

peo de notice-and-action podría solucionar este problema. Para proteger el derecho de la libertad de expresión, en principio, el „autor” de la información tendría que tener la oportunidad de redactar una contranotificación. Además, es curioso que los órganos jurisdiccionales supremos de Alemania y de Francia tengan una interpretación opuesta sobre el alcance de las obligaciones que resultan de una notificación de informaciones ilícitas a un prestador de servicios de alojamiento de datos.

Aunque una página web de reservas se prevalezca de la exención de responsabilidad para prestadores de servicios de alojamiento de datos, el juez podrá obligar a la página web de reservas a seguir ciertas medidas. Sin embargo, la Directiva sobre el comercio electrónico prohíbe imponer una obligación general de control a los prestadores de servicios de alojamiento de datos. Como el alcance de dicha prohibición no está enteramente claro, tampoco consta qué medidas podrán estar autorizadas.

De todo eso resulta que la Directiva sobre el comercio electrónico merece una evaluación negativa, ya que el objetivo de esta Directiva de crear una mayor seguridad jurídica para los intermediarios de internet a través de la creación de una exención de responsabilidad no se ha alcanzado completamente. Por consiguiente, se impone una adaptación de esta Directiva.

DE STRIJD OM DE JURIDISCHE KWALIFICATIE VAN DE ADVOCAAT-CLIËNTVERHOUDING

RECHTSHISTORISCHE KANTTEKENINGEN

door

Wim DECOCK(1)

Docent (BOF)

Faculteit Rechtsgeleerdheid, KU Leuven

Deze bijdrage stelt enkele krachtlijnen voor uit de historische discussie over de kwalificatie van de diensten die de advocaat aan zijn cliënt verleent. Daarbij wordt eerst ingegaan op juristen uit de negentiende en twintigste eeuw, omdat zij de grondslagen voor het huidige debat gelegd hebben door een aantal typische, maar tegenstrijdige standpunten te verdedigen. Terwijl sommigen stelden dat de diensten van de advocaat niet eens in contractuele termen gevat konden worden, pleitten anderen voor een éénduidige kwalificatie als aanneming. De traditionele opvatting bestond erin om de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt als een nobel mandaat voor te stellen. Omdat zeker deze laatste opinie sterk aan de Romeinsrechtelijke traditie schatplichtig was, gaat deze bijdrage vervolgens in op de debatten over het statuut van de dienstverlening van de advocaat als aanneming (locatio-conductio) of als lastgeving (mandatum) in de middeleeuwen en de vroegmoderne tijd. Zodoende wordt het vraagstuk over de verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt niet alleen in een breed historisch kader geplaatst, maar kan het retorische gebruik van het Romeinse recht tot diep in de negentiende eeuw doorprikt worden.

(1) De auteur wenst Prof. Dr. A.-L. VERBEKE en Drs. P. BRULEZ (KU Leuven) te bedanken voor hun commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.

INHOUD

I. Inleiding (1-4)	1209
II. De Frans-Belgische rechtsleer in de negentiende eeuw en de eerste helft van de twintigste eeuw (5-34)	1212
A. Eerste standpunt: Aarzeling tegenover een contractuele kwalificatie van de advocaat-cliëntverhouding (6-16)	1212
B. Tweede standpunt: De dienst verleend door de advocaat participeert in het nobele karakter van het mandaat (17-25)	1217
C. Derde standpunt: De advocaat-cliëntrelatie als aanneming (26-34) ..	1220
III. De Romeinsrechtelijke traditie in oudheid, middeleeuwen en vroeg-moderne tijd (35-66)	1224
A. De advocaat tussen lastgeving (<i>mandatum</i>) en aanneming (<i>locatio-conductio</i>) in de lange Romeinsrechtelijke traditie (37-49) ..	1225
B. De advocaat maakt handig gebruik van de onzekere kwalificatie van zijn dienstverlening: een praktijkvoorbeeld uit Antwerpen (16de eeuw) (50-55)	1231
C. De advocaat-raadsman en de procesvertegenwoordiger: twee aparte dienstverleners in het ancien régime (56-66)	1235
IV. De opwaardering en herbestemming van de Romeinse aanneming in de negentiende eeuw (67-78)	1240
V. Besluit (79-86)	1245

I. Inleiding

1. RECENTE ONTWIKKELINGEN. – Het is niet onwaarschijnlijk dat het jaar 2014 herinnerd zal worden als een kantelmoment in de geschiedenis van de Belgische advocatuur. Sedert 1 januari 2014 zijn de diensten van de advocaat, als die geacht worden in België te zijn geleverd, aan de belasting op de toegevoegde waarde onderworpen, net zoals dat in andere EU-lidstaten reeds langer het geval is. Artikel 60 van de Wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen stipuleert uitdrukkelijk dat de btw-vrijstelling voor advocatenprestaties, zoals voorzien in artikel 44, § 1, 1^o van het Btw-Wetboek, opgeheven wordt.⁽²⁾ Tegelijkertijd woedt een debat over de kwalificatie van de dienstverlening van de advocaat.⁽³⁾ Meer bepaald rijst de vraag in hoeverre de verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt een dienstenovereenkomst onder bezwarende titel is waarop per analogie de regelingen van respectievelijk de aanneming en de lastgeving toepassing vinden.⁽⁴⁾ Daarnaast was lange tijd onduidelijk of de advocaat beschouwd kon worden als een ondernemer die onder het toepassingsgebied van de WMPC valt.⁽⁵⁾ Als reactie op een aantal arresten van het Grondwettelijk Hof werd een wetsontwerp goedgekeurd waarin voorzien werd dat de vrije beroepers, waaronder de advocaten, in de regel als ondernemingen in de zin van het nieuwe Wetboek Economisch Recht gelden.⁽⁶⁾ Ondertussen is door de Wet van 15 mei 2014 (*BS* 30 mei 2014) het boek XIV “Marktpraktijken en consumentenbescherming betreffende de beoefenaars van een vrij beroep” aan het nieuwe Wetboek Economisch Recht toegevoegd. Daardoor wordt de consumentenbescherming verleend door de Marktpraktijkenwet quasi integraal toegepast op de vrije beroepen. Tegelijk erkent de wetgever

(2) *BS* 1 augustus 2013 (ed. 2), 48270. Voor een bespreking, zie o.a. W. HEYVAERT, “Erelo-nen vanaf 2014 aan BTW onderworpen. En wat nu?”, *Ad Rem* 2013, afl. 3, 8-30; M. GOVERS, P. WILLE, *Praktische gids btw-plicht advocaat* (Mechelen: Kluwer, 2013).

(3) Zie b.v. A.L. VERBEKE, P. BRULEZ, “Actuele tendenzen aanneming, Tussen eenheid en verscheidenheid”, in: X., *Bijzondere overeenkomsten*, [Themis Cahiers, 67] (Brugge: Die Keure, 2011), 1-46; M. DAMBRE, “Dienstenprestaties. Laveren tussen aanneming, bewaar-geving en lastgeving”, in: X., *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters*, [Dossiers tijdschrift van de vrede- en politierechters, 13] (Brugge: Die Keure, 2010), 147-184.

(4) Voor een beknopte samenvatting, zie M. MITTENAERE, “De advocaat en fiscaliteit (btw)”, *Jura Falconis* 2012-13, afl. 3, 483-486.

(5) P. BRULEZ, “De vrije beroepsbeoefenaar als onderneming: het traditionele onderne-mingsbegrip onder druk”, 99. *DAOR* 2011, 453-460.

(6) Zie het Wetsontwerp van 5 maart 2014 houdende invoeging van Boek XIV “Markt-praktijken en consumentenbescherming betreffende de beoefenaars van een vrij beroep”. Dit is een reactie op de arresten van het Grondwettelijk Hof van 6 april 2011, 15 december 2011 en 9 juli 2013. Voor commentaar bij het meest recente arrest, zie GwH 9 juli 2013, nr. 5475, <http://www.const-court.be/public/n/2013/2013-099n.pdf> = *RW* 2013-14, afl. 15, 562, n. B. PONET, H. LAMON, “Is een vrije beroeper geen ondernemer zoals een andere?” en *NjW* 2013, afl. 290, 795-796 n. R. STEENNOT, “Vrije beroepen en de Wet Marktpraktijken”. Vgl. lager voetnoot 168.

door de opname van een apart boek de eigenheid van de diensten verleend door vrije beroepers.⁽⁷⁾

2. EEN OUD VRAAGSTUK. – De recente ontwikkelingen wekken de indruk dat anno 2014 het eindpunt van een langzame afbroekeling van de bijzondere status van de advocatuur bereikt is. De advocaat verleent met een ondernemende geest een dienst tegen geld, net zoals eender welke andere dienstverlener. De verontwaardiging in sommige kringen over de toepassing van de btw-regeling op de dienstverlening van de advocaat hoeft dan ook niet te verwonderen.⁽⁸⁾ De tijden dat de advocaat als *patronus* van rang en stand zijn cliënt om niet (*gratis*) met raad en daad bijstond, lijken meer dan ooit tot een utopisch verleden te behoren. Al hebben sommigen beweerd dat die voorstelling van zaken ten tijde van Marcus Tullius Cicero en andere grote pleiters daadwerkelijk gangbaar zou geweest zijn. Zoals uit deze bijdrage zal blijken, was het vooral in de negentiende eeuw dat befaamde juristen zoals Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) het gezag van de Romeinse beschaving als argument naar boven haalden om het edele karakter van de advocatuur te verdedigen tegen aanvallen vanuit de ‘materialistische’ cultuur – waarover later meer. De advocaat-cliëntverhouding diende volgens Troplong met de Romeinen gekwalificeerd te worden als een nobele lastgeving (*mandatum*), niet als een verfoeilijke vorm van winstgedreven aanneming (*locatio-conductio*).⁽⁹⁾ Andere juristen, zoals Edmond Picard (1836-1924), vonden dat zelfs een kwalificatie als lastgeving niet voldoende recht deed aan de vrije status van het advocatenberoep: de advocaat-cliëntverhouding moest een relatie *sui generis* zijn, verheven boven elke vorm van contractuele dienstverlening.

3. DIENSTEN ADVOCAAAT VOLGENS GER. W. (1967). – Vooraf dient genoteerd te worden dat de functieomschrijving van de advocaat zoals we hem/haar anno 2014 in België kennen eerst sedert de inwerkingtreding van het nieuwe Gerechtelijk Wetboek op 1 november 1970 tot stand gekomen is. Op grond van art. 440 Ger. W. beschikt de advocaat over een pleitmonopolie. Doch voordien was de vertegenwoordiging in rechte voorbehouden aan de pleit-

(7) X., “[Wetboek economisch recht] Vrije beroepers”, *NjW* 2014, afl. 305, 537-539. Voor een bespreking van de wettelijke definitie van het “vrij beroep” en haar afgrenzing ten opzichte van andere beroepen, zie H. COUSY, “Gewijzigde aansprakelijkheidsregels: het einde van het vrij beroep”, in: X., *Liber amicorum Marc Boes* (Brugge: Die Keure, 2011), 651-666.

(8) Al gaat die kritiek zelf vaak van weinig verheven overwegingen omtrent de advocatenstiel uit. Zie bijvoorbeeld de persmededeling van de Orde van Vlaamse Balies (OVb) van 14 november 2012, besproken in MITTENAERE, *Jura Falconis* 2012-13, 500.

(9) Hierbij dient opgemerkt te worden dat de Romeinsrechtelijke lastgeving (*mandatum*) op een essentieel punt afwijkt van de hedendaagse lastgeving: terwijl deze laatste gekenmerkt is door het feit dat de lasthebber de lastgever in rechte vertegenwoordigt, houdt het Romeinse mandaat niet noodzakelijk en meestal zelfs geen vertegenwoordigingsbevoegdheid in; zie infra nrs. 41-43.

bezorger (*avoué*).⁽¹⁰⁾ Hij regelde formele kwesties en legde de conclusies neer bij de rechter. Sedert 1967 zijn zowel procesvertegenwoordiging als advies- en pleitfunctie wettelijk in handen van de advocaat. In de historische teksten die in het vervolg aan bod komen, is dit niet het geval. Daarom zullen we in deze bijdrage niet alleen stilstaan bij de kwalificatieproblemen rond de persoon van de advocaat (*advocatus*), maar ook bij die rond de diensten geleverd door de pleitbezorger (*procurator*).⁽¹¹⁾

4. OPZET EN INHOUD. – De strijd om de juridische kwalificatie van de advocaat-cliëntverhouding is niet vrijblijvend, zoveel mag duidelijk zijn. Deze bijdrage wil de lezer enkele krachtlijnen uit de historische discussie aangaande dit probleem voorstellen. Daarbij wordt eerst ingegaan op juristen uit de negentiende en vroege twintigste eeuw die een aantal typische maar tegenstrijdige standpunten verdedigd hebben zoals Charles-Bonaventure Toullier (1752-1835), François Étienne Mollet (1794-1870), Jean-Baptiste Duvergier (1792-1872), Raymond-Théodore Troplong, Charles Aubry (1803-1883), Charles-Frédéric Rau (1803-1877), François Laurent (1810-1887), Edmond Picard en Henri de Page (1894-1969). Het Romeinse recht speelde voor deze Franse en Belgische juristen een belangrijke rol bij de kwalificatie van de advocaat-cliëntverhouding. Daarom wordt vervolgens ingegaan op de kwalificatie van de dienstverlening van de advocaat in de Romeinsrechtelijke traditie. Deze bijdrage analyseert niet alleen het zogenaamde klassieke Romeinse recht uit de oudheid, maar vooral de interpretaties ervan in de late middeleeuwen en vroegmoderne tijd, bijvoorbeeld in de praktijkgerichte werken van Odofredus (gest. 1265), Bartolus a Saxoferrato (1313-1357), Baldus de Ubaldis (1327-1400), Joost de Damhouder (1507-1581), Jean de Waimes (1524-1590), Domenico Tuschi (1535-1620), Pierre Grégoire (c. 1540-1597), Jacob Bouricius (1544-1622) en Paul Christijnen (1553-1631). Vanwege zijn rol als brugfiguur tussen de Romeinsrechtelijke traditie en de negentiende eeuwse Frans-Belgische rechtscultuur komt ook Robert-Joseph Pothier (1699-1772) bij gelegenheid aan bod. Slechts op die manier kan de Platonische mythe van een absoluut en eeuwig Romeins recht gerelativeerd, en het retorische gebruik ervan in de achttiende en negentiende eeuw doorprikt worden.⁽¹²⁾ Dit zal tot slot geïllustreerd worden aan de

(10) K. VELLE, “In de schaduw van de advocatuur: De Belgische pleitbezorgers (1800-1969)”, in: G. MARTYN, G. DONKER, S. FABER, D. HEIRBAUT (eds.), *Geschiedenis van de advocatuur in de Lage Landen*, [Pro Memorie, 11] (Hilversum: Verloren, 2009), 267-296. Zie ook het interview met Prof. Georges Martyn over dit boek in R. BOONE, I. MORIAU, “Vijfhonderd jaar advocatuur in vogelvlucht”, *Juristenkrant* 2009, afl. 196, 9.

(11) Cf. infra III.C. nrs. 56 e.v., “De advocaat-raadsman en de procesvertegenwoordiger: twee aparte dienstverleners in het ancien régime”.

(12) Deze kritische methode is gangbaar in de hedendaagse rechtsgeschiedenis. Zie o.a. M.T. FÖGEN, *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2002), E. CONTE, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico* (Bologna: Il Mulino, 2009), en L. WAELKENS, “Hoe natuurlijk waren kinderen in de Romeinse oudheid?”, in: A. VERBEKE, J. SCHERPE, C. DECLERCK, T. HELMS, P. SENAËVE (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession law, Liber amicorum Walter Pintens* (Cambridge-Antwerpen: Intersentia, 2012), 1711-1725.

hand van de moderne interpretaties van het Romeinse aannemingscontract (*locatio-conductio*) in de Duitse *Pandektenwissenschaft*, hier in concreto voorgesteld aan de hand van Bernhard Windscheid (1817-1892), Heinrich Dernburg (1829-1907) en Otto Lenel (1849-1935). Het is onder meer deze typisch Duitse, anachronistische herijking van de advocaat-cliëntverhouding op het aannemingscontract, die we overigens al kunnen zien bij Karl Salomo Zachariae von Lingenthal (1769-1843), die voor ergernis zorgde bij een aantal van de Franse en Belgische juristen belicht aan het begin van dit artikel. In ieder geval hebben deze pandectisten samen met hun Frans-Belgische collega's uit de negentiende en vroege twintigste eeuw niet alleen de termen van het hedendaagse debat (mandaat versus aanneming), maar ook onze historische visie op de Romeinsrechtelijke kwalificatie van de dienstverlening van de advocaat verregaand bepaald.

II. De Frans-Belgische rechtsleer in de negentiende eeuw en de eerste helft van de twintigste eeuw

5. MENINGSVERSCHEIDENHEID. – Het eerste deel van deze bijdrage stelt exemplarisch drie standpunten voor die binnen de Franse en Belgische rechtsleer in de negentiende eeuw en rond de eeuwwisseling kunnen onderscheiden worden. Sommigen stellen dat de advocaat-cliëntverhouding omwille van haar nobel karakter überhaupt niet in termen van een contract begrepen kan worden. Anderen zijn dan weer de mening toegedaan dat het geen zin meer heeft om in een moderne samenleving hogere van lagere diensten te onderscheiden, en stellen voor om de advocaat in zijn hoedanigheid van raadsman als aannemer te kwalificeren. Een compromis bestaat erin om de verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt als een contract te beschouwen, maar dan als een zogenaamd edel mandaat in Romeinsrechtelijke zin, dit wil zeggen zonder dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid een essentieel bestanddeel van de lastgeving uitmaakt. Uiteraard moet men voorzichtig omspringen met deze classificatie. De dynamiek van de geschiedenis laat zich niet altijd in duidelijk afgebakende categorieën vatten.

A. EERSTE STANDPUNT: AARZELING TEGENOVER EEN CONTRACTUELE KWALIFICATIE VAN DE ADVOCAAAT-CLIËNTVERHOUDING

6. GEEN MANDAAT EN GEEN AANNEMING. – ‘Non, encore une fois, l’avocat n’est pas plus le mandataire du client, que son locateur d’ouvrage’.⁽¹³⁾ Aan het woord is François Étienne Mollot, auteur van de *Règles de la profession d’avocat*, een van de meest invloedrijke deontologische traktaten uit de negentiende eeuw. De emotionaliteit achter zijn stellige bewering dat de

(13) F.E. MOLLOT, *Règles de la profession d’avocat* (Parijs: Durand, tweede uitgave, 1866), vol. 1, 16.

advocaat géén lasthebber en ook géén aannemer van zijn cliënt is, verraadt dat het om een delicate kwestie gaat. In elk geval wordt aan een punt geraakt dat in Mollots ogen belangrijk genoeg is om dadelijk in de voorafgaande beschouwingen van zijn standaardwerk behandeld te worden.

