inhoudelijk, materieel in. Dat blijkt er bijvoorbeeld uit dat hij niets moest hebben van bepalingen die kwesties overlieten aan het gewoonterecht, het Romeinse recht, stedelijke regelgeving of het natuurrecht. Zulke bepalingen deden volgens Bentham af aan de completeness.²⁰

Wanneer men zulke bepalingen -anders dan Bentham- beschouwt vanuit een formeel codificatiebegrip doen zij niet af aan de vereiste volledigheid van een wetboek. Het gegeven dat de wettekst in bepaalde gevallen de toepassing van gewoonterecht of natuurrecht mogelijk maakt (zie bijvoorbeeld artikel 1 van het Zwitserse ZGB (gewoonterecht) of artikel 7 van het Oostenrijkse ABGB (natuurrecht), laat de exclusiviteit onverlet: het is immers de wet die de toepassing van deze bronnen mogelijk maakt.²¹

Dat Bentham niet alleen formele volledigheid voorstond, maar de volledigheid ook materieel begreep, blijkt verder nog uit het volgende. De tot dusverre verschenen wetboeken waren volgens Bentham geen van alle compleet. Hij noemde als voorbeelden onder andere het Pruisische wetboek uit 1751, het Sardijnse uit 1770, en het Deense van 1683. Van deze wetboeken was het Deense wetboek volgens Bentham nog ‘the least incomplete’. De zes boeken van de door de Deense Koning Christian de Vijfde op 15 april 1683 ingevoerde *Danske Lov* waren -vertaald naar hedendaagse terminologie- gewijd aan het procesrecht, religie en de geestelijkheid, openbare-orde-recht (regels over markten, gewichten en maten, de politie, voogdij), zeerecht, privaatrecht, en strafrecht.²² Uit de preambule van de wet is af te leiden dat de *Danske Lov* in formele zin een codificatie behelsde. Daar valt te lezen -in de Engelse vertaling die in 1756 van het wetboek werd gemaakt voor het gebruik in Deens West-Indië²³-, dat de bedoeling was ‘the collection of a complete body of laws’, ‘Excluding expressly all other ancient Laws, or Constitutions, and prohibiting either Our Judges, or other Our Subjects to make any use of them in law-suits, or any Judicial matters.’²⁴

Bentham wees hierop, maar noemde het wetboek desalniettemin incompleet.²⁵ Hij streefde dus niet enkel naar formele volledigheid, maar naar materiële volledigheid. Het was niet voldoende dat een wetboek, zoals het Deense, op een veelheid aan rechtsgebieden de enige

20 ‘Nothing ought to be referred either to custom, or to foreign law, or to pretended natural law or to the pretended laws of nations.’, Bentham, zie vorige noot, p. 205.

21 Vgl. in deze zin J.H.A. Lokin, W.J. Zwolve, C.J.H. Jansen, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 5^e druk Den Haag 2020, p. 398 (Zwitserland) en p. 290 (Oostenrijk). Zie in vergelijkbare zin over het ABGB en het ZGB als exclusieve wetboeken M. Rehinder, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Berlijn 1995, p. 210-211.

22 Vgl. L. Stein, *Geschichte des dänischen Civilproceßes und das heutige Verfahren*, Kiel 1841, p. 99-101.

23 Tot 1917 behoorden enkele eilanden ten oosten van Puerto Rico (onder andere St Croix en St Thomas) tot Deens West-Indië. In 1917 kocht Amerika de eilanden die sindsdien bekend staan als de Amerikaanse Maagdeneilanden.

24 *The Danish laws, or, The code of Christian the Fifth: faithfully translated for the use of the English inhabitants of the Danish settlements in America*, Londen 1756, ‘Preamble’ op p. 8 en 9; Vgl. hierbij W. Wagner, ‘Gesetzgebung in Skandinavien’, in: H. Coing (red.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II, II, München 1976, p. 505-550, p. 508.

25 ‘In the preface to the Danish Code, it is expressly stated to be complete. However it contains nothing on taxes, nothing on the regulation of professions (...)’, Bentham, *Integrity*, p. 206.

rechtsbron was. Wat er volgens Bentham bijvoorbeeld miste, waren bepalingen over belastingrecht, internationaal recht, procesrecht en ambtenarenrecht.²⁶ Zo bezien zou een codificatie van bijvoorbeeld het privaatrecht, het procesrecht of het strafrecht slechts mogelijk zijn bij gelegenheid van de invoering van een alles- of althans veelomvattend wetboek. De wetgever diende door middel van wetgeving aan alle problemen een einde te maken door middel van een alles of althans veelomvattend wetboek. Dat is in lijn met de veelheid aan problemen in het Engelse recht, die Bentham met het door hem bepleite wetgevingsproject allemaal in één keer wilde oplossen. Deze onvervulbare wens, wetgeving als panacee, komt wellicht beter dan in het woord codificatie tot uitdrukking in de ook door Bentham gemunte term *pannomion*.²⁷ Het probleem met Benthams materiële criterium is dat onduidelijk blijft welke onderwerpen een wetgever allemaal moet regelen, wil hij voldoende volledig zijn opdat zijn wetboek codificatie mag heten. Onduidelijk blijft anders gezegd wat ‘the very large portion of the law’ is die vastgelegd moet worden, wil er sprake zijn van een codificatie. De literatuur volgde Bentham dan ook niet bij zijn invulling van de vereiste volledigheid. Codificaties van deelgebieden van het recht, zoals het privaatrecht of deelgebieden van het privaatrecht, zoals het overeenkomstenrecht, zijn wel degelijk mogelijk. Toch laat zich Benthams omschrijving van een codificatie in verschillende opzichten lezen als een vooraankondiging van de latere literatuur, en ook van de verdeeldheid over het codificatiebegrip. Men kan het begrip formeel benaderen, maar daarnaast of in plaats daarvan ook materiële eisen stellen. Doet men dat laatste, door bijvoorbeeld zoals Bentham te eisen dat een codificatie omvangrijk moet zijn, dan raakt een vastomlijnde, bruikbare definitie uit zicht.