7. SCHADUW ROMEINSE WAARDENSTELSEL. – Vanuit historisch oogpunt, zo zou men kunnen zeggen, is de reactie van Mollot begrijpelijk. De juridische typologisering van de advocatuur is eeuwenlang in de schaduw van het Romeinse recht én van de maatschappelijke realiteit waarvan dit recht de uitdrukking was, blijven staan. En die sociologisch-historische achtergrond verklaart veel, bijvoorbeeld dat de hoge status van de advocaat het volgens de Romeinen niet toeliet zijn diensten puur als aanneming van werk te beschouwen. De advocaat verdiende een *honorarium*, niet een loon (*merces*), want door de toevoeging van een prijs werd een mandaat een huur-verhuur. Bij deze vermeende Romeinse logica zullen we in het verdere verloop van deze paper nog uitvoerig stilstaan.

8. BOTSING MET NIEUWE SOCIALE REALITEIT. – De Romeinse zienswijze botste in de negentiende eeuw frontaal op de nieuwe maatschappelijke realiteit. Mollots vurige debat is daar de uitdrukking van. In feite is het slechts een topje van de ijsberg: onder de Franse rechtsgeleerden van de negentiende eeuw werd intens over de juridische kwalificatie van de advocatuur gedebatteerd, en in België en Duitsland woedde de kwestie niet minder hevig. De concrete aanleiding van Mollots uitweidingen was trouwens het vriendelijke verzoek van Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) om zijn visie wat nader toe te lichten, nadat hij volgens hem in de eerste editie van zijn *Règles de la profession d’avocat* uit 1842 de kwestie te weinig diepgaand behandeld had.

9. EER VAN HET BEROEP. – Inderdaad was Mollot in de eerste uitgave van zijn deontologie slechts onrechtstreeks ingegaan op de kwalificatie van de dienstverlening van de advocaat. Niettemin gaf hij in de *editio princeps* al openlijk lucht aan zijn ongenoegen over de nieuwe tendens om aan advocaten een rechtsvordering toe te kennen voor de betaling van hun honoraria. Omdat hier de eer van het beroep (*l’honneur de la profession*) op het spel stond, schaarde Mollot zich achter het eeuwenoude gebruik van de balie van Parijs om dit soort vorderingen te verbieden op straffe van schraping uit de lijst van de balie.⁽¹⁴⁾ Een vordering tot betaling toekennen, zou neerkomen op het verlagen van het nobele beroep van de advocaat tot een

(14) MOLLOT, *Règles de la profession d’avocat* (Parijs: Durand, 1842), règle 96, 77: ‘(...) il est certain qu’à Paris, nous avons consacré la règle immuable de notre ancien barreau, d’après laquelle toute demande judiciaire en paiement d’honoraires est interdite à l’avocat, sous peine de radiation du tableau. Devons-nous maintenir cette vieille tradition, malgré quelques dissidences? Pour mon compte, je n’hésite pas à le déclarer.’

betaalde dienst en een simpele aanneming van werk.⁽¹⁵⁾ Volgens Mollot zou deze vordering het einde van het vrije beroep inluiden: 'ce serait, je n'hésite pas à le dire, la ruine de la profession!'⁽¹⁶⁾

10. GEEN OPENBAAR AMBT. – Als reactie op het verzoek van Troplong heeft Mollot aan de tweede uitgave van de *Règles de la profession d'avocat* een systematische bespreking van de juridische kwalificatie van het advocatenberoep toegevoegd. De hypothese van de advocatuur als openbaar ambt of monopolie doet Mollot daarbij gemakkelijk van de hand: het beroep staat open voor elke licentiaat rechten ingeschreven op het tableau of toegelaten tot de stage; investituur door het staatshoofd is niet vereist.⁽¹⁷⁾

11. GEEN VERHUUR VAN WERK EN DIENSTEN. – Evenmín plausibel is de veronderstelling dat de advocaat met zijn cliënt een contract van verhuur van werk en diensten (*louage d'ouvrage et d'industrie*) aangaat. Mollot volgt eenvoudigweg de redenering van Troplong, die straks uitvoerig aan bod komt. In *nucleo* komt het argument hierop neer dat de advocaat een vrij beroep uitoefent dat qua rang en maatschappelijke status niet zomaar met manuele dienstverlening kan gelijkgesteld worden. Een andere voorstelling van zaken bestempelt Mollot als kwetsend (*une idée blessante*).

12. KRITIEK OP OOSTENRIJKSE EN ENGELSE TRADITIE. – Mollot spaart zijn kritiek aan het adres van het Oostenrijkse ABGB dan ook niet. Het Oostenrijkse burgerlijk wetboek voorzag namelijk bij de voorbereiding van art. 1163 dat advocaten en artsen onder de algemene aanneming vielen.⁽¹⁸⁾ Ook de Engelsen moeten het ontgelden. Mollot laakt de praktijk van de *billable hours* en het feit dat de advocatenpraktijk in Engeland een 'industrie' geworden is.⁽¹⁹⁾

(15) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1842), règle 96, 78: 'D'ailleurs, voyez les conséquences de l'opinion contraire. Que si vous admettez l'action en paiement d'honoraires, vous altérez profondément la fonction de l'avocat; vous la transformez en un mandat salarié, sinon en un louage d'ouvrage (...)'.

In de tweede editie (1866) onderstreept Mollot het gevaar dat het beroep tot een betaalde dienst afglijdt door 'un mandat salarié' te cursiveren; cf. 113.

(16) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1842) règle 96, 78.

(17) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), 16-17.

(18) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), 8: 'Si le Code autrichien admet un système contraire, à l'égard des avocats comme des médecins, des artistes, etc., nous ne devons pas nous en étonner: la législation allemande diffère de nos Règles sur beaucoup d'autres points.'

(19) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), règle 75, 95: 'En Angleterre, une horloge de sable est sur le bureau, pendant que le client confère avec l'avocat. L'horloge ne sert pas seulement à mesurer le temps consacré à la consultation, mais les honoraires dus par le consultant, honoraires qui seraient excessifs chez nous. La raison de cette coutume, c'est qu'en Angleterre la profession d'avocat, comme toutes les autres professions, est réputée une industrie.'

13. GEEN MANDAAT. – Beschouwt Mollot de relatie tussen advocaat en cliënt dan in termen van een lastgeving (*mandat*)? Ook deze kwalificatie blijkt problematisch te zijn voor onze deontoloog. Weliswaar erkent Mollot dat het Franse *droit commun* in navolging van het Romeinse recht de overeenkomst tussen advocaat en cliënt een *mandatum* noemt. Hij vraagt zich echter af waarom men anno 1866 aan het Romeinse recht of zelfs aan de leerstellingen van Robert-Joseph Pothier (1699-1772) bindende kracht zou moeten toekennen.⁽²⁰⁾ Bovendien volgen uit de kwalificatie als mandaat een aantal verplichtingen die niet met het vrije beroep van advocaat verenigbaar zijn, zoals de aansprakelijkheid voor advies en de belasting op honoraria.⁽²¹⁾ Last but not least beroept Mollot zich op de autoriteit van de Franse jurist Charles-Bonaventure Toullier (1752-1835).⁽²²⁾ In *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* had Toullier zich inderdaad laten ontvallen dat advocaten geen lasthebbers van hun cliënten zijn: 'l'avocat n'est point le mandataire de son client'.⁽²³⁾ Volgens Toullier treden advocaten tegenover hun cliënten enkel op als raadgevers en heren (*conseils et patrons*).⁽²⁴⁾

14. HOOGSTENS ONBENOEMDE AFSpraak. – Voor Mollot valt de relatie tussen advocaat en cliënt niet als een verhouding tussen gelijken te beschouwen. Zo is het bijvoorbeeld beneden de waardigheid van het beroep om de cliënt aan huis te bezoeken of om cliënten te ronselen.⁽²⁵⁾ Bijgevolg kan er nauwelijks sprake zijn van een contract, maar ten hoogste van een onbetoend akkoord (*accord inomé*).⁽²⁶⁾ In navolging van Toullier stelt Mollot onomwonden dat advocaten, in tegenstelling tot pleitbezorgers, niet de vertegenwoordigers of lasthebbers van hun cliënten zijn, maar hun raadslui en

(20) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), 9-10: 'Il suffirait de répondre à ces citations que le droit romain et le droit commun français ne sauraient offrir la raison de décider.'

(21) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), 11.

(22) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), 11-12.

(23) C.B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique* (Parijs: Warée, 1822), vol. 10, 430, nr. 298.

(24) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 429, nr. 298: 'À la différence des avoués, les avocats ne représentent point leurs clients; ils ne sont point leurs mandataires, mais leurs conseils et leurs patrons. Hors du barreau, les fonctions de l'avocat consistent à guider ses clients dans leur transactions sociales, à les aider de ses lumières, etc... Au barreau, à développer leurs moyens de défense, soit de vive voix, dans les plaidoiries, soit par écrit, dans les écritures qu'il fait pour eux, et qu'ils se approprient, en les faisant signifier par leurs avoués. Aussi, suivant une maxime très ancienne en France, les avocats ne peuvent être désavoués.'

(25) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), règle 58, 74: 'De tout ce que j'ai dit dans le chapitre précédent, je conclus qu'il est indigne du caractère de l'avocat de solliciter une clientèle: il faut qu'elle vienne le trouver dans son cabinet.' Vgl. Règle 80, 99.

(26) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), 13: 'Je crois fermement, au contraire, que ces rapports les lient par un engagement ou un accord commutatif et tacite, bien qu'il ne soit ni un louage, ni un mandat, ni même (le cas d'indigence excepté) un contrat de pure bienfaisance. Cet engagement ou accord inomé, comme il en existe beaucoup, est de la nature de ceux qui constituent un service ou un office rendu avec sacrifices (...).'

heren (*conseils et patrons*). De advocatuur is een vrij beroep met status, waardigheid en prestige.

15. ERELOON NIET AFDWINGBAAR. – Het honorarium dient ertoe deze waardigheid te erkennen (*un témoignage de reconnaissance*), maar het is geen contractuele prestatie. In tegenstelling tot wat het geval zou zijn, mocht men aannemen dat de advocaat-cliënt verhouding onder het mandaat valt, kan het honorarium dus noch het voorwerp zijn van een rechtsvordering noch het voorwerp van een belasting.(27)

16. VRIJE BESCHERMINGSRELATIE. – Niet onbelangrijk vanuit Belgisch perspectief is dat het standpunt van Toullier en Mollet gevolgd werd door Edmond Picard (1836-1924), één van de coryfeeën uit de geschiedenis van de Belgische advocatuur.(28) In het deontologische deel van het mede door hem uitgegeven *Manuel pratique de la profession d'avocat* neemt hij de beschouwingen van Mollet over de aard van de advocaat-cliënt relatie bijna letterlijk over. De relatie tussen de advocaat en zijn cliënt is zoals die van een beschermheer ten overstaan van zijn beschermeling.(29) Hij herhaalt dat deze verhouding niet in termen van een bijzonder, benoemd contract kan gevat worden.(30) Bijgevolg is de advocaat niet gehouden door de stricte verbintenissen van de lasthebber. Zijn burgerlijke aansprakelijkheid ten opzichte van de cliënt is uitgesloten, tenzij in geval van manifest bedrog, en zijn honoraria kunnen niet belast worden. Picard besluit: 'il n'y a dans tout cela que les relations libres du protecteur au protégé'.(31)

(27) MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat* (1866), règle 13, 29: 'D'ailleurs, nous avons prouvé que le ministère de l'avocat n'est pas réputé un mandat, ni encore moins un louage d'ouvrage, dans le sens légal. Les honoraires que le client lui offre sont la récompense du service rendu, un témoignage de reconnaissance. Ils ne peuvent donc admettre ni taxe, ni contrainte.'

(28) B. COPPEIN, "Edmond Picard en de deontologie van de advocaat", in: *Geschiedenis van de advocatuur in de Lage Landen* (hoger vn. 9), 191-214. Zie ook de monografie over Picard van de hand van dezelfde auteur: B. COPPEIN, *Dromen van een nieuwe samenleving. Intellectuele biografie van Edmond Picard* (Brussel: Larcier, 2011).

(29) Zie ook J. STEVENS, "De cliënt: beschermeling, klant of vijand?", *Ad rem* 2003, afl. 1, 24-30 (24).

(30) E. PICARD, G. DUCHAINE, *Manuel pratique de la profession d'avocat* (Parijs-Brussel: Durand-Claassen, 1869), part. 5, 289-290, nr. 48: 'Nous pensons que cette opinion de Toullier (adoptée par Mollet, t. 1, 8) est la vraie. La situation de l'avocat vis-à-vis du client ne nous paraît entrer dans les termes d'aucun des contrats spéciaux prévus et qualifiés par non lois civiles. Elle constitue dès lors un contrat innomé, celui d'un homme qui consent à diriger et à protéger un autre homme dans l'ordre des choses judiciaires, avec faculté de renoncer à ces fonctions, quand il le jugera convenable.'

(31) PICARD, DUCHAINE, *Manuel pratique de la profession d'avocat*, 290.

B. TWEDE STANDPUNT: DE DIENST VERLEEND DOOR DE ADVOCaat PARTICIPEERT IN HET NOBELE KARAKTER VAN HET MANDAAT

17. HET MANDAAT. – Raymond-Théodore Troplong staat symbool voor een tweede visie die in de negentiende eeuw circuleert. Dit standpunt probeert om de dienstverlening van de advocaat te kwalificeren in termen van de Romeinsrechtelijke lastgeving (*mandatum*). De reden daarvoor is dat het mandaat volgens de Romano-canonieke traditie een nobel karakter heeft. Het gaat er Troplong dus niet om, de vertegenwoordigingsbevoegdheid als essentieel kenmerk van de dienstverlening van de advocaat te accentueren.(32)

18. TROPLONG ALS JURIST MET BREDE CULTUUR. – Troplong staat bekend voor zijn brede cultuur, eclecticisme en vaak historisch-filosofische exegese van het Franse burgerlijk wetboek.(33) Hij laat zijn commentaar op het aannemingscontract dan ook voorafgaan door een aantal rechtshistorische en rechtsfilosofische bespiegelingen over het onderscheid tussen de verhuur van werk en nijverheid (*louage d'ouvrage et d'industrie*), enerzijds, en de verkoop (*vente*) en lastgeving (*mandat*), anderzijds.

19. AANNEMING VS VERKOOP. – Over Troplongs vergelijking van de aanneming met de verkoop kunnen we kort zijn. Troplong problematiseert de verhouding tussen beide contracten door te verwijzen naar een casus die reeds door de Romeinen druk bediscussieerd werd: Titius stapt naar een goudsmid en vraagt hem om tegen betaling een aantal juwelen te fabriceren.(34) Indien de juwelen gefabriceerd worden met het goud van de goudsmid,

(32) Vgl. voetnoot 9.

(33) Zie M. XIFARAS, "L'École de l'Exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Savigny", in: J.-F. KERVÉGAN, H. MOHNHAUPT (eds.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich*, [Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 144] (Frankfurt am Main: Klostermann, 2001), 177-209.

(34) Inst. 3,24,4 in *Corporis Iustinianaei Institutiones* (ed. Gothofredi), tom. 5, 390-391: 'Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi grati aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.' Besproken in: R.-TH. TROPLONG, *De l'échange et du louage. Commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil* (Parijs: Hingray, 1852), vol. 2, 237-238, nr. 790.

Alle citaten uit het *Corpus Iustinianaeum* in deze bijdrage komen uit de humanistische editie van DENIS GODEFROY: *Corpus Iustinianaeum cum commentariis Accursii, scholiis Contii, paratitulis Cujacii, et quorundam aliorum doctorum virorum observationibus, Novae accesserunt ad ipsum Accursium Dionysii Gothofredi notae* (Lyon, 1604 [=1588])(= ed. Gothofredi).

Deze editie van het *Corpus iuris civilis* is door de Ames Foundation en Harvard Law School online ter beschikking gesteld: <http://amesfoundation.law.harvard.edu/digital/CJCiv/CJCiv-Metadata.html#intro> (laatst geraadpleegd op 11 november 2014).

dan was de heersende mening dat deze combinatie van *emptio-venditio* en *locatio-conductio* geabsorbeerd werd door de koopovereenkomst. Leverde Titius echter zelf het goud aan, dan was sprake van een absorptie door de huurovereenkomst.

20. KRITIEK OP KWALIFICATIE ALS AANNEMING. – Troplong voelde zich genoodzaakt om aan de afbakening van het aannemingscontract ten opzichte van het mandaat een omstandige discussie te wijden. Aanleiding daartoe vormen de radicale ideeën van Jean-Baptiste Duvergier en Karl Salomo Zachariae von Lingenthal over het pure aannemingskarakter van de dienstverlening van de advocaat – verderop komen we op deze uiterst modern aandoende visie terug. In zijn reactie op Duvergiers heterodoxe opinies wierp Troplong zich op tot spreekbuis en verdediger van het *establishment*. Hij haalde furieus uit naar Duvergiers herkwalificatie van de vrije beroepen. Dat Zachariae de vrije beroepen als *locatio operarum* ziet, kan hij – niet zonder enig cynisme – nog wel begrijpen: Zachariae's nationaliteit verklaart wellicht zijn blootstelling aan ideeën uit de Oostenrijks-Duitse invloedssfeer.⁽³⁵⁾ Maar voor zijn Franse collega's is Troplong minder mals. Met één pennestreek halen zij een Romeins-Franse traditie van bijna tweeduizend jaar onderuit. En dat terwijl er redenen genoeg zijn om deze traditie te bewieroken.

21. LOF VAN HET ROMEINSE RECHT. – Troplong prijst het Romeinse recht als een voorbeeld van rationaliteit, consistentie en rechtvaardigheid. Door de betaling van een loon (*merces*) als essentieel bestanddeel van de *locatio-conductio* te stipuleren, identificeert het Romeins recht automatisch alle diensten die uit gratuiteit geleverd worden als nobel *mandatum*.⁽³⁶⁾ De Romeinse logica kan elegant als volgt samengevat worden: 'le prix disparaissant, le louage devient mandat; tandis que par l'addition d'un prix le mandat devient louage'.⁽³⁷⁾ Volgens de hoogdravende woorden van Troplong houdt het Romeinse recht rekening met de 'belangeloze deugden die de spiritualistische filosofie in het hart van de mens ontwaart'.⁽³⁸⁾

(35) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 253, nr. 805, voetnoot 3: 'M. Zachariae lui-même paraît l'avoir adoptée, t. 3, 34, probablement d'après l'influence des idées allemandes. En effet, le Code autrichien fait brutalement des avocats, médecins, artistes, etc. des locuteurs d'ouvrage (...). Mais il me semble que c'est là quelque chose d'aussi choquant pour nos susceptibilités nationales que la discipline militaire à coups de bâton.'

(36) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 249, nr. 801: 'On peut maintenant se faire une idée complète du système du droit romain et de ses interprètes. Ce système est parfaitement homogène et rationnel. Il gravite sur cette idée, que le prix est la condition nécessaire du louage d'ouvrage; qu'ainsi tout travail gratuit, ou même tout travail libéral, et par conséquent inestimable, ne saurait donner lieu à un contrat de louage d'ouvrage; que c'est dans le mandat seul qu'il faut aller chercher, dans ce dernier cas, la règle de la position des parties.'

(37) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 244, nr. 795.

(38) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 243, nr. 794: 'Telle est la théorie du droit romain et de ses interprètes. Théorie juste et profonde; car elle prend sa source dans un départ délicat entre deux des grands mobiles auxquels obéit l'humanité, à savoir, l'intérêt et la sympathie; théorie admirable, surtout, parce qu'elle tient compte des vertus désintéressées que la philosophie spiritualiste aperçoit dans le cœur de l'homme!'

22. VERWERPING MATERIALISTISCHE CULTUUR. – Klaarblijkelijk is dit laatste punt van eminent belang voor onze Franse jurist-intellectueel, die ervan overtuigd is dat zelfs achter ogenschijnlijk technische details uit het privaatrecht grote sociale vraagstukken schuil gaan.⁽³⁹⁾ Concreet ziet hij doorheen de nieuwe kwalificatie van de advocatuur het doembeeld van een materialistische maatschappij opduiken. In zijn ogen is Duvergier een handlangers van het utilitarisme, of preciezer nog, van het 'industrialisme, dat, als moderne tak van de materialistische filosofie, de overdrijving is van iets dat op zich uitmuntend is, met name de zin voor bedrijvigheid'.⁽⁴⁰⁾ Troplong verwijt de fanaticelingen van dit standpunt dat ze van de mens een productie-machine willen maken en de resultaten van zijn arbeid enkel nog in geld meten.

23. NOBEL KARAKTER ADVOCATUUR. – De industrialistische mentaliteit vormt volgens Troplong een directe bedreiging voor het nobele beroep van de advocaat, arts en hoogleraar, omdat zij een verhevenheid en toewijding (*dévouement*) veronderstellen, die niet met de wetten van de markt verenigbaar zijn.⁽⁴¹⁾ Voor de toegewijde advocaat is betaling voor zijn diensten een vernedering – veel meer is het hem om de eer en het algemeen welzijn te doen.⁽⁴²⁾

24. HOGERE VERSUS LAGERE DIENSTEN. – Samenvattend bestaan er voor Troplong noodzakelijke ongelijkheden (*des inégalités nécessaires*) in prestige en waardigheid tussen de verschillende prestaties die door de mens

(39) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 257, nr. 807: 'Tant il est vrai que dans les questions les plus humbles, en apparence, de notre droit civil, se trouvent les plus grands problèmes sociaux.'

(40) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 256, nr. 807: 'L'école utilitaire l'a tentée, et M. Duvergier a été, peut-être à son insu et malgré la sagesse habituelle de ses opinions, l'un de ses auxiliaires. Mais j'espère que ses efforts resteront infructueux. L'industrialisme, branche moderne de la philosophie matérialiste, est l'exagération d'une chose excellente en soi, c'est à dire, de l'élément industriel. Dans son fanatisme pour la production, il ne voit que des résultats appréciables en argent et ne considère l'homme que comme une machine organisée pour produire.'

(41) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 260, nr. 807: 'Que si, au contraire, l'avocat ne se dévoue pas en entier à sa cause, le médecin à son malade, le professeur à son élève, ils manquent à la loi fondamentale de leur profession, qui est le dévouement; or qui dit dévouement, dit une chose inestimable, une chose qui commande la reconnaissance et ne se paye pas en argent.'

(42) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 264, nr. 808: 'Ceci sert à expliquer cette idée que M. Duvergier repousse comme un préjugé, savoir que le mandat est plus noble que le louage; hé, sans doute! car le louage a un prix, et le mandat a un honoraire!! Et l'homme qui obéit à la sympathie, au dévouement, à l'amour de l'humanité ou de la gloire, repousse un prix comme une humiliation.'

geleverd kunnen worden.⁽⁴³⁾ Sommige diensten streven de bevrediging van de lichamelijke behoeften van de mens na, terwijl de hogere diensten zich richten op de morele noden van de mens en zijn cultuur. De advocatuur is een nobel beroep dat tot de hogere diensten behoort. Juridisch gezien betekent dit voor Troplong dat de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt een mandaat en geen huur-verhuur kan zijn.

25. ADVOCaat GEEN KOK. – Met weerzin stelt Troplong zich de status van de advocatuur voor in een toekomst die door Duvergier en zijn materialistische gedachtegoed beheerst wordt: dan zal de advocaat nog slechts op dezelfde hoogte staan als een kok, een parfumiër of een andere dienstverlener die zijn werk louter uit winstbejag verricht ter bevrediging van materiële behoeften.⁽⁴⁴⁾ Troplongs nachtmerrie werd echter al snel realiteit.⁽⁴⁵⁾

C. DERDE STANDPUNT: DE ADVOCaat-CLIËNTRELATIE ALS AANNEMING

26. GEEN ONDERSCHIED HOGERE EN LAGERE DIENSTEN. – Een typische vertegenwoordiger van het meest modern aandoende standpunt is Jean-Baptiste Duvergier, zakenadvocaat en later kortstondig minister van justitie onder Napoleon III.⁽⁴⁶⁾ Duvergier maakt komaf met het traditionele onderscheidscriterium tussen *mandat* en *location d'ouvrage* op grond van het verschil tussen hogere en lagere vormen van dienstverlening.

27. VERTEGENWOORDIGINGSBEVOEGHEID ALS ONDERSCHIEDSCRIETERIUM. – Duvergier beweert in de plaats daarvan dat het criterium om de lastgeving van de aanneming te onderscheiden het al dan niet bestaan van vertegen-

(43) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 257, nr. 807: 'L'homme ne travaille pas seulement pour l'argent, il travaille aussi pour la gloire, pour la patrie, pour l'humanité. C'est ce qui fait qu'il y a entre les professions des inégalités nécessaires comme dans les conditions. Les unes sont subalternes, ce sont en général celles qui spéculent sur les besoins physiques de l'homme; elles ont le lucre pour but, et c'est avec de l'argent qu'on les paye. Les autres, plus relevées, s'adressent aux besoins moraux de l'homme, tantôt elles lui tendent la main dans ses revers, tantôt elles aspirent à le perfectionner et à le civiliser.'

(44) TROPLONG, *De l'échange et du louage*, 256-257, nr. 807: 'Quand (ce qu'à Dieu ne plaise) ella aura conquise la société, notre question sera tranchée: il faudra placer le cuisinier, le parfumeur, et tous ceux qui, par l'appât du gain, ont mis leur art au service de nos plaisirs physiques et caeteros voluptatibus nostris ingenia acomodantes, sur la même ligne que le philosophe qui se dévoue en silence et au risque de mourir pauvre, à la recherche de la vérité.'

(45) In die zin moet wellicht de stelling van Helmut Coing herzien worden dat de Franse rechtsleer in de negentiende eeuw contracten met advocaten als lastgeving beschouwde, zelfs als betaling voorzien was; cf. H. COING, *Europäisches Privatrecht, Band II. 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern* (München: C.H. Beck, 1989), 484.

(46) J.-L. HALPÉRIN, s.v. "Duvergier, Jean-Baptiste", in: P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN (eds.), *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle* (Parijs: Dalloz, 2007), 304.

woordigheidsbevoegdheid (*pouvoir de représenter*) is.⁽⁴⁷⁾ Enkel indien in naam en voor rekening van een ander kan gehandeld worden, is voldaan aan de voorwaarden van de lastgeving. Daaruit leidt Duvergier af dat de advocaat in eigenlijke zin een *locateur d'ouvrage* is, net zoals de arts of de notaris die bevoegd is voor de verdeling van een nalatenschap, terwijl de pleitbezorger (*avoué*) als een lasthebber moet beschouwd worden.⁽⁴⁸⁾

28. DUITSE INVLOEDEN. – De visie waar Duvergier voor staat, won geleidelijk aan veld in de Franse juridische wereld, onder meer door de toedoen van Franse vertalingen van Karl Salomo Zachariae von Lingenthal (1769-1843) Duitstalige handboek van het Franse burgerlijk recht. In feite verdedigde Zachariae niet expliciet de mening dat de vrije beroepen tot de categorie van *locatio-conductio* behoorden, maar een zijdelingse opmerking in de paragraaf gewijd aan de *locatio operarum* laat dit wel vermoeden.⁽⁴⁹⁾

29. VRIJE BEROEPERS ALS AANNEMERS? – Bovendien werd in de Franse adaptatie van Zachariae door Charles Aubry (1803-1883) en Charles-Frédéric Rau (1803-1877), twee professoren voor Napoleontisch civielrecht uit Straatsburg, wel degelijk gesteld dat de vrije beroepen onder de *locatio-conductio* ressorteerden en niet als lastgeving konden gekwalificeerd worden. In een editie verschenen na de publicatie van Troplongs commentaar op de *Code civil* nuanceerden deze auteurs weliswaar hun visie. Ze gaven toe dat ze in eerdere edities te ver gegaan waren door te stellen dat ook hogere diensten zoals kunst en wetenschap onder de *locatio operarum* vielen. Niettemin

(47) Een beknopte samenvatting van Duvergiers nieuwe interpretatie is te vinden in het *Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1850, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, vol. 9, (Parijs: Bureau du Palais, 1850), 235-236, nr. 6: 'Cette doctrine, qui fait dériver la nature du contrat de la dignité la plus ou moins grande du travail, n'est pas celle de M. Duvergier (l. 4, n. 207 et suiv.), qui soutient que le mandat se différencie du louage d'ouvrage en ce que le mandataire agit au nom du mandant, tandis que le locateur agit en son nom personnel; en sorte que, pour savoir s'il y a eu mandat ou louage d'ouvrage, il faut se demander si celui par qui la chose a été faite a agi en son nom, a usé de sa capacité personnelle, ou bien s'il a agi au nom de l'autre et avec le pouvoir que celui-ci lui a conféré; selon la réponse, on décidera, dit M. Duvergier, qu'il y a louage d'ouvrage ou mandat – voy. K.S. Zachariae von Lingenthal, t. 3, 34.'

(48) *Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1850*, 236, nr. 7: 'De là M. Duvergier conclut que le médecin, l'avocat, le professeur, etc., sont des locateurs d'ouvrage, et qu'il en est de même du notaire chargé de faire la liquidation d'une succession (...), tandis que l'agent d'affaires auquel on confie l'administration de ses biens, l'avoué que l'on constitue dans un procès sont des mandataires.'

(49) K.S. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Handbuch des französischen Zivilrechts* (Heidelberg: Mohr & Zimmer, 1808), § 198, 314: 'Über die Verjährung der Klage auf Dienst- und Arbeitslohn, vgl. Art. 2271 ff. – Der C.N. handelt nicht besonders von demjenigen Verträge, dessen Gegenstand operae liberales sind.'

hielden ze aan hun standpunt vast dat deze beroepen daarom nog niet automatisch tot het *mandatum* moesten gerekend worden.(50)

30. ADVOCaat VERHUURT DIENSTEN TEGEN PRIJS. – Voor wat de Belgische context betreft, valt op dat de Gentse hoogleraar François Laurent (1810-1887) in zijn *Principes de droit civil* de nieuwe leerstelling van Duvergier hardnekkig verdedigde. De advocaat verhuurt net zoals de arts of de hoogleraar zijn diensten tegen een prijs.(51) Laurent geeft weliswaar toe dat de kwestie controversieel is, en dat Troplong zich terecht op het gezag van de Romeinsrechtelijke traditie kan beroepen. Maar hij is van mening dat de *Code civil* een breuk vormt met de opvattingen van Justinianus.(52) Art. 1986 van de *Code civil* vermeldt inderdaad dat lastgeving om niet geschiedt, tenzij het tegendeel bedongen is.(53)

31. GRATUÏTEIT IRRELEVANT. – De gratuïteit van de dienst verstrekt door de advocaat is dus geen criterium meer om deze dienst als een *mandatum* te bestempelen. Een lastgeving is een contract tot het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 1984). Laurent stelt dat de *Code civil* het verschil tussen *honorarium* en *merces* niet meer kent: alle werk wordt verricht

(50) C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae* (Parijs: Cosse, derde uitgave, 1856), vol. 3, 370, § 371bis: 'Nous croyons devoir rétracter sur ce point spécial, et ce par les motifs déjà indiqués au § 344, texte et notes 1 à 4, l'opinion émise dans nos premières éditions (...). D'un autre côté, tout en refusant à la promesse dont il est question au texte le caractère de louage de service, nous ne pouvons pas davantage y voir un mandat.'

(51) F. LAURENT, *Principes de droit civil* (Parijs-Brussel, Bruylant-Durand, 1877), vol. 27, nr. 333, 375: 'Ce que nous disons du notaire s'applique à toutes les professions libérales. Le médecin qui me traite n'est pas mon mandataire, car il ne me représente en rien, il me loue ses services; l'avocat qui plaide pour moi n'est pas mon mandataire, car il ne me représente pas en justice; c'est l'avouée qui me représente et qui est mon mandataire; l'avocat, comme le médecin, loue ses services. Il en est de même du précepteur qui dirige l'instruction et l'éducation de mes enfants, il ne me représente pas, quoiqu'il fasse ce que moi je pourrais ou devrais faire; c'est lui qui agit, et en son nom, ce n'est pas moi qui agis par son ministère.'

(52) LAURENT, *Principes de droit civil*, 376, nr. 334: 'Nous avons dit bien des fois que la tradition doit être consultée pour interpréter le code lorsque le législateur l'a consacrée; mais il va de soi que la tradition est sans valeur aucune quand la loi nouvelle déroge à l'ancien droit. Or, il suffit d'ouvrir le code civil pour se convaincre que la théorie romaine n'est plus celle de notre droit moderne.'

(53) Bemerkt dat ondertussen het vermoeden van een stilzwijgende bezoldigingsovereenkomst geldt in geval van een beroepsmatige lasthebber; cf. B. TILLEMANS, *Lastgeving* (Antwerpen: Story Scientia, 1997), 102, nr. 186-189 en P. WÉRY, *Le droit des contrats: Le mandat* (Brussel: Larcier, 2000), 211, nr. 168.

met het oog op het verdienen van een salaris.(54) Het onderscheid tussen intellectuele en manuele arbeid vindt hij belachelijk.(55)

32. KRITIEK OP ROMEINSE RECHT. – Laurent bestempelt het Romeinse recht als bijgeloof.(56) Bovendien vraagt Laurent zich sarcastisch af hoe Troplong door een salaris een 'honorarium' te noemen en een verhuur een 'mandaat' het materialisme hoopt tegen te houden?(57)

33. MANDAAT GEEN VRIENDENDIENST. – De genadeslag voor Troplongs naïeve opvattingen over het mandaat deelt Henri De Page (1894-1969) uit in zijn *Traité élémentaire de droit civil belge*. Aangemoedigd door François Laurent stelt ook de Page dat de traditionele opvatting over het mandaat een betreuwenswaardig anachronisme is. Hoewel hij begrip toont voor het verschil in sociale context waardoor het Romeinse recht tot het beginsel van de gratuïteit van het *mandatum* kon besluiten, stelt hij zich ernstige vragen bij de opvatting van het mandaat als een vriendendienst. Volgens de Page werpt art. 1986 BW ons vijftiende eeuw terug in de geschiedenis door de betaling van de mandataris als de uitzondering op een beginsel van kosteloosheid te formuleren.(58)

34. ADVOCaat IS AANNEMER. – Evenzeer betreurt De Page de verwarring die het Romeinse recht gezaaid heeft inzake de juridische kwalificatie van de vrije beroepen. Bij gebrek aan het stellen van een rechtshandeling voor rekening van zijn cliënt is volgens de Page de advocaat in de eerste plaats

(54) LAURENT, *Principes de droit civil*, 377, nr. 334: 'Le code ignore le mot d'honoraires, il ne se trouve pas au titre du Mandat. Si les mots ont changé, les idées ont aussi éprouvé une modification profonde. (...) Tout travail, quel qu'il soit, mérite un salaire: donc ce n'est pas le salaire qui peut distinguer celui qui loue ses services pour un prix, et celui qui accepte un mandat salarié.'

(55) LAURENT, *Principes de droit civil*, 381, nr. 337: 'Rien n'est plus faux que la prétendue distinction spiritualiste entre le travail mécanique et le travail intellectuel; il n'y a pas de travail purement mécanique, sauf celui des machines, et l'homme n'est pas une machine; il est un être pensant, et il met son intelligence dans tout ce qu'il fait.'

(56) LAURENT, *Principes de droit civil*, 378, nr. 335.

(57) LAURENT, *Principes de droit civil*, 381, nr. 337: 'Mais croit-il que l'on empêchera le matérialisme d'envahir les esprits, en appelant mandat ce qui est un contrat de louage, et honoraire ce qui est un salaire?'