Het codificatiebegrip bij enkele aanhangers van de Historische School

Het begrip codificatie raakte snel ingeburgerd als term voor privaatrechtelijke wetboeken uit Benthams tijd. Het Pruisische ALR van 1794, de Franse Code Civil van 1804 en het Oostenrijkse ABGB van 1811 vormden ‘de eerste golf’ van Europese codificaties.²⁸ Deze drie wetboeken dateren dus van voor de uitvinding van het woord door Bentham in 1815, maar ze zijn alle voortbrengsels van de Verlichting die Bentham vertegenwoordigde. Ook de beoefenaren van het in de negentiende eeuw in veel delen van Duitsland geldende Romeinse recht, het *ius commune*, begonnen de term te gebruiken, en pasten hem toe op wetboeken die nog veel ouder waren dan de uitvinding van de term. Ik richt mij hier vooral

26 Bentham, *Integrity*, p. 206.

27 Over dit door Bentham uitgevonden woord J. Vanderlinden, ‘Code Et Codification Dans La Pensee De Jeremy Bentham’, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1964, p. 45-78, p. 47-49. Bentham gaf de voorkeur aan *pannomion* (alles van de wetten) boven de term *pandekten* (alles zeggend), omdat dat ook kon slaan op niet-juridische onderwerpen, zoals recepten in een allesomvattend kookboek.

28 De beeldspraak van een eerste en een tweede golf is van F. Wieacker, *Privatrechtsgeschiede der Neuzeit*, Göttingen 1952, p. 197. Over het Beierse wetboek van 1756 uitgebreid hieronder in de hoofdstekst.

op enkele vooraanstaande vertegenwoordigers van de zogenoemde historische school, ofwel de pandektisten. Hun methode was er immers op gericht om uit het casuïstische Romeinsrechtelijke materiaal de leidende begrippen en beginselen af te leiden die er achter verscholen lagen. Zij gaven verschillende invullingen aan het codificatiebegrip. Veel auteurs gebruikten het begrip codificatie voor verschillende onderdelen van het *Corpus Iuris Civilis*, zonder aan deze term een specifieke betekenis toe te kennen.²⁹ Andere schrijvers gebruikten de term codificatie in een specifiekere zin. Dernburg (1829-1907) betitelde de Codex en de Digesten als codificaties, omdat zij een uitputtende weergave vormden van het keizerlijke recht respectievelijk het juristenrecht die een einde maakten aan alles wat voorheen rechtskracht had.³⁰ Hij hanteerde, anders gezegd, een formeel criterium om te bepalen of een wetboek een codificatie was of niet. Dernburg haastte zich daarbij erop te wijzen dat de Romeinsrechtelijke codificaties sterk verschilden van de moderne. Moderne wetboeken gieten het bestaande materiaal in nieuwe voor het wetboek vervaardigde regels. Dat was bij de Codex en de Digesten niet het geval, die bestond uit een chronologische opsomming van constituties van eerdere keizers (Codex) en een bloemlezing van juristengeschriften (Digesten). Dat had volgens Dernburg een groot voordeel, maar ook een nadeel. Het voordeel was dat de juristengeschriften het recht in ontwikkeling toonden: er kwamen meningsverschillen in voor, de met naam genoemde juristen twijfelden over de uitkomst van hun betoog, deelden argumenten met ons. Het recht treedt ons niet tegemoet in de vorm van kale definities en abstracte regels, maar in casus en controverses die aanzetten tot meedenken. De opstellers van de Digesten en de Codex waren geen redacteuren zoals de opstellers van moderne wetgeving, maar compilatoren. Het grootste kritiekpunt en nadeel was dat bij zo'n methode een strenge systematische indeling en een gemakkelijk overzichtelijke ordening niet mogelijk waren. In de Digesten en de Codex scheen alles vanuit systematisch oogpunt door elkaar heen te zijn gegooid. De opeenvolgende Digestenfragmenten waren vaak niet of nauwelijks aan elkaar verbonden, de constituties waren naar datum gerangschikt. Pothier had daarom bijvoorbeeld een boek geschreven waarin hij de Digesten in een nieuwe, logischere, volgorde behandelde.³¹

Regelsberger (1831-1911) was vanwege de verschillen tussen moderne wetboeken en de Romeinse de mening toegedaan dat de Digesten en de Codex geen codificaties waren, maar compilaties. Hij stelde dus niet alleen formele eisen aan een wetboek wilde het een codificatie zijn, maar ook materiële. Het wetgevingsproject van Justinianus:

‘(...) war nicht auf eine materielle Umbildung des überkommenen Rechts gerichtet sondern auf eine leichter zu beherrschen Zusammenstellung des Rechtsstoffs, der in den Schriften der klassischen Juristen und in unzähligen Kaiserkonstitutionen zerstreut war. Kompilation oder Inkorporation, nicht

29 Zo bijvoorbeeld B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* Bd I, Düsseldorf 1862, §3 (p. 7); Vgl. voor een recenter voorbeeld van zo'n neutraal gebruik van de term in noot 1.