(58) H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge* (Brussel: Bruylant, 1941), vol. 5, l. 4, part. 2, tit. 10, ch. 1, sect. 1, 356 (vervolg van voetnoot 2 ad nr. 359): 'L'article 1986 nous ramène vingt-cinq siècles en arrière. Il est indéfendable, à notre époque, tant dans son principe que dans les conséquences que la jurisprudence en a tirées.'

een aannemer.(59) Hij neemt de advocaat uitdrukkelijk niet op onder de lasthebbers.(60) Voor de Page is deze kwalificatie ook daarom onprobleematisch, omdat de aanneming en de verhuur van diensten zonder meer intellectuele prestaties omvatten.(61) De Romeinen kwalificeerden de advocaat als een mandataris, omdat de aanneming voorbehouden was voor slaafse arbeid, maar die tijden zijn voorbij.(62)

III. De Romeinsrechtelijke traditie in oudheid, middeleeuwen en vroegmoderne tijd

35. ROMEINS RECHT ALS REFERENTIEPUNT. – Uit de besproken werken van onder andere Mollet, Picard, Troplong, Duvergier, Laurent en De Page blijkt dat in de negentiende en twintigste eeuwse discussie over de juridische aard van de verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt het Romeinse recht – of althans een bepaalde voorstelling daarvan – als een constant referentiepunt dienst deed. In de volgende paragrafen willen we dan ook de Romeinsrechtelijke traditie over *mandatum* en *locatio-conductio* onder de loep nemen. Daarbij is het minder belangrijk om het oorspronkelijke Romeinse recht rond lastgeving (*mandatum*) en huur-verhuur (*locatio-conductio*) op het

(59) DE PAGE, DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 359, nr. 361: 'En réalité, cette conception extensive du mandat en ce qui concerne les professions libérales remonte au droit romain, où elle reposait sur un préjugé social. À notre époque, où le travail humain a reconquis toute sa dignité, il est devenu inutile de recourir à la conception extensive du mandat, et il est temps que cesse ce qui n'est, en réalité, qu'un véritable anachronisme. Toutes les professions libérales dans lesquelles la mission de celui qui accomplit un travail n'est pas d'ordre exclusivement juridique, et fait au nom de la partie qui prend l'initiative du contrat, donnent lieu à des contrats d'entreprise (ou, les cas échéant, des louages de travail), et non des mandats.'

(60) DE PAGE, DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 362, nr. 362, lit. b: 'Par contre, ne sont pas mandataires (à moins qu'ils ne soient chargés de l'accomplissement d'un acte juridique déterminé), les avocats, les médecins, les architectes (...).'

(61) DE PAGE, DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 354, nr. 355: 'Étant donné d'ailleurs que le louage de travail ou d'industrie n'exclut plus, de nos jours, l'élément intellectuel, il n'y a plus aucune raison de maintenir la gratuité du mandat comme principe. Tout louage d'ouvrage peut être rémunéré, et le mandat n'est, lato sensu, qu'une forme du louage d'ouvrage. Il n'exclut donc pas, de soi, la rémunération.'

(62) DE PAGE, DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 852, nr. 840: 'Doit-il encore en être de même de nos jours? Nullement. Même en faisant abstraction du fait que l'idée de mandat est, en soi, inadéquate, la réhabilitation du travail humain emporte cette conséquence que la prestation du travail intellectuel n'est plus à aucun point de vue incompatible avec la notion du louage d'ouvrage.'

spoor te komen dan de receptie en perceptie van dit Romeinse recht gedurende de middeleeuwen en de vroegmoderne tijd.(63)

36. GEÏNTERPRETEERD ROMEINS RECHT IN MIDDELEEUEWEN EN VROEGMODERNE TIJD. – Het is deze op verschillende wijzen gerecipieerde en geïnterpreteerde vorm van Romeins recht die het uitgangspunt vormde voor de discussies in het werk van de hoger vermelde Franse en Belgische auteurs. Daarom zullen we in het vervolg niet alleen aandacht moeten besteden aan de teksten uit het *Corpus iuris civilis* (529-534) van de Romeinse keizer Justinianus, maar ook aan de middeleeuwse glossen en commentaren op deze ongemeen invloedrijke tekstfragmenten. In de tweede sectie illustreren we aan de hand van de Leuvense jurist Wamesius hoe de Romeinsrechtelijke theorie in de vroegmoderne praktijk creatief gebruikt werd door een advocaat-raadsman in een concrete rechtszaak. Daarbij zal blijken dat de praktijkjuristen uit het ancien régime veel flexibeler omgingen met de kwalificatie van de diensten geleverd door de advocaat dan de Romeinsrechtelijke theorie, zeker in haar negentiende eeuwse interpretatie, doet vermoeden. Ten slotte staan we stil bij het historische onderscheid tussen enerzijds de advocaat, die optrad als raadsman, en de procesvertegenwoordiger, die, zoals de naam het zegt, de cliënt in rechte vertegenwoordigde. Daarvoor gaan we te rade bij Joost de Damhouder, een vroegmoderne jurist uit de Lage Landen wiens werk in heel Europa bekend was.

A. DE ADVOCAAAT TUSSEN LASTGEVING (*MANDATUM*) EN AANNEMING (*LOCATIO-CONDUCTIO*) IN DE LANGE ROMEINSRECHTELIJKE TRADITIE

37. GRATUÏTEIT ALS ONDERSCHIEDINGSCRITERIUM IN ROMEINS RECHT. – Haar niet-geldelijk karakter is volgens de traditie het meest kenmerkende aspect van de Romeinsrechtelijke lastgeving (*mandatum*). Deze idee wordt nog hardnekkig verdedigd in de achttiende eeuw door Robert-Joseph Pothier.(64) Een mandaat kan niet uitdrukkelijk tegen geld verricht worden, omdat het als een vriendendienst opgevat wordt. Tegelijkertijd bepaalt het kosteloze

(63) Wie toch inzicht wil verkrijgen in wat historici als het 'echte' antieke systeem van rechtsbescherming door advocaten beschouwen, kan terecht bij J.A. CROOK, *Legal advocacy in the Roman world* (Ithaca N.Y.: Duckworth, 1995) of J.A. BRUNDAGE, *Medieval origins of the legal profession. Canonists, civilians and courts* (Chicago: Chicago University Press, 2008), 9-45. Het is echter maar de vraag of het methodologisch mogelijk is om 'het' Romeinse recht op het spoor te komen, zie L. WAELEKENS, "Le droit romain antique: un produit de l'interprétation des Temps Modernes", in: X., *L'interprétation du droit, Actes des Journées internationales d'histoire du droit, Besançon 30 mai-2 juin 2013* (Besançon: Presses Universitaires de Franche-Comté) (in druk). De auteur bedankt collega Waelkens voor het ter beschikking stellen van zijn manuscript.

(64) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, chap. 1, sect. 1, nr. 3, uitgegeven in A. DUPIN, *Œuvres de Pothier*, Parijs: Béchot, 1824, vol. 4, 208: 'Ce contrat est de la classe des contrats de bienfaisance. Il se fait ordinairement pour le seul intérêt du mandant. Le mandataire n'a ordinairement aucun intérêt à l'affaire qui fait l'objet du contrat: en se chargeant, par le contrat, de cette affaire, il ne fait qu'un office d'ami, et il rend un service gratuit au mandant.'

karakter van het *mandatum* de grens met *locatio-conductio*. Er zijn tekstfragmenten die dit duidelijk stellen.(65) Als voorbeeld kan D. 17,1,1,4 gelden:(66) ‘Tenzij het gratis verricht wordt, is een mandaat nietig, want het vindt zijn oorsprong in dienstplicht en vriendschap. Een loon is het tegenoverstelde van dienstplicht. Van zodra geld in het spel is, gaat het eerder om een verhouding van huur-verhuur.’ Even verderop in dezelfde Digestentitel wordt gesteld dat ‘je krachtens die titel geen winst mag maken, aangezien een mandaat gratis moet zijn’ (D. 17,1,36,1).(67) In de Instituten vindt men dezelfde regel (Inst. 3,26,13).

38. GLOSSEN BENADRUKKEN GRATIS KARAKTER MANDAAT. – De middeleeuwse glosse op D. 17,1,1,4 benadrukt dat de aanwezigheid van een geldelijke tegenprestatie de scheidingslijn tussen lastgeving en huur-verhuur vormt.(68) De vroegmoderne glosse op deze middeleeuwse glosse bevestigt dat nog eens: ‘Er is sprake van een verhuur van zodra geld tussenkomt in een handeling die anders gewoonlijk om niet gesteld wordt.’(69) Deze stelling werd een gemeenplaats in de Romeinsrechtelijke traditie van de late middeleeuwen tot de vroegmoderne tijd.(70)

39. ERELOON – SALARIS – LOON. – Als tegenprestatie voor hogere diensten kon volgens het Romeinse recht wel een ereloon (*honorarium*) of salaris (*salarium*) aanvaard worden, maar geen loon (*merces*).⁽⁷¹⁾ De hoogte van

(65) Niettemin blijft de kwestie op grond van andersluidende teksten (D. 17,1,6pr.; D. 17,1,7; D. 17,1,26,8; C. 4,35,1) omstreden. Voor een status quaestionis, zie A. WATSON, *Contract of mandate in Roman law* (Oxford: Oxford University Press, 1984 [=1961]), 102-124. Alfons Bürge probeert de schijnbaar afwijkende teksten met het basisprincipe van de gratuititeit te verzoenen in: “Salarium und ähnliche Leistungsentgelte beim mandatum”, in: D. NÖRR, S. NISHIMURA (eds.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht* (Berlijn: Springer, 1993), 319-338.

(66) D. 17,1,1,4 in *Corporis Iustinianei Digestum vetus* (ed. Gothofredi), tom. 1, col. 1628: ‘Mandatum, nisi gratuitum, nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces. Interveniente enim pecunia res ad locationem et conductioem potius respicit.’

(67) D. 17,1,36,1 in *Corporis Iustinianei Digestum vetus* (ed. Gothofredi), tom. 1, col. 1662: ‘(...) sed nec lucrum tibi ex hac causa acquirere debes: cum mandatum gratuitum esse debeat.’

(68) Gl. *potius* ad D. 17,1,1,4 in *Corporis Iustinianei Digestum vetus* (ed. Gothofredi), tom. 1, cols. 1628-1629: ‘Et regulariter est hoc, quia quodcumque contractus gratuitus fieri debet, interveniente pecunia est locatio.’

(69) Gl. *regulariter* ad gl. *potius* ad D. 17,1,1,4 in *Corporis Iustinianei Digestum vetus* (ed. Gothofredi), tom. 1, col. 1628: ‘Locatio est ubi intervenit pecunia in actu qui alias gratuito fieri solet.’

(70) Zie b.v. GIOVANNI BATTISTA DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae* (Napels: Laurenti 1758), lib. 7, part. 4, disc. 19, 375: ‘Si accedat conventio super mercede, tunc actus immutet naturam, ac transeat in contractum locationis et conductionis.’

(71) Het concept ‘honorarium’ staat in nauw verband met ‘honor’, dit wil zeggen eer. Over het belang van eer als maatschappijstructurend element bij de Romeinen, zie het hoofdstuk “Honos – honores – cursus honorum: Die Hierarchisierung der Antike”, 395-407 in: H. BECK, *Karriere und Hierarchie. Die römische Aristokratie und die Anfänge des cursus honorum in der mittleren Republik*, [Klio, Beiträge zur Alten Geschichte, Beihefte, Neue Folge, 10] (Berlijn: Akademie Verlag, 2005).

het ereloon of salaris was aan regels onderworpen. Zo bepaalt D. 50,13,1,10 dat de rechter weliswaar een vordering tot betaling van het ereloon kan toekennen naargelang de vaardigheden van de advocaat, het type rechtszaak, de gebruiken in de rechtbank en de omvang van de zaak, maar dat er grenzen zijn die exorbitante *honoraria* uitsluiten.⁽⁷²⁾

40. AFDWINGBAARHEID ERELOON EN SALARIS? – In navolging van de vroegmoderne glosse op D. 50,13,1,10 bevestigen de meeste auteurs dat de lokale gebruiken in de rechtbank de doorslag geven bij de beoordeling van het salaris.⁽⁷³⁾ In elk geval werd het recht van de advocaat op zijn salaris erkend, zoals ook blijkt uit het praktijkgerichte werk van Paul van Christijnen (Christinaeus) (1553-1631).⁽⁷⁴⁾ Christinaeus beweert zelfs dat een advocaat die een te laag salaris vraagt niet serieus genomen wordt.⁽⁷⁵⁾ Reeds in de middeleeuwse periode van het *ius commune* was het blijkbaar gebruikelijk dat de advocaat en de cliënt een soort overeenkomst sloten waarin het *salarium* van de advocaat vastgelegd werd. Zo gaf Baldus de Ubaldis (1327-1400) aan dat er drie redenen waren waarom de rechter op grond van het *officium iudicis* het ereloon kon toekennen: 1) de belofte van de cliënt (*promissio hominis*) oftewel een blote afspraak (*pactum nudum*); 2) een goede beleidsreden (*iusta ratio et hominis legisque providentia*); 3) een wetsbepaling (*provisio legalis*).⁽⁷⁶⁾ Het *officium iudicis* bleef ook voor latere auteurs het procedurele middel bij uitstek om een ereloon in rechte te vorderen.⁽⁷⁷⁾

41. ONDERSCHIED ROMEINSE EN MODERNE LASTGEVING. – Welke diensten waren in het Romeinse recht het voorwerp van een lastgeving? Meestal ging het voor de Romeinen bij *mandatum* om een lasthebber die met een derde een contract aangaat om een boerderij te kopen, een slaaf te verkopen of geld te lenen. Daardoor werd tussen de derde en de lastgever geen band gecreëerd, zodat de lastgever niet aangesproken kon worden door de derde

(72) D. 50,13,1,10 in *Corporis Iustinianaei Digestum novum*, tom. 3, col. 1788: ‘In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii in quo erat acturus aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur.’

(73) Glossa *fori consuetudine* ad D. 50,13,1,10 in *Corporis Iustinianaei Digestum novum*, tom. 3, col. 1788: ‘Stylus et consuetudo pro lege haberi debent et observari.’

(74) Over Christinaeus, die bekend staat voor zijn geannoteerde rechtspraakoverzichten van de Grote Raad van Mechelen en de Raad van Brabant, zie b.v. A. WIJFFELS, “Van Paul van Christijnen (1631) tot Jean-Alphonse de Coloma (1739), Rechters en advocaten bij de Grote Raad van Mechelen tegen de achtergrond van de zeventiende-eeuwse Europese rechtsontwikkeling”, 9. *De Zeventiende Eeuw* 1993, 10-12.

(75) P. CHRISTINAEUUS, *Practicae quaestiones resque in supremis belgarum curiis iudicatae observataeque* (Antwerpen: Verdussen 1633), tom. 5, tit. 62, decis. 170, p. 325, nr. 5: ‘advocatus pro modico salario advocans vilis et contemptibilis habeatur’.

(76) B. DE UBALDIS, *Commentaria in quartum et quintum Codicis libros*, Lyon 1585, ad C. 4,3,1, f. 13v, nr. 5.

(77) B.v. CHRISTINAEUUS, *Practicae quaestiones*, tom. 5, tit. 62, decis. 170, p. 325, nr. 9.

of omgekeerd.(78) Zo valt meteen op dat de Romeinse lastgeving niet met de moderne lastgeving samenvalt.(79) Het eigene van de lastgeving in de Napoleontische traditie bestaat in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de lasthebber, zodat hij/zij direct in naam en voor rekening van de lastgever kan optreden (art. 1984, lid 1 BW).

42. ROMEINS MANDAAT OOK ZONDER VERTEGENWOORDIGINGSBEVOEGDHEID. – Die bevoegdheid tot vertegenwoordiging was echter geen essentieel kenmerk van het Romeinse *mandatum*. Meer zelfs, er zijn nauwelijks gevallen in het *Corpus Iustinianum* die wijzen op een lastgeving met rechtstreekse vertegenwoordiging en vaak komt überhaupt geen derde in het verhaal voor. Zo kon iemand belast worden met de opdracht om kledij schoon te maken of schoenen te vervaardigen. Indien deze opdracht in ruil voor geld werd vervuld, was sprake van *locatio-conductio*, maar indien de prestatie om niet geleverd werd, van *mandatum*.(80)

43. MANDAAT HOGERE VRIENDENDIENST. – Het *mandatum* wordt traditioneel beschouwd als een nobel contract dat in de sfeer van de hogere Romeinse klassen gesitueerd moet worden.(81) D. 17,1,1,4 suggereert dat ze haar oorsprong in vriendendiensten vindt.(82) *Locatio-conductio* brengt men eerder met lagere diensten in verbinding. Dit blijkt uit een fragment over een landmeter (*agrimensor*) dat stelt dat het beneden de waardigheid van het beroep zou zijn, mocht men tegen een landmeter een gewone *actio ex locato et conducto* kunnen stellen.(83) Een landmeter kan weliswaar vergoed worden voor zijn diensten, maar dan met een *honorarium*, niet met een loon (*merces*), zodat van *locatio-conductio* geen sprake kan zijn.

44. ROMEINSE ADVOCaat GEEN MANDATARIS EN GEEN AANNEMER? – De middel-eeuwse glosse voegt aan D. 11,6,1,1 toe dat de redenering inzake de land-

(78) WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, 79.

(79) Vgl. S. GIEBELS-DEINERT, *Anwaltshaftung und andere Folgen der Pflichtverletzung von Prozessvertretern im 18. und 19. Jahrhundert*, [Studien zur Rechtswissenschaft, 84] (Berlijn: Wiss.-Verlag, 2007), 70.

(80) Gaius, *Institutiones*, 3,162, ook geciteerd in WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, 78.

(81) N. GALABOFF, “Die sozioethischen Aspekte des römischen *mandatum* – eine Betrachtung im Recht und in der Philosophie”, 2. *Journal on European History of Law* 2012, 33-39.

(82) WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, 17-23; I. KROPFENBERG, “Amicitia und Römisches Delegations- und Auftragsrecht”, 126. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 2009, 284-304.

(83) D. 11,6,1,1 in *Corporis Iustinianaei Digestum vetus*, tom. 1, col. 1215: ‘Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit, a quo falli nos non oportet. Nam interest nostra, ne fallamur in modi renutiatio: si forte vel de finibus contentio sit, vel emptor scire velit, vel venditor, cuiusmodi ager veneat? Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse; sed magis operam beneficii loco praebere: et id, quod datur, ei ad remunerandum dari: et inde honorarium appellari. Si autem ex locato et conducto fuerit actum; dicendum erit, nec tenere intentionem.’

meter a fortiori voor de advocaat geldt.(84) Of daaruit volgt dat de ‘vrije beroepen’ (*professions libérales*) door de Romeinen juridisch als *mandatum* gekwalificeerd werden, zoals bijvoorbeeld Troplong en De Page beweren, is echter een andere vraag. Rechtshistorici zoals Alan Watson betwijfelen dat.(85) Veeleer waren deze diensten noch *mandatum* noch *locatio-conductio*.(86) Volgens de lectuur van Watson heeft Mollet het dus bij het rechte eind, althans voor wat het ‘oorspronkelijke’ Romeinse recht betreft.