30 H. Dernburg, *Pandekten I, Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, 1e druk Berlijn 1884, p. 13 in noot 2: ‘Unter Kodifikation (codicem facere) versteht man ein Gesetzbuch welches das Recht oder einen Zweig des Rechtes, z.B. das Privatrecht oder einen Theil desselben *erschöpfend* regelt, unter Aufhebung der früheren einschlagenden Gesetze.’ (cursivering in origineel)

31 Dernburg, *Pandekten*, p. 13-14.

Kodifikation ist der Charakter des damals geschaffenen Gesetzeswerkes.³²

Voor Dernburg kon een compilatie een codificatie zijn, voor Regelsberger niet omdat voor een codificatie een ‘materielle Umbildung’ nodig was. Dernburg stelde zo’n vereiste niet, maar benadrukte dat er eigenlijk nooit sprake was van vernieuwing, ook niet als men de moderne wetgevingstechniek hanteerde om de stof te vatten in nieuwe, abstracte regels:

‘Sie (de opstellers van moderne wetboeken zoals de Code Civil, JEJ) gossen das übernommene Recht in eine neue Form, so dass es wie etwas durch sie erst Geschaffenes erscheint.’³³

De tegenstelling tussen de werkwijze van de compilatoren van de Digesten en de Codex en die van de redacteuren van bijvoorbeeld de Code Civil van 1804 of het Burgerlijk Wetboek van 1992 is schijn. De opstellers van deze wetboeken maakten natuurlijk allemaal gebruik van bestaand materiaal (wetgeving, rechtspraak, literatuur). De opstellers van de moderne wetboeken kozen daarbij in het algemeen voor herformuleringen van eigen makelij, maar zeker niet altijd. Zo legt artikel 2276 Cc de gewoonterechtelijke regel ‘en fait de meubles la possession vaut titre’ woordgetrouw vast. Moderne wetgevers benadrukken dan ook dat met het nieuwe wetboek geen geheel nieuwe rechtsorde is beoogd, geen radicale breuk met het verleden, maar dat het gaat om een continuüm. Windscheid betitelde het BGB in vergelijking met het *ius commune* als een golfje in een stroom.³⁴ De wetgevingscommissie verantwoordelijk voor de Code Civil merkte over het reactionaire karakter van de Code Civil op:

‘Il est utile de conserver tout ce qui n’est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. (...) Nous avons trop aimés, dans nos tempes modernes les changements et les réformes; si en matière des institutions et de lois, les siècles d’ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumières sont que trop souvent le théâtre des excès.’³⁵

32 F. Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig 1893, p. 19.

33 Dernburg, *Pandekten*, p. 13.

34 B. Windscheid, ‘Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft’, in: P. Oertmann (red.), *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, p. 66-80, p. 76. Vgl. daarover ook P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1966, p. 205; De Nederlandse wetsgeschiedenis stelde, om nog een voorbeeld te geven, dat afschaffing van het bezitsbegrip niet wenselijk was omdat ‘dit tot gevolg zou hebben dat de continuïteit wordt doorbroken en dat alle punten waarop in de huidige rechtspraak zekerheid is verkregen opnieuw op losse schroeven zouden worden gezet.’ *Parl. Gesch. Boek 3*, Titel 5, Deventer 1981, p. 424.

35 P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Tome I, Parijs 1827, p. 481-182; zie K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford 1996, p. 90; Vgl. nog N. Jansen, ‘The authority of an academic ‘Draft Common Frame of Reference’, in: H.W. Micklitz, F. Cafaggi (red.), *European Private Law after the common frame of reference*, Cheltenham 2010, p. 147-172, op p. 154: ‘In fact, even the more reformatory codifications did not fundamentally change the law but mainly restated the law in a more simple form.’

De opstellers van de Digesten en de Codex lieten doorgaans anderen aan het woord, toch bevat het 16^e en 17^e deel van het 50^e boek van de Digesten allerlei regels en definities. Daarenboven hebben de compilatoren natuurlijk een keuze gemaakt uit de hoeveelheid materiaal die tot hun beschikking stond, zij hebben veel weggelaten en in wat zij uitkozen aanpassingen gemaakt. De tegenstelling tussen een compilatie en een codificatie is zo gezien schijn. De codificator vernieuwt door een minderheidsstandpunt uit de literatuur tot regel te verheffen. De compiler brengt precies diezelfde vernieuwing door dat minderheidsstandpunt op te nemen in zijn compilatie en de tot dan toe heersende leer weg te laten.

Dernburgs formele begrip van een codificatie biedt een uitweg uit deze gemakkelijk met meer voorbeelden uit te breiden kritiek op het materiële codificatiebegrip. Stelt men louter als eis dat een codificatie de enige rechtsbron is op een bepaald rechtsgebied en dus een einde maakte aan alle eerder geldend recht op dat gebied, dan volgt daaruit ook vanzelf, noodzakelijkerwijs, dat sprake is van een ‘materielle Umbildung’. Juristengeschriften die opgenomen werden in de Digesten waren voortaan geldig omdat ze deel uitmaakten van de in 529 als constitutie uitgevaardigde Digesten. Met de uitvaardiging van de Digesten was zo gezien sprake van een ‘materielle Umbildung’: het juristenrecht werd keizerrecht.³⁶

Het moderne codificatiebegrip

Ondanks de bovenstaande kritiek op de combinatie van formele en materiële criteria bij Bentham en Regelsberger drong in de 20^e eeuw een materieel codificatiebegrip op de voorgrond. De literatuur benadrukte dat codificaties het uitvloeisel waren van de kritiek die op de Codex en de Digesten was geuit. Coing gaf in een artikel over de voorgeschiedenis van de codificaties van de 18^e en 19^e eeuw een overzicht van de belangrijkste punten van kritiek op Codex en Digesten: die bevatten te veel casuïstiek, talloze tegenstrijdigheden, waren niet in een voor de onderdanen begrijpelijke taal gesteld en, dit was de voornaamste makke, ze waren maar matigjes gesystematiseerd.³⁷ Alleen de wetboeken die tegemoet kwamen aan deze kritiek op het *Corpus Iuris* konden daarom codificaties zijn, de onderdelen van dat *Corpus Iuris* niet.³⁸ In deze zin stelde bijvoorbeeld Zimmermann dat de Codex en de Digesten geen codificaties waren:

‘Moreover, a codification is not just the recording of the rules pertaining to a certain field of law. It is

36 Vgl. uitgebreid J.H.A. Lokin, ‘Codificatie in Constantinopel? Enige opmerkingen over de wetgevingstechniek van Theodosius II en Justinianus I’, in: *GROM* 1995, p. 38-53, p. 52.

37 H. Coing, ‘Zur Vorgeschichte der Kodifikation: Die Diskussion um die Kodifikation im 17. Und 18. Jahrhundert’, in: *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florence 1977, p. 797-817, p. 800-806.

38 Naast de literatuur die hieronder aan de orde komt, zie bijvoorbeeld H. Coing, *Europäisches Privatrecht II*, München 1989, p. 9. Vgl. P.W. Kamphuisen die een onderscheid maakte tussen een Romeinse notie van een codificatie en het moderne begrip, *De codificatiegedachte in het Romeinse Rijk*, Geleen 1922, p. 3.

based on the belief that the legal rules can be reduced to a rational system. A codification, therefore, aims at presenting its subject matter as a logically consistent entity of legal rules and institutions. It thus promotes the internal coherence of the law and makes it more easily comprehensible. And it supplies both the conceptual tools and the intellectual matrix for the further development of the law. The third characteristic of a codification, therefore, is its systematic nature; hence Justinian's Code and Digest, or the Decretum Gratiani, do not constitute codifications in the same, technical sense as the Code civil or the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch = BGB).³⁹

Kritiek

Het moderne codificatiebegrip kleven drie nadelen aan. Ten eerste bestaat er tussen verschillende aanhangers van een modern codificatiebegrip geen overeenstemming welke criteria nu allemaal gelden en bovendien voldoen veel moderne wetboeken niet aan sommige van de genoemde criteria, hetgeen in de weg staat aan een zinvol gebruik van het begrip. De ene schrijver eist dat een codificatie in de landstaal is vervaardigd⁴⁰, de andere dat zij een voortbrengsel is van een sociale hervorming⁴¹, sommigen stellen de onhaalbare eis aan een codificatie dat zij geen tegenstrijdigheden bevat⁴², of de onmeetbare eis dat een codificatie erop gericht moet zijn de invloed van de rechter aan banden te leggen⁴³, weer anderen dat een codificatie moet bestaan uit regels die de wetgever zelf vervaardigde en niet, zoals de Codex, uit wetgeving van anderen.⁴⁴

39 R. Zimmermann, 'Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law', in: *European Review of Contract Law* 2012, p. 367-399, p. 373.

40 Zo bijvoorbeeld J.A. Ankum, 'La 'codification' de Justinien, était-elle une véritable codification?', in: *Code et constitution, Liber amicorum John Gilissen*, Antwerpen 1983, p. 1-17, p. 15. Wij zagen hiervoor dat ook Bentham deze eis stelde. Stelt men zo'n vereiste dan rijst de vraag of de Code Civil van 1804 wel een codificatie was. Een groot deel van de Franse bevolking sprak tot diep in de negentiende eeuw geen Frans, maar Provençaals, Occitaans, Italiaans, enzovoorts. Zie E. Weber, *My France, Politics, culture, myth*, Cambridge 1991, 'Who sang the Marseillaise', p. 92-102. Wetboeken die Europese mogendheden als codificatie invoerden in hun kolonies waren dan vaak evenmin codificaties (het Burgerlijk Wetboek in Indonesië, de Code Civil in Franse kolonies in Afrika).

41 Dat vereiste noemde H. Coing, 'Zur Vorgeschichte der Kodifikation: Die Diskussion um die Kodifikation im 17. Und 18. Jahrhundert', in: *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florence 1977, p. 797-817, p. 798.

42 Zo bijvoorbeeld J.A. Ankum, 'La 'codification' de Justinien, était-elle une véritable codification?', in: *Code et constitution, Liber amicorum John Gilissen*, Antwerpen 1983, p. 1-17, p. 13.

43 F. Wieacker, 'Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee', in: *Festschrift Gustav Boehmer*, Bonn 1954, p. 34-50, schreef op p. 34 over een codificatie als: '(...) die Unterwerfung des Richters und der Rechtsgenossen unter die Herrschaft eines lückenlosen Normensystems, das in widerspruchsfreier Folge vom einzelnen Rechtssatz, vom einzelnen Rechtsinstitut zu den obersten Begriffen und Grundsätzen aufsteigt.' Bentham stelde dit vereiste zoals wij zagen ook. Uiteraard behoudt de rechter invloed omdat hij het nu eenmaal is die de wet toepast. Dient een codificatie daarom ten minste uitlegregels te bevatten, of een stelsel van verwijzing naar de wetgever? Zie daarover nog hieronder in de hoofdstuk.