45. ADVOCaat MANDATARIS VOLGENS FRANSE TRADITIE. – Niettemin vinden we in de Romeinsrechtelijke traditie uitdrukkelijk het standpunt terug als zou de advocatuur een *mandatum* zijn. Vooral de Franse rechtsleer leek sterk aan het idee van de advocaat-cliëntverhouding als mandaat vast te houden. Zo stelt de Franse jurist Pierre Grégoire (c. 1540-1597), alias Tholosanus, dat de advocaat geen verhuurder van diensten is, maar zijn plicht vervult als een vriend en zodoende een mandaat aangaat.(87) Ook Robert-Joseph Pothier houdt aan de kwalificatie van de advocaat als mandataris vast.(88) Troplong haalde de mosterd voor zijn fervent betoog over het nobele karakter van de advocatuur overigens grotendeels bij Pothier.

46. ADVOCATUUR ALS AANNEMING (LOCATIO-CONDUCTIO)? – Ondanks de recentere interpretaties is het dus eenvoudiger om te zeggen hoe de advocatuur lange tijd niet gekwalificeerd werd, namelijk als *locatio-conductio* (D. 19,2), dan of ze al dan niet onder het *mandatum* viel. Toch moet ook dit genuanceerd worden in het licht van de complexiteit van het vraagstuk. Zo plaatst Odofredus (gest. 1265) de advocatuur wel onder de *locatio operarum*.(89) In de vroege zeventiende eeuw benadrukt een jurist uit onze streken zoals

(84) Glossa *honorarium* ad D. 11,6,1,1 in *Corporis Iustinianaei Digestum vetus*, tom. 1, col. 1215: ‘Quod ius in advocato multo magis dicitur: utpote cum multo dignius est eius officium. Sunt ergo facta quaedam quae non dicuntur locari, ut dictum est (...)’

(85) WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, 10.

(86) WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, 99-101. Hij redeneert dat anders gevallen in de teksten zouden moeten voorkomen waarin een *actio mandati* tegen een advocaat wordt gericht of waarin de advocaat een *actio mandati contraria* instelt. Watson zelf steunt zijn redenering op A. BERNARD, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique* (Parijs: Loviton, 1935), 102-104.

(87) P. GRÉGOIRE, *Syntagma iuris universi* (Venetië 1593: Zenariis), part. 3, lib. 49, cap. 8, 822, nr. 1: ‘Isti qui a privatorum inserviunt commodis, ab iisdem messem colligunt, non nomine quidem mercedis, quia non dicuntur locare operas, sed sub amici specie praestare officium et mandatum suscipere, quod gratuitum dicitur, quanquam remunerandi gratia honor interveniat postea.’

(88) POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, chap. 1, sect. 1, art. 3, nr. 23, 220: ‘Quoique je promette à cet avocat le Thesaurus de Meerman, le contrat, qui intervient entre nous, n’en est pas moins un contrat de mandat, parce que ce que je lui promets n’est pas le prix de la défense de ma cause dont il se charge.’

(89) F. RANIERI, “Dienstleistungsverträge, Rechtsgeschichte und die Italienische Erfahrung”, in: R. ZIMMERMANN (ed.), *Service contracts* (Tübingen: Mohr, 2010), 11.

Christinaeus enerzijds het *officium nobile* van de advocaat, maar anderzijds kwalificeert hij zijn dienstverlening als een *locatio-conductio*.⁽⁹⁰⁾

47. ZEKER HOGERE DIENST. – De *communis opinio* lijkt alvast dat er overeenkomstig de Romeinse traditie drie categorieën van dienstverlening en werk bestonden, en dat de advocatuur tot de beroepen met de hoogste status behoorde.⁽⁹¹⁾ De meeste arbeid werd verricht door slaven en viel buiten de contractuele categorieën. Aan de andere kant van het spectrum vinden we de hogere bezigheden, zoals het verstrekken van hoger onderwijs en rechtsadvies – het statuut van de arts was minder duidelijk.⁽⁹²⁾ Zoals Bartolus a Saxoferrato (1313-1357) noteert, behoort de advocatuur in feite niet tot de *operae*, maar tot de klasse van het *otium* en *honor*.⁽⁹³⁾ De diensten van de advocaat werden dan ook regelmatig met het meer verhevene begrip *officium* in plaats van *operae* aangeduid.⁽⁹⁴⁾ Zo is een handschrift van Jacopo Balduini (gest. 1235) uit het begin van de dertiende eeuw bewaard met als titel *Laudabile advocatorum officium*.⁽⁹⁵⁾

48. VOORWERP ROMEINSE AANNEMING. – De huur-verhuur of aanneming was oorspronkelijk vooral van toepassing op werk geleverd door vrijgelaten slaven (D. 38,1 en C. 6,3). In de middeleeuwse traditie werd het arbeids- en dienstenrecht vooral in commentaren op deze titels over de *operae libertorum* ontwikkeld. Zo onderscheidde Azo rond 1200 *artes obsequiales* en

(90) CHRISTINAEUS, *Practicae quaestiones*, tom. 5, tit. 62, decis. 169, 323, nr. 4 jo. nr. 14: 'Advocatorum enim munus honorabile est et reipublicae necessarium. (...) Quandoque etiam iudicatum fuit tam in supremo Mechliensi quam Brabantiae consilio expensas enim in conducendis advocatis et procuratoribus factas victus reficere debet.'

(91) J. RÜCKERT, "Vor § 611 BGB, Die Regelungsprobleme und Lösungen seit Rom im Überblick", in: J. RÜCKERT, M. SCHMOECKEL, F. SCHÄFER, R. ZIMMERMANN (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Tübingen: Mohr, 2013), vol. 3.1, 700-822.

(92) K. VISKY, *Geistige Arbeit und die 'Artes Liberales' in den Quellen des römischen Rechts* (Budapest: Kiadó, 1977), 149; H. LAUSBERG, *Handbuch zur literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft* (Stuttgart: Franz Steiner, 1960), 33-35; M. BELLOMO, *Il doppio medioevo*, [Ius nostrum, 38] (Rome: Viella, 2011), 152.

(93) B. DE SAXOFERRATO, *Commentaria in Digestum vetus* (Venetië: Iuntas, 1585), f. 199r.: 'in istis, qui exhibent operas suas quae consistunt in artificio vel in aliqua arte liberali vel scientia, non dicitur locatio vel conductio, sed magis dicitur praebere opera beneficii causa.'

(94) W. LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii* (Krakau, Wydawn. Uniwers. Jagiellonskiego, 1999), 180-181.

(95) L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudicarius: Begriff und Literaturgattung*, [Ius Commune, Sonderhefte, 19], (Frankfurt am Main: Klostermann, 1984), 147-148. Balduini was ook de auteur van een *Libellus instructionis advocatorum*, uitgegeven en besproken in N. SARTI, *Un giurista tra Azzone e Accursio: Iacopo di Balduino (... 1210-1235) e il suo Libellus instructionis advocatorum*, [Publicazioni del Seminario Giuridico della Università di Bologna, 137], (Milan: Giuffrè, 1990).

artes fabriles of *artificiales*.⁽⁹⁶⁾ Deze categorieën waren invloedrijk.⁽⁹⁷⁾ Ter illustratie: kardinaal Domenico Tuschi (1535-1620) geeft als voorbeeld van een *opera obsequialis* de huisvrouw die het bed opmaakt, en van een *opera fabrilis* het bakken van brood.⁽⁹⁸⁾ Duidelijk niet het werk van advocaten.

49. GEEN ONDERSCHIED VERHUUR WERK EN DIENSTEN. – Een duidelijk onderscheid tussen de huur-verhuur van werk (*opus*) en diensten (*operae*) was er in de Romeinse en de middeleeuwse rechtswetenschap niet.⁽⁹⁹⁾ Zoals verderop duidelijk zal worden, is de precieze onderscheiding van de verhuur van werk en de verhuur van diensten hoofdzakelijk een verworvenheid van de negentiende eeuwse rechtswetenschap. *Locatio-conductio* leek voor middeleeuwse juristen zoals Bartolus een eenheid te vormen, waarbij de *conductor* degene was die een prijs betaalde, en de *locator* degene die als tegenprestatie inspanningen of een genotsrecht leverde.⁽¹⁰⁰⁾

B. DE ADVOCAAAT MAAKT HANDIG GEBRUIK VAN DE ONZEKERE KWALIFICATIE VAN ZIJN DIENSTVERLENING: EEN PRAKTIJKVOORBEELD UIT ANTWERPEN (16^{DE} EEUW)

50. THEORETISCHE KWALIFICATIE ONZEKER. – Krachtens het Romeinse recht was het dus ongepast om de dienstverlening van de advocaat als een vorm van aanneming (*locatio-conductio*) te kwalificeren en de tegenprestatie als meer te beschouwen dan een kosteloos *honorarium* of een eerbaar *salarium* – in ieder geval geen loon (*merces*). Niettemin waren er stemmen die beweerden dat de dienstverlening van de advocaat als *locatio-conductio* kon gekwalificeerd worden in het geval dat de advocaat zich liet betalen.

(96) RÜCKERT, "Vor § 611 BGB", in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, nr. 29.

(97) Zie b.v. de vroegmoderne glosse *opera* ad D. 38,1,1 in *Corporis Iustinianaei Infortiatum*, tom. 2, col. 1914: 'Opera artificialis vel fabrilis diurnum est officium: obsequialis minus intervallum habet.'

Voor een bespreking van het onderscheid dat de glossatoren en commentatoren maakten tussen *operae obsequiales* en *operae artificiales*, zie BELLOMO, *Il doppio medioevo*, 145-147.

Bemerk dat RÜCKERT, "Vor § 611 BGB", in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, nr. 29 onterecht suggereert dat *operae artificiales* en *operae fabriles* aparte categorieën waren.

(98) D. TUSCHI, *Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentes*, (Frankfurt am Main: Ruland, 1621), tom. 5, concl. 147, 630: 'Operas obsequiales tenetur uxor praestare marito, sed non operas fabriles et artificii, puta pistorias. (...) Extende, quia tenetur etiam obsequiales praestare haeredibus mariti, donec stat in domo et recipit alimentata (...). Et dicuntur operae obsequiales, prout facere lectum, gubernare domum, coquinam, et similia facere. (...) Item servire filiis in vestiendo, quorum educatio iure naturali ad matrem spectat; item intra triennium praebere lac vivente marito, si non esset dedecus (...) et etiam mortuo marito tenetur ad lactandum per triennium (...). Fabriles vero operae, seu artificiales dicuntur texere, suere, filare, vel alias laborare in aliquo artificio, et istae operae non sunt obsequiales et illas praestans, etiam si extraneus, compensat in alimentis receptis secundum aequalitatem. (...) Alimentandus quando teneatur ad operas ad favorem eius, qui praestat alimentata.'

(99) RANIERI, "Dienstleistungsverträge", in: ZIMMERMANN (ed.), *Service contracts*, 4.

(100) RANIERI, "Dienstleistungsverträge", in: ZIMMERMANN (ed.), *Service contracts*, 6.

Zoals uit het voorgaande is gebleken, was het zeker in de late middeleeuwen en vroegmoderne tijd niet ongebruikelijk om de advocaat als een aannemer te bestempelen. De vraag is dan ook tot welke effecten deze onzekere theoretische kwalificatie in de praktijk leidde. Daarom willen we nu ingaan op een concrete vordering tot betaling van een ereloon die door een advocaat voor de Antwerpse rechtbank ingesteld werd.

51. CASUS INVORDERING ERELOON. – Het gaat om een casus uit het midden van de zestiende eeuw die ons bekend is dankzij de praktische rechtsverzameling van de Luikse jurist Jean de Wames (Wamesius) (1524-1590), één van de coryfeeën uit de geschiedenis van de Leuvense rechtsfaculteit.(101) De consultatie formuleert de eis als volgt: meester Nicolaus Amerens vordert van Franciscus de Velati, zijn cliënt, de betaling van 333 pond en vier sous groten Vlaams, d.w.z. in totaal 79 968 groten Vlaams, op grond van de arbeid, toewijding en bedrijvigheid die hij geleverd heeft en de vermeende belofte van de cliënt om hem 1 pond per dag te betalen bovenop de kosten voor administratie, onderhoud, transport, en de erelonen van bijkomende advocaten en procesvertegenwoordigers.(102) Blijkbaar was dit een hallucinant bedrag, aangezien wettelijk was vastgelegd dat de advocaat per zaak niet meer dan 100 gulden mocht opstrijken, wat overeenkomt met ongeveer 16 pond groten Vlaams.(103) De advocaat vorderde dus waarschijnlijk meer dan het twintigvoudige van het wettelijke maximum. Wamesius acht de vordering op het eerste gezicht dan ook kansloos.

52. ADVOCATUUR OP ZICH GEEN AANNEMING. – Hoe wanhopig de eis van meester Amerens ook lijkt, toch levert Wamesius uiteindelijk een voor hem gunstig advies af. Wamesius' spitsvondige argumentatie berust op de conservatieve voorstelling dat de diensten van de advocaat en de diensten

(101) De rijkdom van Wamesius' oeuvre als bron voor onze kennis van de vroegmoderne rechtspraktijk is welbekend; zie b.v. A. WIJFFELS, "La pratique du droit commercial dans l'oeuvre d'un professeur louvaniste", in: X., *Liber amicorum Guy Horsmans* (Brussel: Bruylant, 2004), 1151-1175, en A. WIJFFELS, "Une consultation de Wamèse sur une question de droit fiscal", in: X., *Liber amicorum Jacques Malherbe* (Brussel: Bruylant, 2006), 1169-1194. Voor de band van Wamesius met de Leuvense rechtsfaculteit, zie B. TILLEMANS, F. STEVENS, L. WAELKENS, *Geschiedenis van de Leuvense rechtsfaculteit*, (Brugge: die Keure, 2014), 73-74.

(102) J. WAMESIUS, *Responsa sive consilia ad ius forumque civile pertinentia* (Antwerpen: Aertssens, 1651), centuria 3, cons. 80^{pr.}, 231: 'In causa quam coram magistratu Antverpiensi contra Franciscum de Velati instituit M. Nicolaus Amerens ad exactionem et solutionem 333 librarum quatuor solidorum grossorum monetæ Flandriae, ratione impensi laboris, sollicitationis, ac industriae, improbabilem primo conspectu facere videtur actoris intentionem summae petitaе magnitudo, cum iure expresso sit cautum, l. 1, par. in honorariis cum 2. seqq. de variis et extraordin. cognit. [D. 50,13,1,10 e.v.] neque ex officio iudicis, neque ex conventionem permissum esse advocato exigere ultra centum aureos in singulis causis: quasi haec sit legis taxatio quam excedere non liceat (...), sic quod frustra susceptus videri possit labor, qui utrimque susceptus est circa probationem promissionis unius librae grossorum in singulos dies ultra expensas, victus, itineris, ac salaria advocatorum et procuratorum.'

(103) Deze muntberekening is gebaseerd op data ontleend aan <http://www.familiekunde-vlaanderen.be/oude-muntstelsels> (bezoekt op 11 juli 2013).

geleverd binnen een huur-verhuur van werk radicaal verschillen in aard (*locatio ab advocacione distat*). De juridische titel op basis waarvan meester Amerens de tegenprestatie eist, is dan ook niet zijn dienstverlening als advocaat, maar wel een verhuur van werk.(104) Iedereen heeft het recht om diensten in de vorm van huur-verhuur aan te bieden, aldus de handige Wamesius. De verloning hangt dan volledig af van de overeenkomst bij gebrek aan wettelijke regeling.(105)

53. IN CASU ONMOGELIJK DIENSTVERLENING ALS ADVOCAAAT SENSU STRICTO. – Volgens Wamesius wijzen de concrete omstandigheden van de zaak erop dat meester Amerens zijn diensten überhaupt niet kon aanbieden in de hoedanigheid van advocaat.(106) Hij bepleitte de zaak van Franciscus de Velati namelijk niet in Antwerpen, maar in Engeland voor de High Court of Admiralty.(107) Inderdaad ging het om een zaak waarbij zijn cliënt een proces voerde tegen Wilhelmus Hanskeyns en companen, die voor de Engelse kust een schip gekaapt hadden met de koopwaar van Franciscus de Velati aan boord. Om voor de High Court of Admiralty als advocaat te kunnen pleiten, moest men daar op het tableau ingeschreven zijn. Meester Amerens had de zaak van zijn cliënt weliswaar behartigd, maar hij had niet officieel als advocaat kunnen optreden.

54. GEMEENRECHTELIJKE REGELS LOON AANNEMER VAN TOEPASSING. – Door de kwalificatie van meester Amerens' diensten als aanneming (*locatio operarum*) kan Wamesius de strenge regels over advocatenhonoraria uit D. 50,13,1,10 buiten toepassing verklaren. Hij argumenteert bovendien dat deze aanneming veel arbeidsintensiever was dan de dienst verricht door een advocaat. Zo verleent een advocaat zijn advies normaal gezien aan

(104) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 1, 231: '(...) rei veritas est actorem advocacionis postulationisque nomine non exigere hanc pecuniam, sed locati laboris, qui advocacionis modum excedit.'

(105) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 2, 231: 'Quin enim quis operas suas locare possit, dubitationem non habet (...). Et cum a lege modus mercedis operae locatae nullus sit praescriptus ex conventionem partium finis mercedis constituendus est, quantacunque sit illius taxatio: operarum autem locationem ab advocacione distare ac pro diversis reputari constat (...).'

(106) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 3, 231: 'Cum itaque ex actis manifestum est actorem non advocacionis operam suscepisse, et in eam de libra diurna ultra expensas pactum non esse, imo suscipere non potuisse ut reus allegat, ex eo quod in Anglia et praesertim in curia Admiralitatis, nisi matriculati et iurati advocati et procuratores causis patrocinari possint; sed suscepisse sollicitationem, procuracionem ac directionem negotii, quod actori erat adversus Wilhelmum Hanskeyns et eius socios, propter occupatam atque in Angliam adductam navem in qua merces rei erant, impertinens est et rei propositae minime conveniens allegatio taxationis, quam lex super honorario advocacionis facit: d. par. in honorariis, in suscepta etenim et locata actoris opera longe plus continetur.'