44 Zo J.A. Ankum, 'La 'codification' de Justinien, était-elle une véritable codification?', in: *Code et constitution, Liber amicorum John Gilissen*, Antwerpen 1983, p. 1-17, p. 5. Bij een dergelijk criterium rijst de vraag of nieuwe wetgeving die in hoge mate gebaseerd is op een bestaand wetboek van een andere wetgever een codificatie is. Was het Japanse wetboek uit 1896 (grotendeels gebaseerd op het

Ten tweede geldt dat veel van de in de literatuur genoemde inhoudelijke criteria vaag en onduidelijk zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor het vereiste dat een codificatie een systeem moet behelzen. Het is niet mogelijk aan te geven wanneer sprake is van voldoende systeem wil een wetboek een codificatie zijn.⁴⁵ Het gevolg daarvan is dat verschillende schrijvers die hetzelfde codificatiebegrip hanteren anders oordelen over de vraag of een bepaald wetboek nu een codificatie is, of niet. Het derde nadeel van het moderne codificatiebegrip betreft de historische component ervan. Natuurlijk is het zo dat historisch gezien de kritiek op de verschillende onderdelen van het *Corpus Iuris* in Europa in hoge mate bepaalde hoe een codificatie er uit moest zien in de tijd dat Bentham de term uitvond. Dat neemt niet weg dat sommige van de uitgangspunten uit die tijd later zijn verlaten of veranderd. Er zijn dan twee mogelijkheden, die op hetzelfde neerkomen. Men moet dan ofwel accepteren dat het codificatiebegrip steeds aan verandering onderhevig is, zodat het een weinig zinvolle, fluïde term is. Of men accepteert dat de invulling van het codificatiebegrip het resultaat is van de keuze van een schrijver om bepaalde eisen die in bepaalde tijden in de mode waren toe te passen ook op wetboeken uit andere tijdperken. Het codificatiebegrip is dan subjectief en daarmee evenmin erg zinvol.

Het Beierse wetboek van 1756

Ik illustreer deze drie nadelen van het moderne codificatiebegrip aan de hand van een voorbeeld. Was het Beierse Burgerlijke Wetboek van 1756 (de door Wiguläus Xaverius Aloysius (von) Kreittmayr (1705-1790) vervaardigde *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*) een codificatie? Wanneer men een formeel codificatiebegrip hanteert, is duidelijk dat dit wetboek geen codificatie was. Het was een optekening van het Beierse landrecht, dat de gelding van het *ius commune*, het leenrecht en stedelijke rechten onverlet liet.⁴⁶ Het was niet exclusief en daarom geen codificatie. Wat leert een inhoudelijke, materiële toets? Wieacker rekende het Beierse wetboek tot de eerste door het natuurrecht op gang gebrachte codificaties van Europa. Hij stelde dus niet het formele vereiste dat een codificatie de enige rechtsbron was. Codificaties onderscheidden zich volgens Wieacker van vroegere rechtsoptekeningen:

‘daß sie nicht bestehendes (wissenschaftliches oder vorwissenschaftliches) Recht feststellen,

BGB) een codificatie? Zijn de veelal op West-Europese wetboeken gebaseerde wetboeken van voormalige Sovjet-staten codificaties? Is het Belgische Burgerlijk Wetboek, een vertaling van de Code Civil, een codificatie? Wolf stelde dat een codificatie wél uit een compilatie van wetgeving van anderen kon bestaan zolang de gelding van die wetgeving maar op de codificatie gebaseerd was –en niet zoals voor de constituties in de Codex gold- op de macht van de oorspronkelijke wetgevers, A. Wolf, ‘Gesetzgebung und Kodifikationen’, in: P. Weimar (red.), *Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert*, Zürich 1981, p. 143-171, p. 149.

45 Daarop wees J.H.A. Lokin, ‘Codificatie in Constantinopel? Enige opmerkingen over de wetgevingstechniek van Theodosius II en Justinianus I’, in: *GROM* 1995, p. 38-53, zie in het bijzonder op p. 38-39 en op p. 52-53.

46 I, II. §9 (Romeins recht blijft hulprecht), §10 (Langobardisch leenrecht behoudt rechtskracht), §13 (stedelijke statuten prevaleren).

zusammenfassen oder auch bessern („reformieren“) und fortbilden wollen, wie die deutschen Reformationen oder die Ordonnanzen der französischen Könige, sondern auf eine umfassende Planung der Gesellschaft durch *systematische und erschöpfende Neuordnung* zielen.⁴⁷

Een behoudende trek van het Beierse wetboek lag er volgens Wieacker in dat het de gelding onverlet liet van het *ius commune*, het leenrecht en de stedelijke regelgeving. Toch was het Beierse wetboek volgens Wieacker een (vroege) codificatie, omdat het een ‘Gesamtplanung’ behelsde en volgens hetzelfde systeem was opgebouwd als de Justiniaanse Instituten (het 1^e boek was gewijd aan personen- en familierecht en algemene bepalingen, 2^e boek: zakenrecht, 3^e boek: erfrecht, 4^e boek: verbintenissenrecht).⁴⁸

In een uitvoerig opstel over codificatie en compilatie besteedde Wesener ook aandacht aan de vraag of het Beierse wetboek een codificatie was, of een compilatie. Wesener stelde dat het Beierse wetboek geen codificatie was omdat het niet als enige rechtsbron gold. Hij stelde dus, anders dan Wieacker, wel de formele eis dat een codificatie de enige rechtsbron was. Maar Wesener liet het daar niet bij en bekeek in zijn artikel of het Beierse wetboek –afgezien van zijn niet exclusieve aard– een codificatie was, of een compilatie. Wesener hanteerde onder verwijzing naar Wieacker hetzelfde codificatiebegrip: er moest sprake zijn van een ‘systematische, erschöpfende Neuordnung’. Bij het Beierse wetboek was daarvan geen sprake. Het leunde sterk op de Justiniaanse Instituten, Kreittmayr had veel geput uit Lauterbachs *Collegium theoreticum practicum pandectarum*. Het Beierse wetboek was kortom meer een beschrijving van het Beierse Landrecht, dan een wetboek. Het was een compilatie, door Wesener als volgt omschreven:

‘(...) eine Zusammenstellung vorhandenen Rechtsmaterials, vorhandener Rechtsquellen (...), welche nur eine neue Anordnung finden, ohne dass ein echter Systemgedanke vorhanden wäre.’⁴⁹

Het blijft onduidelijk wat Wesener er nu toe bracht het Beierse wetboek als een compilatie te kenschetsen, terwijl Wieacker het als een codificatie zag. Het zal ongetwijfeld zo zijn dat Kreittmayr zich op veel punten liet inspireren door het bestaande Beierse landrecht en de literatuur daarover. Dat het wetboek daardoor een leerboekachtig karakter kreeg, zal ontegenzeggelijk waar zijn. Maakt dit dat sprake is van een herschikking van bestaand rechtsmateriaal zonder ‘echte Systemgedanke’ in plaats van een Neuordnung? Dat het Beierse wetboek geen volledige Neuordnung bewerkstelligde hing ermee samen dat het wetboek geen afbreuk deed aan het *ius commune*, de stedelijke regels en het leenrecht. De uitvaardiging van het Beierse wetboek bracht natuurlijk wel degelijk verandering: zo schafte het wetboek bijvoorbeeld de subsidiaire werking van het canonieke recht af, en was de gelding van het Beierse landrecht na de afkondiging van het wetboek niet meer gebaseerd

47 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, p. 197 (cursivering toegevoegd).

48 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, p. 200.

49 G. Wesener, ‘Kodifikationen und Kompilationen’, in: *ZSS* 2010, p. 202-244, het citaat op p. 204. Over het Beierse wetboek als compilatie op p. 234-235.

op al dan niet opgetekende veranderlijke gewoontes en gebruiken, maar op het wetboek. Wieacker vond dat voldoende om van een Neuordnung te spreken, Wesener niet.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat voor Wesener een ander door hem niet genoemd vereiste meespeelde om te bepalen of een wetboek een codificatie is of niet. Dat criterium bestaat eruit dat een wetboek om codificatie te zijn geen leerboek mag zijn, dat de wettekst moet bestaan uit abstract geformuleerde voorschriften, en niet zoals een leerboek moet uitleggen hoe het recht is, welke meningsverschillen er in de literatuur bestaan, welke argumenten er voor de ene of andere leer zijn, enzovoorts. Zimmermann stelde dit vereiste inderdaad. Hij hanteerde zoals wij zagen eenzelfde codificatiebegrip als Wesener. Een codificatie was een op schrift gestelde uitputtende regeling van een bepaald rechtsgebied met een systematisch karakter (een ‘logic consistent entity of legal rules and institutions’). De Codex en de Digesten waren daarom geen codificatie van het keizerrecht en het juristenrecht, maar hoe zat dat dan met de Instituten? Dat was een ‘comprehensive and systematic account of Roman private law’ in de vorm van een wet. Niemand zou evenwel beweren, volgens nog steeds Zimmermann, dat de Instituten een codificatie waren. Hij stelde daarom een vierde vereiste waaraan een codificatie moest voldoen: een codificatie diende geen leerboek te zijn, het moest niet omschrijven en instrueren, maar diende voorschriften te bevatten.⁵⁰ Als men zo’n eis stelt, is daarin allicht een reden gelegen om het Beierse wetboek –afgezien van zijn niet exclusieve aard- als een compilatie te beschouwen en niet als een codificatie. Dan rijst wel direct een volgende vraag. Ook het Pruisische ALR en het Oostenrijkse ABGB kan een enigszins leerboek-achtig karakter niet worden ontzegd. Toch zijn dat volgens velen codificaties. Voor welk percentage mag een wetboek bestaan uit leerboek-achtige bepalingen, wil het nog een (vroege) codificatie zijn? Zimmermann loste dat op door het Pruisische en Oostenrijkse wetboek te noemen als codificaties uit een overgangsfase in een ontwikkeling ‘from an instructive to a prescriptive style of legal drafting’.⁵¹

Het vereiste dat een codificatie geen leerboek mag zijn zoals de Justiniaanse Instituten, illustreert de gebreken van het moderne codificatiebegrip: het levert 1. een onhanteerbare

50 Terzijde zij erop gewezen dat in Griekenland tussen 1835 en 1946 een eeuwenoud Byzantijnsrechtelijk leerboek gold als rechtsbron (de 14e eeuwse Hexabiblos), naast het gewoonterecht, zie bijvoorbeeld P. Zepos, ‘Mixed jurisdiction in Greece’, in: *The American Journal of Comparative Law* (1974), p. 221-229, p. 227.