(107) Over de High Court of Admiralty, zie J. BAKER, *The Oxford history of the laws of England, Volume 6: 1483-1558* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 209-215. De werking van deze buitengewone rechtbank sloot eerder bij de continentale, Romeinsrechtelijke traditie aan dan de *common law*, en ze was bevoegd voor onder meer piraterij en maritieme geschillen, vooral met handelaars uit den vreemde.

huis en verricht hij louter intellectuele arbeid, terwijl meester Amerens ook nog de fysieke inspanning had geleverd om helemaal naar Engeland te reizen.(108) Daarbij was voor een buitenlander het 'chilling effect' van de Engelse rechtbank, die bovendien quasi van militaire aard was, niet te onderschatten.(109) De reizen maakten er de opdracht van meester Amerens ook niet comfortabeler op.(110) Kortom, zelfs voor meer geld had geen enkele andere advocaat Franciscus de Velati willen bijstaan. Het risico was bijzonder groot om in Engeland tegen een Engelse burger, die bovendien familiale banden had met de admiraal, het proces te verliezen.(111)

55. RECHT OP (ERE)LOON ONGEACHT KWALIFICATIE. – In het licht van al deze verzwarende omstandigheden, zo argumenteert Wamesius, kan zelfs volgens de regels van het advocatenhonorarium de geëiste vergoeding bezwaarlijk als exorbitant beschouwd worden. De wet laat op grond van dergelijke omstandigheden afwijkingen van de wettelijke maxima toe.(112) Alsof dit argument nog niet volstaat, citeert Wamesius de autoriteit van Baldus om te betogen dat het ereloon van de advocaat in feite toch berekend moet worden zoals het loon voor diensten verricht in een aanneming (*salaria advocatorum redacta ad instar locantium operas*).(113) Inderdaad was dit de opinie van Baldus, al verzettede hij zich tegen een uitdrukkelijke kwalificatie van de advocaat als verhuurder van diensten en sprak hij liever van een *salarium* dan van een loon.(114) Doch ongeacht of men de overeenkomst als

(108) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 4, 231: 'Advocati namque officium in postulando tantum consistit, et domesticam sedentariamque operam, ingeniiue industriam tantum requirit, ita quod suscepto patrocinio non facile cogatur exire sedes suas ad aliam provinciam.'

(109) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 5, 232: 'Laboris quidem quod causa procuranda fuerit in curia admiralitatis in qua extra ordinem ius dici solet et quae militaris magi quam civiles iudicii faciem habet, idque apud eos iudices qui in faciliorem causae exitum Francisci Velati optabant, et qui in mala causa Francisci lucrum facturi erant, praedae et direptioni seu commissio subiectis mercibus.'

(110) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 6, 232: 'Molestiae modum auget, quod actor extra patriam et longe ab ea in alieno eoque multum barbaro omnes extraneos odio prosequente populo causam alienam agere ac sollicitare debuerit.'

(111) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 6, 232: 'Periculique modum adauget quod Wilhelmus director navis adversarius in illa causa familiae Admiralli Angliae ascriptus terrorem ac metum actori incutere debuit aut saltem propositi laboris extremam difficultatem inferre.'

(112) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nrs. 7-9, 232.

(113) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 9, 232: 'Ideoque ex Cyno refert Baldus in l. 1, num. 3, in fin, C. de suffrag. [C. 4,3,1] salaria advocatorum redacta esse ad instar quorumcumque locantium operas suas. Sic quod sibi in proposito imputare debeat reus, cur tantae summae promissionem fecerit, sine qua constat actorem perseveranter ac pertinaciter noluisse hoc mandatum suscipere aut operas locare vel exhibere.'

(114) B. DE UBALDIS, *Commentaria in quartum et quintum Codicis libros* (Lyon, 1585), ad C. 4,3,1, f. 13v, nrs. 6-8: 'Sed dubitatur quare non agitur ex locato, cum advocati locent operas? Respondeo officium advocationis est publicum autoritate et est necessarium (...). Et ideo non cadit sub locatione, nec etiam cadit sub contractu innominato: facio ut des vel do ut facias, quia ratione publici officii non est omnino voluntarium officium (...). Cynus repraeahendit glossam et dicit quod olim advocati habebant salarium de publico, hodie non, et ideo sunt redacti ad instar quorumcumque locantium operas suas.'

mandatum, locatio of nog anders wil kwalificeren, in casu moet Franciscus de Velati de toekenning van de hoge tegenprestatie volgens Wamesius aan zichzelf wijten en zijn belofte nakomen. De enige kwestie die overblijft, betreft het bewijs in feite van de overeenkomst.(115)

C. DE ADVOCaat-RAADSMAN EN DE PROCESVERTEGENWOORDIGER: TWEE APARTE DIENSTVERLENERS IN HET ANCIEN RÉGIME

56. ONDERSCHIED RAADSMAN EN PLEITBEZORGER IN ROMANO-CANONIEK PROCESRECHT. – Traditioneel waren procesvertegenwoordiging en het verlenen van juridisch advies uitgesplitst over respectievelijk de pleitbezorger en de advocaat. Dat was een dualistische erfenis uit het Romano-canonieke procesrecht, dat we in de volgende sectie belichten aan de hand van het werk van Joost de Damhouder (1507-1581), een van de meest invloedrijke juristen uit de Lage Landen.(116) Als reactie tegen het *ancien régime* schaften de Franse revolutionairen de pleitbezorgers en advocaten weliswaar af, maar na de Belgische onafhankelijkheid konden beide groepen geleidelijk aan hun autonomie herwinnen.(117) De functie van de pleitbezorgers werd niettemin al gauw in vraag gesteld, onder meer omdat zij in vergelijking met de advocaten veel lager geschoold waren. Uiteindelijk duurde het tot 1967 vooraleer de laatste wettelijke basis voor het beroep onderuitgehaald werd.

57. ADVOCaat OF PROCURATOR. – Om de procesvertegenwoordiger van de juridische adviesverlener te onderscheiden, spreekt men in het Latijnse *ius commune* van de *procurator*, enerzijds, en de *advocatus*, anderzijds.(118) Joost de Damhouder noteert in zijn *Praxis rerum civilium*, zo goed als een

(115) WAMESIUS, *Responsa sive consilia*, centuria 3, cons. 80, nr. 10, 232: 'Cum igitur iustitia conventionis aut promissionis sufficienter deducta sit, de dolo facto inquirendum est; hoc est de probatione promissae et addictae librae diurnae ultra expensas.'

(116) LITIEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß*, 156-185; G. BUCHDA, A. CORDÉS, "Anwalt" in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, (Berlijn: Schmidt, tweede uitgave, 2008), kol. 255-263. Volgens laatstgenoemde auteurs vervaagde het dualistische systeem in de Duitse gebieden na de officiële invoering in 1495 vrij snel en ging het in de 18^{de} eeuw definitief verloren (kol. 257). Deze these lijkt bevestiging te vinden in A. BAUMANN, *Advokaten und Prokuratoren. Anwälte am Reichskammergericht (1690-1806)* (Keulen: Böhlau, 2006). Het beeld is iets genuanceerder op basis van P. NORDLOH, *Kölner Zunfiprozesse vor dem Reichskammergericht*, [Rechtshistorische Reihe, 370] (Frankfurt am Main: Lang, 2008), 63-64.

(117) G. MARTYN, "Evoluties en revoluties in de Belgische advocatuur", in: D. HEIRBAUT, X. ROUSSEAU, K. VELLE, *Politieke en sociale geschiedenis van justitie in België van 1830 tot heden* (Brugge: Die Keure, 2004), 227-255.

(118) Voor meer toelichting bij het functionele onderscheid tussen raadslui en procesvertegenwoordigers in het Romano-canonieke procesrecht, zie BRUNDAGE, *Medieval origins of the legal profession*, 344-370. Met dit historische onderscheid in de middeleeuwen en vroegmoderne tijden moet ook rekening gehouden worden bij de interpretatie van rechtsiconografische werken uit die tijd; cf. G. MARTYN, "Waarom de dorpsadvocaat van Brueghel eigenlijk een stadsprocureur is", in: *Geschiedenis van de advocatuur in de Lage Landen* (hoger vn. 9), 111-114.

Latijnse vertaling van Filips Wielants (ca. 1441-1520) *Practycke Civile*, dat de ambten van raadsman en procesvertegenwoordiger niet met elkaar verenigbaar zijn (*nemo simul advocatus et procurator*).⁽¹¹⁹⁾ Overigens vermeldden reeds de vroegste procesrechtelijke traktaten uit de elfde-twaalfde eeuw dat procesvertegenwoordiging door een *procurator* slechts mogelijk was in civiele zaken, niet in strafrechtelijke.⁽¹²⁰⁾ Vrijwel iedereen kon optreden als *procurator*, zolang hij bekwaam was om een *mandatum* aan te gaan met de lastgever.⁽¹²¹⁾

58. DE PROCURATOR ALS AANNEMER? – In het licht van zijn juridische kwalificatie als lasthebber zou men kunnen verwachten dat de procesvertegenwoordiger zijn diensten gratis moest verstrekken. Dat beweerden ook enkele laat-middeleeuwse rechtsgeleerden zoals de canonist Tancredus (1185-1236). Toch liet de civilist Roffredus (ca. 1170-1244) al duidelijk verstaan dat de lasthebber in de praktijk een *salarium* opstreek.⁽¹²²⁾ Het zal dan ook weinig verwondering wekken dat de dienst van de procesvertegenwoordiger (*procurator*) vaak als een *locatio* bestempeld werd, al beschikte hij in feite over een ‘mandaat ad litem’.⁽¹²³⁾

59. DIENSTOMSCHRIJVING PROCURATOR. – In zijn *Praxis rerum civilium* gaat Damhouder uitgebreid in op de rol van de *procurator*. Wat de burgerlijke procedure in de vroegmoderne Nederlanden betreft, behoorde zowel persoonlijke verschijning als procesvertegenwoordiging tot de mogelijkheden.⁽¹²⁴⁾ In algemene termen definieert Damhouder de *procurator* als een bestuurder (*administrator*) die van de zaakwaarnemer slechts verschilt op grond van zijn contractueel mandaat.⁽¹²⁵⁾ De *mandataris* ‘ad litem’ in het bijzonder definieert hij als een lasthebber die de rechtsoverdracht instelt en

(119) J. DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium* (Antwerpen: Beller, 1567), cap. 96, 183, nr. 7: ‘Nullus item procurator, advocatus esse potest, sicut nec contra. Quia nemo potest simul esse et advocatus et procurator.’

(120) LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß*, 162-163.

(121) LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß*, 165-166.

(122) LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß*, 173.

(123) BELLOMO, *Il doppio medioevo*, 151.

(124) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 84, 163, nr. 1: ‘In civilibus causis utralibet partium, nempe tam actor quam reus, potest sese praesentare in iudiciis per se (ut dictum est) aut per procuratorem.’

(125) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 85, 164, nrs. 1-2: ‘Omnes administratores in causis alienis dicuntur procuratores, procurator enim est nomen generale ad quemlibet administratorem (...). Et nulla est alia differentia aut discrimen inter procuratorem et negotiorum gestorem sive administratorem, quam quod procurator non ex se sed ex mandato domini sui causam administret (...).’

opvolgt tot de uitspraak van het vonnis.⁽¹²⁶⁾ In tegenstelling tot de *mandataris* ‘ad negotia’ kan de *procurator ad litem* zich niet laten vervangen door een ander of zijn taak delegeren tenzij na de aanhangigmaking voor de rechter (*litiscontestatio*), omdat hij tot dat ogenblik niet de meester van het geding is.⁽¹²⁷⁾ Een pleitbezorger moet net zoals de raadsman zijn mandaat kunnen voorleggen, anders stelt hij zich aan het risico bloot om zelf tot het vonnis en de kosten veroordeeld te worden.⁽¹²⁸⁾ Het belang van dit principe werd ook onderstreept door de Friese rechtsgeleerde Jacob Bouricius (1544-1622) in zijn deontologische traktaat *Advocatus*.⁽¹²⁹⁾ Dit heeft onder meer te maken met de nieuwe interpretatie van het adagium ‘nul ne plaide par procureur’.

60. NIEUWE INTERPRETATIE ‘NUL NE PLAIDE PAR PROCUREUR’. – Het stijgende belang van de procesvertegenwoordiging onder invloed van het Romano-canonieke procesrecht ontcrachtte het vroegmiddeleeuwse beginsel dat niemand zich voor een rechter kan laten vertegenwoordigen (*nul ne plaide par procureur*).⁽¹³⁰⁾ De *leges barbarorum* uit het eerste millenium verboden inderdaad de vertegenwoordiging in rechte.⁽¹³¹⁾ Tijdens de Frankische periode werd geëist dat de partijen persoonlijk verschenen, te meer daar een aantal bewijsprocedures, zoals het godsoordeel en het duel, de fysieke aanwezigheid van de partijen vereisten. Damhouder wijst er in de voetsporen van

(126) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 85, 164-165, nrs. 3-4: ‘Procuratores ad lites sive ad negotia (sic!) assumuntur ad occupandum in iudicio, ad iudicium (vulgo) processum prosequendum et instruendum et ad iudicium sive sententiam super illo expectandum. (...) Est praeterea differentia inter istas duas species procuratorum, quia procuratori ad lites sive ad iudicia non licet substituere alios procuratores nisi post litem contestatam. Nam prius is procurator non censetur esse magister causae.’

(127) Over de *litiscontestatio*, zie R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, (Leiden: Brill, 1994), 293-294, nr. 436.

(128) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 95, 181, nr. 3: ‘Verum id [sc. sine procuratorio si pro aliis praesentare] nullis advocatis, nullis causidicis, aut procuratoribus, nullisque patronis aliis permissum est, nempe ut se in iudiciis pro aliis sistant, et occupent sine debito procuratorio. Attamen si id tentare vellent, ii tunc non tantum cavere deberent de rato, verumetiam deberent de rato verumetiam deberent se obligare ad solvendum iudicanda.’

(129) J. BOURICIUS, *Advocatus* (Leuven, 1643), vertaald van het Latijn door J. NAUWELAERS met een inleiding en opmerkingen (Brussel: Bruylant, 1942), chap. 10, 56-57: ‘Toutefois, ils s’assurèrent avant tout d’un mandat régulier, dûment écrit; faute de mandat, si le client n’est pas de bonne foi, ils pourraient se trouver grandement embarrassés et engager leur responsabilité. Cela est arrivé jadis à l’un des premiers avocats de ce Conseil, homme savant et plein d’esprit.’

(130) G. MÉTAIRIE, *La justice de proximité: une approche historique* (Parijs: Presses Universitaires, 2004), 74-77; J.-P. ROYER e.a. (eds.), *Histoire de la justice en France du XVIIIe siècle à nos jours* (Parijs: Presses Universitaires, 2010), 142, nr. 72.

(131) Al kende men in de “Dietse” gebieden wel het fenomeen van de “Fürsprecher” en “Voorsprekers”; cf. J. NAUWELAERS, *Histoire des avocats au Conseil souverain de Brabant* (Brussel: Bruylant, 1947), vol. 1, 20; B. KANNOWSKI, “Die Ritter der Gerichte an der Schwelle von mündlicher zu schriftlicher Rechtskultur”, in: X., *Anwälte und ihre Geschichte. Zum 140. Gründungsjahr des Deutschen Anwaltvereins* (Tübingen: Mohr, 2011), 9; P. OESTMANN, “Der vergessliche Fürsprecher. Fallstudie zur spätmittelalterlichen Gerichtsbarkeit”, in: U. FALK, M. SCHMOECKEL, M. LUMINATI (eds.), *Fälle aus der Rechtsgeschichte* (München: C.H. Beck, 2008), 147-163.

Wielant nadrukkelijk op dat het vroegmiddeleeuwse verbod op procesvertegenwoordiging ten laatste met de verordening van Tours uit 1483 definitief afgeschaft werd.⁽¹³²⁾ Ondanks de invoering van het Romano-canonieke procesrecht bleef het adagium 'nul ne plaide par procureur' echter bestaan, al kreeg het doorheen de tijd een andere invulling. Zo werd het in het moderne recht geïnterpreteerd als een vormvoorschrift: in het belang van de tegenpartij moet de vertegenwoordiger van een procespartij de identiteit van de vertegenwoordigde bij elke proceshandeling en in elk stuk duidelijk kenbaar maken.⁽¹³³⁾ Nu vertegenwoordiging *qualitate qua* aanvaard wordt, in beginsel zonder dat de identiteit van de vertegenwoordigde materiële procespartij nog hoeft vermeld te worden, geldt het adagium in het hedendaagse procesrecht niet meer.⁽¹³⁴⁾

61. VERSTAND ZIT BIJ DE ADVOCaat. – De procesrechtelijke traktaten en de geleerde literatuur uit het *ius commune* besteedden uiteraard niet alleen aandacht aan de procesvertegenwoordiger (*procurator*), maar ook aan de advocaat (*advocatus*). De advocaat was de eigenlijke juridische adviseur en hield soms ook de mondelinge pleidooien. De eerder vermelde Franse jurist Pierre Grégoire vat de taak van de advocaat mooi samen: hij is het verstand, de raadgevende instantie en de mond van de procesvertegenwoordigers (*mens, consilium atque os cognitorum*).⁽¹³⁵⁾ Toch was in de praktijk de scheidingslijn tussen advocaat en pleitbezorger niet altijd even duidelijk. Blijkbaar werd ook de advocaat in de praktijk met een *salarium* beloond voor zijn diensten, zoals hoger reeds aangegeven werd en ook verderop nog ter sprake komt.

62. ADVOCaat ALS RAADSMAN. – Het is in elk geval betekenisvol dat Damhouder de advocaat in één adem met de adviseurs in het algemeen (*consiliarii*) noemt.⁽¹³⁶⁾ In de Romano-canonieke traditie is de advocaat in hoofdzaak een adviseur. De procesvertegenwoordiging ligt in principe bij

(132) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 84, 163, nr. 4: 'In Francia in Parlamento olim non admiserunt, ut actor in iudiciis compareret per procuratorem, nisi ad hoc speciales haberet literas graciae ab ipso Rege. (...) Sed illa institutio postea abrogata, revocata et extincta fuit (...).'

De tekst van Wielant wordt besproken in B.H.D. HERMESDORF, *Licht en schaduw in de advocatuur der Lage Landen, Historische studie* (Leiden: Brill, 1951), 30-35.

(133) I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging* (Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005), 58, nr. 74.

(134) SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 60-61, nr. 76.

(135) P. GRÉGOIRE, *Syntagma iuris universi*, part. 3, lib. 49, cap. 6, nr. 1, 815.