51 R. Zimmermann, ‘Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law’, in: *European Review of Contract Law* 2012, p. 367-399, p. 373, het citaat in noot 27. De gedachte dat een wetboek niet moet instrueren, uitleggen en definiëren is zo bezien van Franse origine, vgl. bijvoorbeeld J.E.M. Portalis in zijn Discours préliminaire (in: F. Portalis (ed.) *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, Parijs 1844, p. 100): ‘Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois.’ Vgl. over de alsmaar afnemende invloed van het natuurrecht op de ontwerpen die voorafgingen aan de uiteindelijke Code Civil en op dat wetboek zelf bijvoorbeeld K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford 1996, p. 90; Zie nog P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Tome 6, Parijs 1827: p. 87. ‘Ce système (een leerboek in principes zoals de Justiniaanse Instituten met gedetailleerdere wetgeving eromheen in Codex en Digesten) me semblaît mauvais’.

maatstaf op, het wordt bovendien 2. lang niet door iedereen gesteld, en er is ook 3. vanuit historisch oogpunt van alles op af te dingen. De grote natuurrechtelijke invloed op de rechtswetenschap en op de wetboeken vervaardigd in de 18^e en vroege 19^e eeuw resulteerde er immers juist in dat de aandacht niet zozeer op de Codex en de Digesten lag, maar op de meer gesystematiseerde Instituten. Omdat een van de natuurrechtelijke idealen was de burgers te inspireren hun eigen verstand te gebruiken, lag het bovendien voor de hand een wetboek niet in de mal te gieten van abstracte voorschriften, maar voor de vorm te kiezen van een leerboek zoals de Instituten.⁵² Velen propageerden vanuit dit oogpunt ook dat er hapklare uitleg van de wet werd bijgeleverd, of dat een voor de leek bedoelde variant van de wettekst meeging. Kreittmayr schreef bijvoorbeeld een commentaar op de wetgeving die hij zelf concipieerde. Dat wetgevers in later tijden van deze wat ik hier zal noemen educatieve idealen zijn afgestapt, is, als men het codificatiebegrip historisch benadert, een afwijking van het oorspronkelijke begrip. Men zou dan moeten stellen dat één van de eisen waaraan een codificatie moet voldoen is dat zij, zoals het Beierse, het Pruisische en het Oostenrijkse wetboek een leerboek-achtig karakter had. Langzaam maar zeker is men van dat natuurrechtelijke ideaal afgestapt en daarmee veranderde, zo bezien, het codificatiebegrip. Het codificatiebegrip wordt zo een flexibel begrip waarmee men al naar gelang de tijd waarin een wetboek werd vervaardigd een telkens andere invulling gaf. Hetzelfde geldt voor het formele vereiste dat een codificatie de enige rechtsbron is. Dat vereiste stelden wetgevers in de 18^e eeuw niet als noodzakelijke voorwaarde voor zinvolle wetgeving: zo waren het Pruisische wetboek van 1794 en het Beierse wetboek subsidiaire wetboeken. Dat gold pas na het nodige beraad⁵³ voor de Code Civil van 1804. Wieacker stelde dit vereiste dan ook niet in zijn codificatiebegrip en betitelde het Pruisische en het Beierse wetboek als vroege codificaties die zich op dit gebied onderscheidten van latere, exclusieve wetboeken. Dat neemt niet weg dat de eis van exclusiviteit wetgevers en wetsontwerpers vóór de eerste golf van codificaties wel degelijk had beziggehouden. Zo waren de Codex en de Digesten exclusieve wetboeken, maakte Leibniz rond 1700 plannen

52 Vgl. uitgebreid over dit ideaal B. Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, 251-265, 'Die Förderung der Gesetzeskenntnis als staatliche Aufgabe'. Zo nam H.C. Cras (1739-1820) een ander leerboek, Hugo de Groots Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid tot uitgangspunt bij zijn leerboek-achtige (en zeer uitvoerige) codificatiepoging in de Bataafsche Republiek, vgl. hierbij J.H.A. Lokin, W.J. Zwolve, C.J.H. Jansen, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag 2020, p. 74 en p. 359 e.v.

53 Vgl. daarover H. Kooiker, *Lex scripta abrogata*, Nijmegen 1996, p. 190-195; zie ook J.H.A. Lokin, W.J. Zwolve, C.J.H. Jansen, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag 2020, p. 249-251.

voor een exclusief wetboek⁵⁴ en was -zoals wij zagen- het Deense wetboek van 1683 een exclusief wetboek.⁵⁵

Ik geef nog een laatste voorbeeld van de veranderende idealen bij codificatie. Bentham formuleerde zoals wij zagen als doelstelling van een codificatie dat zij de invloed aan banden legde van de rechter. Een codificatie diende daarom een mechanisme te bevatten om interpretatiekwesties voor te leggen aan de wetgever. Het ALR en de Code Civil kenden inderdaad zo'n mechanisme, dat zowel in Pruisen als in Frankrijk al snel weer werd afgeschaft omdat het onpraktisch was.⁵⁶ Latere wetgevers brandden er hun vingers niet meer aan; veranderde daarmee het codificatiebegrip?

De vraag of een bepaald wetboek een codificatie is of niet, is dan uiteindelijk een uitvloeisel van de *keuze* om bepaalde inhoudelijke eisen, en vogue in het ene of andere tijdperk, in de ene of andere streek, wel of niet op te nemen in het codificatiebegrip. Het codificatiebegrip verwordt dan tot iets arbitrairs. Vergelijk in deze zin bijvoorbeeld de volgende relativerende overwegingen van Coing:

‘Ich nenne etwa die Rechtsvereinheitlichung, ausschließliche Geltung, systematischer Aufbau und Verwendung von Prinzipien statt Kasuistik, schließlich Absicht der sozialen Reform. Macht man sich diese verschiedenen Möglichkeiten klar, so wird sogleich deutlich, daß man, *je nachdem, welches Kriterium man wählt*, sehr verschiedene Phänomene der rechtlichen Entwicklung unter diesem Begriff zusammenfassen kann. Insbesondere zeigt sich, daß das Corpus Iuris Civilis keineswegs alle diese Kriterien erfüllt. Es ist als Kodifikation anzusprechen, wenn man auf die Vereinheitlichung oder Feststellung des Rechts, sowie auf den absoluten Geltungswillen (außer kraft setzen des alten rechts, Interpretationsverbot) abstellt. Es ist keine Kodifikation, wenn man die innere Form oder den Willen zur sozialen Reform *als Kriterium wählt*.’⁵⁷

54 Vgl. zijn Praefatio novi codicis uit 1698, afgedrukt in G. Grua (ed.), G.W. Leibniz, *Textes inédits d'après les manuscrits de la bibliothèque provinciale de Hanovre*, II Parijs 1948, p. 624-628, p. 627: Statutis et consuetudinibus omnibus, huic Codici contrariis, quae nominatim exceptae non sunt, eatenus vim omnem abrogamus (...). Wij ontdoen alle wetten en gewoonten, strijdig met deze Code, voor zover ze niet uitdrukkelijk buiten werking zijn gesteld van alle rechtskracht; Vgl. H. Coing, ‘Zur Vorgeschichte der Kodifikation: Die Diskussion um die Kodifikation im 17. Und 18. Jahrhundert’, in: *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florence 1977, p. 797-817, p. 806.

55 Er zijn uiteraard (veel) meer voorbeelden, zo wees Wolf erop dat de uit 1160 stammende ‘Constitututa usus et legis’ van de stad Pisa exclusieve gelding had, A. Wolf, ‘Gesetzgebung und Kodifikationen’, in: P. Weimar (red.), *Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert*, Zürich 1981, p. 143-171, p. 149. In de door F. Bonainio uitgegeven versie van de Pisaanse stadswet, (*Constitututa legis et usus*, Florence 1870) heet het op p. 170: extra quod volumen si quod aliud Constitutum de usibus scriptum invenitur auctoritatem non habere constituimus. ‘Wij bepalen dat wanneer buiten dit exemplaar een of ander geschreven Besluit over gebruiken wordt gevonden, dat geen rechtskracht heeft.’

56 Vgl. hierover uitgebreid J.H.A. Lokin, ‘Lex semper loquitur’, in: *GROM* 1984, p. 1-50, i.h.b. p. 6-11.

57 H. Coing, ‘Zur Vorgeschichte der Kodifikation: Die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert’, in: *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florence 1977, p. 797-817, p. 798 (cursivering toegevoegd).

Vorm boven inhoud

Het moderne codificatiebegrip leidt tot eindeloze en oeverloze discussies: er bestaat geen *communis opinio* over welke eisen men nu aan een wetboek moet stellen, wil het een codificatie zijn, daarover heeft ook onder wetgevers door de tijden heen geen overeenstemming bestaan, verschillende van de eisen die in de literatuur worden genoemd leveren daarenboven een vage, niet te kwantificeren maatstaf op (een codificatie dient geen casuïstiek te bevatten, te zijn doortrokken van systematiek, omvangrijk te zijn, enzovoorts). Een formeel criterium komt tegemoet aan al deze tekortkomingen van het moderne codificatiebegrip. Om te bepalen of een wetboek een codificatie is of niet, moet worden bekeken of het wetboek de enige rechtsbron is. Met het oordeel dat een wetboek wel of geen codificatie is, wordt *niets* gezegd over de inhoud van het wetboek. De vergelijking tussen de wetboeken is beperkt tot een vraag van wetgevingstechniek die wetgevers door de eeuwen heen heeft beziggehouden. Daarenboven is met het formele begrip van een codificatie een tunnelvisie voorkomen waarin de aandacht uitgaat naar die gebieden waar het *Corpus Iuris Civilis* als *ius commune* voorafging aan, en van invloed was op de invoering van nationale wetboeken. Hanteert men het formele begrip van een codificatie dan codificeerden de Denen in 1683 hun privaatrecht.⁵⁸

J.E. Jansen⁵⁹

GRONINGEN

58 Dat de Danske Lov voor een deel bestond uit een verzameling van beslissingen uit het voorheen geldende gewoonterecht, doet daaraan niet af zoals bijvoorbeeld S. Juul betoogt, *Kodifikation eller Kompilation?*, Kopenhagen 1954. Hanteert men het formele begrip van een codificatie dan kan zij wel degelijk compilatie en codificatie tegelijkertijd zijn, gesteld dat een zinvol onderscheid tussen een compilatie en een codificatie te maken is, zie daarover hiervoor bij de bespreking van het codificatiebegrip van de pandektisten Dernburg en Regelsberger.

59 Jelle Jansen is als hoogleraar *ius commune* verbonden aan de vakgroep Rechtsgeschiedenis van de Rijksuniversiteit Groningen.