(136) J. DE DAMHOUDER, *Enchiridion parium aut similibus utriusque iuris ordine alphabetico* (Antwerpen: Beller, 1568), 7: 'Advocatus autem et consiliarios iura et ipsa ratio aequiparant militibus stipendiariis, patriamque periculum caput strenue defendentibus, l. Advocati, C. de advoca. diverso. iudic. (...) Quia advocati ambiguae quaeque facta causarum suis consiliis dirimunt, prudentiaque et suis defensionis viribus, in rebus tum publicis, tum privatis, saepe prudenter lapsa erigunt, fatigata reparant, atque ideo non minus humano generi provident, quam si praeliis strenuisque factis ac propriis vulneribus, suoque sanguine patriam parentesque servarent.'

de pleitbezorger. Overigens benadrukt Damhouder dat de cliënt zijn *procurator* een rechtsgeldig *mandatum* moet verlenen opdat zijn vordering in de rechtbank ontvankelijk zou zijn. In zijn *Praxis rerum civilium* vermeldt hij de formaliteiten waaraan het mandaat moet voldoen.⁽¹³⁷⁾ Wie de vormvoorschriften verwaarloost, verschijnt niet rechtsgeldig voor de rechter en maakt zich schuldig aan 'contempt of court' (*contumacia*).⁽¹³⁸⁾

63. ADVOCaat GELEERDE JURIST MET PRAKTIJKERVARING. – In de ogen van Damhouder is de advocaat een soort pleiter (*postulans*) die de verdediging van zijn cliënt op zich neemt. In tegenstelling tot de pleitbezorger in eigenlijke zin is de advocaat echter meer met de inhoudelijke kant van de procesvoering bezig: hij bereidt op grond van juridische literatuur, wetsteksten en logica een gedegen juridische argumentatie voor en brengt die mondeling voor de rechtbank.⁽¹³⁹⁾ Volgens Damhouder maakt praktijkervaring en niet theoretische scholing de advocaat tot een meester in zijn vak. Hij haalt fel uit naar de jonge bollebozen die voor de Raad van Vlaanderen of de Grote Raad van Mechelen komen pleiten zonder enige notie van de eigen stijl van procederen voor die rechtbanken (*stylus fori*).⁽¹⁴⁰⁾

64. ADVOCaat VEREDELDE MILITAIR. – De advocaat werd niet alleen aangeduid met de term *advocatus*, maar ook met begrippen als *patronus, caudidicus, orator, rhetor, togatus* en zelfs *miles*.⁽¹⁴¹⁾ De vergelijking tussen de advocaat en de soldaat (*miles*) gaat terug op Justinianus (C. 2,8,2). Het werd een topos onder de glossatoren en is nog voorwerp van debat in het *Enchiridion* van Damhouder.⁽¹⁴²⁾ De gelijkenis tussen de soldaat en de advocaat ziet Damhouder daarin dat beide een onontbeerlijke rol spelen in

(137) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 87, 167, nr. 1: 'Omnia procuratoria continent communiter sex (=6) puncta, scilicet, nomen constituentis, nomina constitutorum, nomen iudicis, nomen tabellionis aut eius notarii, qui procuratorium recipit et conficit, et ad quas causas procuratorium constituatur literis mandat. Item obligatorium ad solvendum aut adimplendum iudicanda, et postremo constitutionis diem.'

(138) DE DAMHOUDER, *Enchiridion*, s.v. "comparere non legitime", 35: 'Sic, non comparere, et minus legitime sive inidonee comparere, paria sunt. (...) Unde quoque paria sunt, procuratorem non habere mandatum, vel absque mandato comparere et habere mandatum illegitimum. Quocirca, nisi procurator comparens a domino suo mandatum habeat legitimum aut sufficiens, dominus qui illum sic constituit et misit eo ipso consetur contumax.'

(139) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 96, 182, nr. 1: 'Advocati in iure vocantur postulantes. Nam postulare in iure est alicuius ius et legitimam causam expressis demonstrationibus ostendere, firmis rationibus, autoritatibus comprobare et statutis legibus in iudicio coram iudice tueri et defendere, quod omnium advocatorum debet esse proprium.'

(140) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 96, 182, nr. 2: 'Nam quamvis saepenumero tales iuvenes sint docti et iurisprudentia plurimum valeant, stylum tamen fori, experientiam, et praxim nondum sunt consecuti, ac procedendi modum non satis tenent, quem quotidiana observatione et usu paulatim tandem assequuntur.'

(141) LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß*, 177.

(142) Voor een bespreking van de parallellen die door de middeleeuwse juristen getrokken werden tussen *militia* en *scientia iuris*, zie S. MENZINGER, "Verso la costruzione di un diritto pubblico cittadino", in: E. CONTE, S. MENZINGER, *La Summa Trium Librorum di Rolando da Lucca (1195-1234). Fisco, politica, scientia iuris*, [Ricerche dell'Istituto Storico Germanico di Roma, 8] (Rome: Viella, 2012), cxxx-cxxxii.

het bewaren van de vrede in de gemeenschap. Hij deinst er evenwel niet voor terug om het fundamentele onderscheid in waardigheid en zeden van de twee beroepsgroepen te onderstrepen.(143)

65. DEONTOLOGIE TER BESCHERMING WAARDIGHEID ADVOCATUUR. – De voorname houding van de advocaat laat toe om zijn dienstverlening te onderscheiden van dat van de soldaat, de kok of de kapper. Daarom ontwikkelde Damhouder reeds een deontologie ‘avant la lettre’ ter vrijwaring van het nobele karakter van de dienst verstrekt door de advocaat-raadsman. Zijn plichtenleer berust op vier pijlers.(144) Ten eerste moet de advocaat een goed inzicht hebben in de zaak, zodat hij als ‘eerste rechter’ kan optreden en een manifest ongegronde zaak dadelijk afwijzen. Vervolgens moet de advocaat welsprekend zijn. Ten derde is zijn vergoeding gebonden aan de grenzen van de redelijkheid en eerbaarheid. Ten slotte mag hij geen *pactum de quota litis* sluiten. Bovendien moet de advocaat bij het pleiten de feiten bondig en waarachtig voorstellen en het recht juist citeren.(145)

66. AFDWINGBAARHEID LOON ADVOCaat IN VROEGMODERNE NEDERLANDEN – Damhouder vermeldt dat de advocaten recht hebben op een wettelijk loon (*merces*) krachtens de statuten van de Grote Raad van Mechelen, de hoogste rechtbank in onze streken sedert het einde van de vijftiende eeuw.(146) Sedert de middeleeuwse canonistiek zag men in de discretionaire bevoegdheid van de rechter, meer bepaald zijn *officium iudicis*, het middel om die geldelijke tegenprestatie af te dwingen.(147)

IV. De opwaardering en herbestemming van de Romeinse aanneming in de negentiende eeuw

67. KWALIFICATIE DIENST ADVOCaat ALS AANNEMING ZET ZICH DOOR IN NEGENTIENDE EEUW – Zoals uit de bespreking van de Franse en Belgische rechtsleer

(143) DE DAMHOUDER, *Enchiridion*, 7, s.v. “advocatus et miles”, 8: ‘Caeterum quae hic de advocatis et consiliariis iure ac ratione militibus stipendiariis equiparandis dixi ea solum modo intelligenda sunt in iis quae ad protectionem ac defensionem patriae faciunt. In genere enim, atque in universum, vel in omnibus, consiliarios et advocatos conferre cum militibus aut cum militum vivendi ratione et moribus, id nemo cordatus unquam concesserit. Horum enim mores, vivendi ratio, fides, studia, et moriendi terminus, tam ab ipsorum moribus et vita dissidet, ut id nulla probatione indigeat: quum id communi quotidianaque experientia conspiciamus.’

(144) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 96, 183-184, nrs. 12-15.

(145) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 96, 184, nrs. 16-18.

(146) DE DAMHOUDER, *Praxis rerum civilium*, cap. 96, 184, nr. 14. Over de plaats van de Grote Raad van Mechelen in het gerechtelijke landschap van de vroegmoderne tijd, zie meest recentelijk de synthese van C.H. VAN RHEE, “De Lage Landen tot 1800”, in: A.A. WIJFFELS, C.H. VAN RHEE (eds.), *Hoogste gerechtshoven in Europa. Een historisch portret* (Antwerpen-Apeldoorn: Maklu, 2013), 204-217.

(147) LITWESKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß*, 178 en 182-184.

is gebleken, stonden de traditionele juridische categorieën ter regeling van werk en diensten in de negentiende eeuw onder druk. Maatschappelijke evoluties leidden ertoe dat de bijzondere status van de advocatuur en haar nobele kwalificatie als mandaat of akkoord *sui generis* geleidelijk aan plaats moesten ruimen voor de idee dat alle werk tegen geld verricht wordt en dus een vorm van huur-verhuur of aanneming is. Duvergier, Laurent en De Page gingen volop in deze nieuwe gedachtegang mee. Troplong daarentegen schilderde deze evolutie af als een verderfelijke infectie door ‘materialistisch’ gedachtegoed. Hij schreef die nefaste invloed onder andere aan de Duitse rechtscultuur toe.

68. VERSPLINTERING VAN HET ROMEINSE REFERENTIEKADER. – In de negentiende eeuw ontstond een strijd om de begrippen en de taal die tot op de dag van vandaag tot spraakverwarring en ‘verkokering’ heeft geleid, met name inzake de regeling van de aanneming, of, beter gezegd, van de huur-verhuur van werk en diensten. De Romeinse *locatio-conductio* moest herdacht worden in functie van de nieuwe tijden. Op de herinterpretatie van het Romeinse *mandatum* werd hoger reeds gewezen: haar typische kenmerk was nu niet langer haar kosteloze karakter in tegenstelling tot de geldelijke natuur van de *locatio-conductio*. Wat lastgeving en aanneming van elkaar onderscheidde was voortaan het al dan niet bestaan van vertegenwoordigingsbevoegdheid.(148)

69. NATIONALISERING PRIVAATRECHT. – Verschillende nationale jurisdicties hebben als reactie op nieuwe maatschappelijke uitdagingen hun eigen begrippenapparaat ontwikkeld.(149) Men kan gemakkelijk sympathie opbrengen voor Chris Jansens verklaring dat de redacteuren van het deel over ‘service contracts’ in de Draft Common Frame of Reference (DCFR IV.C) *tabula rasa* moesten maken met de bestaande regels over aanneming en diensten in Europese jurisdicties om een geharmoniseerd ontwerp tot stand te kunnen brengen.(150) De negentiende eeuw luidde het einde in van de relatief homogene Romeinsrechtelijke categorieën.

(148) Zie hoger, randnummer 27.

(149) Voor wat de omwentelingen in België betreft, zie P. BRULEZ, “De bijdrage van het Europese recht tot de meergelaagdheid van het Belgische contractenrecht”, in: I. SAMOY, V. SAGAERT, E. TERRY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht* (Antwerpen-Cambridge: Intersentia, 2012), 563-564, nrs. 4-6. BRULEZ wijst erop dat de Belgische rechtspraak en rechtsleer in de negentiende eeuw in eerste instantie aan de evoluties tegemoet kwamen door het toepassingsgebied van de koopovereenkomst uit te breiden tot onlichamelijke goederen en dat van de aannemingsovereenkomst tot intellectuele diensten. Daarna ontstond de neiging om sectorspecifieke regelingen uit te werken als *leges speciales* ten opzichte van het gemene koop- en aannemingsrecht. De toegang tot het verstrekken van bepaalde diensten werd ook toenemend gecontroleerd onder de vorm van zgn. gereguleerde beroepen, die bovendien in staat werden gesteld om hun eigen deontologische codes op te stellen en dus in zekere mate aan zelfregulering te doen.

(150) C. JANSSEN, “Principles of European law on service contracts. Background, genesis and drafting method”, in: ZIMMERMANN (ed.), *Service contracts*, 47.

70. BELANG PANDEKTENWISSENSCHAFT VOOR HERKVALIFICATIE DIENSTEN. – Het zijn vooral de Duitse rechtsgeleerden die de Romeinse *locatio-conductio* herbestemd hebben opdat ze aan de nieuwe sociale realiteit zou kunnen tegemoet komen. Sedert de negentiende eeuw berustte het bestaan van quasi de volledige Duitse bevolking, de hoogste klassen inbegrepen, op vormen van dienstverlening.(151) Specialisatie en verfijning van de bestaande Romeinse *locatio*-regeling waren dus broodnodig.

71. DIENSTENOVEREENKOMST ÉÉN VAN DRIE SUBTYPES HUUR-VERHUUR. – Mede onder invloed van de pandektisten vond de anachronistische opvatting ingang dat de Romeinse aanneming of huur-verhuur in drie subvormen zou uiteengevallen zijn, met name de verhuur van een zaak (*locatio rei*), de verhuur van een werk (*locatio operis*) en de dienstovereenkomst (*locatio operarum*). De *locatio operis* werd uiteindelijk aangeduid als het *Werkvertrag*, de *locatio operarum* als het *Dienstvertrag*. Men voelde ook de nood aan historische antecedenten voor deze driedeling.

72. MYTHISCHE GRONDLEGGER TRIAS. – Op die manier werd Johannes Voet (1647-1713) tot de vader van de trias uitgeroepen. Doch in feite illustreert deze mythe niet veel meer dan de blijvende invloed van de negentiende eeuw op onze beeldvorming van de privaatrechtsgeschiedenis.(152) Om tegemoet te komen aan de concrete noden van hun tijd moesten de Duitse rechtswetenschappers juridische subvormen van huur-verhuur creëren, in het bijzonder het dienstencontract (*locatio operarum*). (153) Maar ze beseft-

(151) RÜCKERT, “Vor § 611 BGB”, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, nr. 50.

(152) Nochtans werd overtuigend aangetoond dat de Romeinen zelf de huur-verhuur als een fundamentele eenheid benaderden, zie b.v. F. WUBBE, “Opus selon la définition de Labéon (D. 50,16,1,5)”, 50, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1982, 242, vn. 8: ‘Le langage de nos sources montre clairement que leurs auteurs ont considéré la locatio-conductio comme une unité.’; R. FIORI, *La definizione della ‘locatio-conductio’*. *Giurisprudenza Romana e tradizione romanistica*, [Università di Roma ‘La Sapienza’, Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell’Oriente Mediterraneo, 76] (Napels: Jovene, 1999); G. DILCHER, “Arbeit zwischen Status und Kontrakt”, in: V. POSTEL, *Arbeit im Mittelalter. Vorstellungen und Wirklichkeiten* (Berlijn: Akademie Verlag, 2006), 107-131; A. TORRENT, “La polemica sobre la tricotomia ‘res’, ‘operae’, ‘opus’ y los origines de la ‘locatio-conductio’”, 4, *Teoria e storia del diritto privato* 2011, 1-51.

(153) Overigens werd hetzelfde Latijnse begrip door andere auteurs en in andere landen ook op andere manieren geïnterpreteerd. Zo leest DE PAGE *locatio operarum* als de verhuur van werkkraacht (*force de travail*); zie DE PAGE, DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge* (hoger vn. 57), 848, nr. 837. Zijn kritiek op het gebruik van de begrippen rond huur-verhuur in de Code civil verraden trouwens de onoverkomelijke begripsverwarring die sedert de negentiende eeuw op dit gebied heerst. Of men in het huidige Belgische recht van een huur van werk of huur van diensten spreekt, hangt af van het al dan niet aanwezig zijn van een ondergeschikt verband tussen de huurder en verhuurder. De huur van diensten, waarbij er onderschikking is tussen de werknemer-verhuurder en werkgever-huurder, heeft zich in feite verzelfstandigd tot de autonome figuur van de arbeidsovereenkomst; zie P. BRULEZ, “Het privaatrechtelijk onderscheid tussen goederen en diensten”, in: B. TILLEMANS, A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop roerende goederen* (Antwerpen-Cambridge: Intersentia, 2009), 8, nr. 17.

ten dat de moderne driedeling daarbij niet helemaal met de oorspronkelijke terminologie van het Romeinse recht overeenstemde.(154)

73. LOCATIO REI / LOCATIO OPERIS / LOCATIO OPERARUM. – Een uitstekende illustratie van deze anachronistische vorm van geschiedschrijving over *locatio-conductio* biedt het werk *Pandekten* (1884-1887) van Heinrich Dernburg (1829-1907). In zijn geschiedkundige inleiding over de types huur-verhuur onderscheidt hij expliciet: a) *Sachenmiete* (*locatio-conductio rei*); b) *Dienstmiete* (*locatio-conductio operarum*) en c) *Übernahme eines Unternehmens* (*locatio-conductio operis*). (155)

74. BGB MAATSTAF VOOR ROMEINSE HUUR-VERHUUR. – Een wellicht nog spreker voorbeeld van de onontkoombare verleiding tot *Hineininterpretierung* waaraan het werk van de Duitse Pandektisten onderhevig was, blijkt uit een opmerkelijke verandering in de derde, herwerkte versie van Otto Lenel (1849-1935) editie van het *Edictum perpetuum*. In de eerste editie uit 1883 ontbreekt elke verwijzing naar de *locatio operis* in zijn omschrijving van de *actio locati* in het *Edictum perpetuum*. (156) In de tweede editie verschijnt een verwijzing naar *locatio operis* – ongetwijfeld onder invloed van de driedeling van het huur-verhuur contract die in 1896 door het BGB als geldend recht ingevoerd was. (157) Lenel was niet ongevoelig voor de noden van zijn tijd. (158) In 1889 had hij nog een bijdrage in het *Archiv für die civilistische Praxis* gepubliceerd waarin hij de geschiedenis van de leer van de onvoorziene omstandigheden besprak, expliciet ‘met het oog op een ontwerp tekst voor het BGB’. (159)

75. SOCIALE VERONTWAARDIGING OVER PANDECTISTEN. – Niet alleen werd het dienstencontract door de pandektisten artificieel op de Romeinse Digestenteksten over huur-verhuur geënt. Om al even politieke beweegredenen

(154) B.V. P. LOTMAR, M. REHBINDER, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, [Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatenforchung, 82], (Berlijn: Duncker & Humblot, 2001 [=1902-1908]), 1784-1786.

(155) H. DERNBURG, *Pandekten* (Berlijn: Müller, 1886), Deel 2, 287, § 110 (*Die Arten der Miethverträge. Geschichtliche Einleitung*).

(156) O. LENEL, *Das edictum perpetuum: ein Versuch zu dessen Wiederherstellung* (Leipzig: Tauchnitz, 1883), 240: ‘Quod A^s A^s N^o N^o fundum (operas) q. d. a. locavit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N^m N^m A^o A^o c.s.n.p.a.’ Ook geciteerd in FIORI, *La definizione*, 313.

(157) O. LENEL, *Das edictum perpetuum: ein Versuch zu dessen Wiederherstellung* (Leipzig: Tauchnitz, derde uitgave, 1907), 290: ‘Quod A^s A^s N^o N^o fundum (opus faciendum, operas) q. d. a. locavit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N^m N^m A^o A^o c.s.n.p.a.’ Ook geciteerd in FIORI, *La definizione*, 313.

(158) Dit aspect van Lenel's werk zou in vergetelheid kunnen geraken nu hij opgevoerd wordt als een model voor de kritische rechtsgeschiedenis, cf. A. SCHIAVONE, *The invention of law in the West* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2012) [= vert. *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, 2005], 25.

(159) O. LENEL, “Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches)”, 74, *AcP* 1889, 213-239.

bestreden andere Duitse rechtsgeleerden precies dat het dienstencontract en andere vormen van tewerkstelling een genealogische verwantschap met de Romeinse *locatio-conductio* konden hebben. Wat deze juristen tot een kritische kijk op het anachronistische verhaal van de Pandectisten dreef, was hun verontwaardiging over het feit dat zoiets edels als de arbeidsverhouding kon teruggevoerd worden op het Romeinse *locatio-conductio* contract, dat de tewerkstelling van mensen van de lagere klassen betrof.

76. GERMAANSE WORTELS REGELING ARBEID EN DIENSTEN? – Volgens de Germanisten moest de geschiedenis van alle vormen van arbeidsverhouding gezocht worden buiten de Romeinsrechtelijke traditie, want die laatste was de juridische belichaming van verfoeilijke waarden zoals individualisme, materialisme en kapitalisme.⁽¹⁶⁰⁾ In plaats daarvan wilden zij aansluiting vinden met de sociaal voelende, ‘Germaanse’ rechtsgeschiedenis. Zo beweert Otto von Gierke (1841-1921) dat dienstencontractenrecht en arbeidsrecht hun wortels vinden in de ‘Gefolgschaft’, d.w.z. de volgelingen van een Germaanse krijger, en in het feodale leensysteem, niet in het Romeinse recht.⁽¹⁶¹⁾ Enkele decennia later hekelt een andere Germanist en één van de vaders van de historiografie van het arbeidsrecht, Wilhelm Ebel (1908-1980), de ‘verfoeilijke’ indeling van het dienstencontract als een *species* van de *locatio-conductio*.⁽¹⁶²⁾ Doch deze ‘Germanistische’ geschiedschrijving wordt nu verworpen.⁽¹⁶³⁾ Recent onderzoek legt ook het mythische gehalte van de ‘Germaanse rechtscultuur’ bloot.⁽¹⁶⁴⁾

77. NUANCERING TRIAS. – De driedeling van de Romeinsrechtelijke *locatio-conductio* is zelfs in de negentiende eeuwse, Duitse traditie slechts geleidelijk aan doorgedrongen. Zo stelt Bernhard Windscheid (1817-1892) in zijn handboek Romeins recht enkele decennia voor Dernburg in nog vrij traditionele bewoordingen dat het basisonderscheid in het Romeinse huurrecht dat tussen *Sachmiethe* (*locatio rei*) en *Dienstmiethe* (*locatio operarum*) is. Hij voegt daar echter al aan toe dat onder de huur van diensten een subvorm te

(160) J.Q. WHITMAN, “Long Live the Hatred of Roman Law!,” 2. *Rechtsgeschichte / Legal History* 2003, 45.

(161) O. VON GIERKE, “Die Wurzeln des Dienstvertrages”, in: W. PÖGGELER (ed.), *Otto von Gierke: Aufsätze und kleinere Monographien* (Hildesheim: 2001), vol. 2, 859 [oorspronkelijk verschenen in: *Festschrift für Heinrich Brunner*, 1914, p. 41].

(162) W. EBEL, *Quellen zur Geschichte des Deutschen Arbeitsrechts (bis 1849)*, [Quellensammlung zur Kulturgeschichte, 16] (Göttingen: 1964).

(163) TH. MAYER-MALY, “Elemente der Entwicklung des Arbeitsrechts”, in: X., *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto* (Firenze: 1977), vol. 3, 1321-1345; E.J. SCHRAGE, “Locatio-conductio”, in: R. FEENSTRA, R. ZIMMERMANN (eds.), *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, [Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 7], (Berlijn: Duncker & Humblot, 1992), 264.

(164) F. SCHÄFER, *Juristische Germanistik: Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, [Juristische Abhandlungen, 51] (Frankfurt am Main: Klostermann, 2008), besproken in L. WAELKENS, “Droit germanique, La fin d’un mythe? A propos d’un ouvrage récent”, 87. *Revue historique de droit français et étranger* 2009, 415-426.

herkennen is, de *locatio operis*, waarbij het via de arbeid te bereiken resultaat (*Arbeitsresultat*) en niet de geleverde arbeid zelf centraal staat.⁽¹⁶⁵⁾ Volgens Windscheid wordt de arbeid zelf een ding (*Werkverdingung*) dat sowieso geleverd moet worden.

78. NUANCERING DUITSE KWALIFICATIE DIENSTVERLENING ADVOCaat ALS AANNE-MING. – Bovendien kwalificeert Windscheid de diensten geleverd door een advocaat noch als *Sachmiethe* noch als *Dienstmiethe*. Hij sluit alle *operae liberales* formeel van de *Dienstmiethe* uit. Nochtans verklaart Windscheid de aansprakelijkheidsregeling van de *Dienstmiethe* per analogie van toepassing op de vrije intellectuele activiteiten.⁽¹⁶⁶⁾ Bijgevolg is de schuldenaar van dergelijke vrije diensten niet alleen aansprakelijk voor opzettelijke fout, maar ook voor nalatigheid en gebrek aan vakmanschap.⁽¹⁶⁷⁾ In het werk van Windscheid zien we dus nog een sterke band met de middeleeuwse en vroegmoderne Romeinse traditie. Zijn weigering om de advocatuur op dezelfde lijn als andere diensten te plaatsen, doet denken aan de theorie van het nobele mandaat die door Troplong gekoesterd werd.

V. Besluit

79. PROFETISCH KARAKTER HISTORISCH DEBAT. – Met de invoering van een belasting op de toegevoegde waarde van advocatenprestaties in België sedert 1 januari 2014 krijgt de strijd om de juridische kwalificatie van de advocatuur in de negentiende eeuwse Franse en Belgische rechtsleer een welhaast profetisch karakter. De laatste fase in het ‘materialistische’ proces waarvoor Belgische, Franse en Duitse juristen zoals Mollot, Picard, Toullier, Troplong en Windscheid vreesden – omdat het met een afbrokkeling van de bijzondere status van de advocatuur gepaard zou gaan – lijkt onomkeerbaar voltrokken: de advocaat is nog ‘slechts’ een ondernemer onder vele anderen, wiens prestaties aan de btw, en wiens marktgedrag aan de Wet marktpraktijken en bescherming van de consument, zoals sedert 31

(165) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Düsseldorf: Buddeus, 1866), Deel 2,2, § 399, 113: ‘Ein besonderer Fall der Dienstmiethe ist der, wo der Vertrag nicht sowohl auf die Dienste als solche, als vielmehr auf das durch dieselben herzustellende Arbeitsresultat gerichtet ist. Dessen besonderen Fall bezeichnet der Ausdruck Werkverdingung oder auch Verdingung schlechthin.’

(166) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 404, 131: ‘Ebensowenig spricht man von Miethvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein oder vorwiegend in freier geistiger Thätigkeit besteht. Aber auch in diesem Falle gelten die gleichen Regeln, wie für den Miethvertrag.’

(167) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 404, 131-132: ‘Namentlich haftet der Schuldner auch nicht bloss wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit, und wegen des Mangels derjenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche der seine Dienste in Anspruch Nehmende bei ihm voraussetzen durfte.’

mei 2014 opgenomen in boek veertien van het Wetboek Economisch Recht, onderworpen zijn.(168)

80. DE ONDERNEMENDE ADVOCaat EN ZIJN KLANT. – Zoals Laurent en De Page reeds stelden in hun kritiek op Troplong is het onderscheid tussen manuele en intellectuele diensten niet meer van deze tijd: de advocaat is een verhuurder van diensten en niemand werkt nog gratis of belangeloos. Niemand betwijfelt op de dag van vandaag nog dat vrije beroepers zoals de advocaat volwaardige ondernemers zijn.(169) Het Romeinse recht van de oudheid is slechts de uitdrukking van een utopische visie op de advocaat-raadsman. Voortaan is de mandant de economische ‘cliënt/klant’ van de advocaat-ondernemer, niet langer de beschermeling van de nobele *patronus*. Deze benadering maakte reeds in de negentiende eeuw furore in het werk van onder meer Laurent. De Page nam ze over. In het laatste kwart van de twintigste eeuw werd ze onder invloed van het Angelsaksische marketingmodel van de juridische dienstverlening in de praktijk dominant.(170)

81. THEORETICI VRIJE BESCHERMINGSRELATIE EN MANDAAT VERLIEZEN STRIJD. – Mollet en Picard waren nog van oordeel geweest dat de waardigheid van het advocatenberoep zich tegen elke vorm van contractuele kwalificatie verzette. De advocaat verhiel zich tegenover zijn mandant zoals een beschermheer of *patronus* tegenover zijn beschermeling. Deze voorstelling van zaken komt wellicht met de oorspronkelijke visie in het Romeinse recht van de oudheid overeen. In de negentiende eeuw associeerde Troplong de prestaties van de advocaat met het Romeinse *mandatum*, omdat aan deze overeenkomst een verheven karakter werd toegeschreven. Hij volgde daarbij Franse juristen zoals Grégoire en Pothier, die op hun beurt de gangbare opinie uit het Romano-canonieke recht van de late middeleeuwen volgden. Op die manier is de misleidende voorstelling ontstaan dat in het Romeinse recht de advocaat zijn diensten als mandataris volbracht, en wel als gratis vriendendienst. Op te merken valt dat deze lastgeving (*mandatum*) uit de

(168) Voor een helder overzicht van de actuele problemen omtrent de juridische kwalificatie van de vrije beroepen, vooral onder invloed van Europese richtlijnen, die bijvoorbeeld onverkort de toepassing van de WMPC op de vrije beroepers eisen, zie BRULEZ, *De bijdrage van het Europese recht* (hoger vn. 148), 577-580, nrs. 20-22. Het Grondwettelijk Hof stelde in 2011 voor het eerst een schending van het gelijkheidsbeginsel vast ten gevolge van de uitsluiting van vrije beroepers uit het toepassingsgebied van de WMPC, zie GwH 6 april 2011, nr. 5009, <http://www.const-court.be/public/n/2011/2011-055n.pdf> = RW 2011-12, 903, n. D. MERTENS, “Mag de vrije beroepsbeoefenaar eindelijk gewoon onderneming heten?” en GwH 15 december 2011, nrs. 5197-5198-5199, <http://www.const-court.be/public/n/2011/2011-192n.pdf> = JLMB 2012, afl. 1, 37. Zie ook BRULEZ, *De vrije beroepsbeoefenaar als onderneming* (hoger, vn. 5), 453-460 en voetnoot 6.

(169) A.M. VANDENBOSSCHE, “Voor economische vrijheid en mededingingsrecht: hoe vrij is de plichtenleer in het beperken van de economische keuzevrijheid van vrije beroepers?”, TPR 2000, afl. 1, 13-50 (15, nr. 4).

(170) C. BEVERNAGE, “De ondernemende advocaat in een advocatuur als onderneming. Nieuwe trends en uitdagingen”, in: X., *Liber Amicorum Jo Stevens* (Brugge: Die Keure, 2011), 49-60. Zie ook STEVENS, “De cliënt: beschermeling, klant of vijand?” (hoger vn. 29), 26.

Romeinsrechtelijke traditie grondig verschilt van de hedendaagse: ze heeft niet als typisch kenmerk de vertegenwoordigingsbevoegdheid, maar wel de kosteloosheid.

82. GELDELIJK KARAKTER DIENSTEN ADVOCaat REEDS IN ROMEINSRECHTELIJKE TRADITIE. – De opvatting dat de advocaat historisch gezien geen aannemer kon zijn, berust wellicht op een anachronisme. Ook al genoot het *mandatum* een bijzonder prestige, toch was het in de Romeinsrechtelijke traditie van de middeleeuwen en de vroegmoderne tijden niet ongebruikelijk om de advocaat als een aannemer of verhuurder van werk te beschouwen. De advocaat werd dus niet geacht om gratis zijn cliënt te beschermen. Bovendien kon de rechter de vordering tot betaling van het (ere)loon ontvankelijk verklaren, zoals Baldus reeds argumenteerde. Het Romeinse mandaat was verder niet gekenmerkt door de vertegenwoordigingsbevoegdheid die sedert de Code Napoléon als karakteristiek element van de lastgevingsovereenkomst doorgaat. De taken van procesvertegenwoordiger en raadsman waren in het Romano-canonieke procesrecht in principe van elkaar gescheiden, zoals Damhouder leerde. Het onderscheid tussen aanneming en mandaat betrof de status en het al dan niet geldelijke karakter van de geleverde prestatie. Het ging niet om de bekwaamheid tot procesvertegenwoordiging. Wamecius’ casus toonde dan weer aan dat het kwalificatievraagstuk in de praktijk opportuniteiten schiep voor handige pleiters.

83. DE ADVOCaat ALS GERESPECTEERD RAADSMAN. – Ongeacht of de verhouding tussen de cliënt en zijn advocaat als *mandatum*, *locatio-conductio* of vrije beschermingsrelatie gekwalificeerd werd, valt op dat de advocatuur wel steeds een bijzondere status genoot. Het is overigens opvallend dat de typische taak van de advocaat, met name het verlenen van advies, in het oorspronkelijke Romeinse recht van de oudheid evenzeer buiten de stricte categorieën van het overeenkomstenrecht viel als de verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt. Weliswaar werd raadgeving in enkele Romeinse teksten aarzelend beschouwd als een oneigenlijke lastgeving (*mandatum tua gratia*),(171) maar er bestond absolute consensus over de niet-verbindende kracht van niet-bedrieglijke raadgevende diensten (*consilii non fraudulentum nulla obligatio*).(172) Inzake aansprakelijkheidsregeling had de kwalificatie van de advocaat-cliëntverhouding in termen van een vrije beschermingsrelatie dus zijn voordelen voor de *patronus*.

(171) B.v. D. 17,1,2,6 en Inst. 3,26,6.

(172) D. 50,17,47pr. in *Corporis Iustinianaei Digestum novum* (ed. Gothofredi), tom. 3, col. 1883: ‘Consilii non fraudulentum nulla obligatio est. Caeterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.’ Bemerkt dat de oorsprong van deze precieze formulering (*Consilii non fraudulentum nulla obligatio*) ontbrekt in D. 17,1,10,7 gezocht wordt in D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (München: C.H. Beck, 2007), 51, nr. 70.

84. SPOREN IDEE NOBEL KARAKTER ADVOCATUUR IN GER.W. – Ondanks het feit dat de wat naïeve voorstelling van zaken uit de werken van onder meer Picard en Troplong het niet haalde, blijven de gevolgen ervan tot op zekere hoogte voelbaar in het Gerechdelijk Wetboek. Dit bepaalt nog steeds dat advocaten hun ereloon begroten ‘met de bescheidenheid die van hun functie moet worden verwacht’ (art. 446ter Ger. W.).

85. DEONTOLOGIE EN WAARDIGHEID. – Tot slot moet de negatieve bijklank van het zogenaamde ‘materialistische’ proces waaraan de advocatuur op grond van haar herkwalficatie als aanneming onderhevig is, gerelativeerd worden. De idee dat de advocaat een eenvoudige loontrekkende (‘salarie’) kan zijn, blijft ook de dag van vandaag voor sommigen wat onwennig klinken.(173) Terwijl de advocaat-cliëntverhouding meer en meer aan de regels van het gewone economische verkeer, inclusief BTW-regeling, onderworpen wordt, groeit ook het belang van deontologische regels die de waardigheid van het ‘officium nobile’ dienen te beschermen.(174) In dit opzicht verdient de bekendmaking van de Codex van 25 juni 2014 inzake deontologie voor advocaten (BS 30 september 2014) vermelding.(175) De deontologische verplichtingen rond honoraria blijven net zoals bepalingen over loyale publiciteit een essentieel instrument in de strijd tegen mogelijks negatieve gevolgen van de commercialisering van de advocatuur.(176)

86. VAN BESCHERMELING OVER CLIËNT TOT VIJAND? – Anderzijds kan men zich de vraag stellen of de aanscherping van de deontologische verplichtingen de oorspronkelijke beschermingsrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt niet nog dieper aantast dan het zogenaamde ‘materialistische’ proces dat door de kwalificatie als aanneming werd ingezet. Zo herneemt de Codex Deontologie voor advocaten het reglement uit 2011 dat de advocaat verplicht tot medewerking aan witwaspreventie (afdeling III,1,2).(177) De daarmee gepaard gaande inperking van het beroepsgeheim doet de vraag rijzen of na het definitieve verdwijnen van de nobele beschermingsrelatie, de mandant

(173) P. HALLET, “Avocat, salarié. Deux mots qui hurlent d’être accouplés?”, in: X., *Liber Amicorum Jo Stevens*, (Brugge: Die Keure, 2011), 325-336.

(174) V. COIGNIEZ, “Een historische noot: het officium nobile door de eeuwen heen”, in: X., *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014, Deontologie* (Mechelen: Kluwer, 2014), 1-22. Zie tevens het verslag van het colloquium “De integere jurist” (Vlaamse Juristenvereniging, Brussel, 16 mei 2014) in F. JUDO, “Gezamenlijke juridische deontologie voorbij het tuchtrecht?”, *D&T* 2014, afl. 1, 13-15. Bemerkt dat de triomf van de deontologie het bevorderen van de materiële belangen van de advocaat niet noodzakelijk in de weg staat, cf. A. DELVAUX, P. CORVILAIN, “La déontologie de l’avocat. Une spécificité? Un élément de marketing?”, in: X., *Liber Amicorum Jo Stevens* (Brugge: Die Keure, 2011), 243-262.

(175) X., “Codex Deontologie voor advocaten”, *NjW* 2014, afl. 309, 736. Deze nieuwe Codex is in werking getreden op 1 januari 2015.

(176) S. TACK, “Relatie advocaat-cliënt: recente ontwikkelingen”, *NjW* 2005, afl. 118, 827-863 (833, nr. 32).

(177) Voor een kritische kijk op de plichten die voor de advocaat voortvloeien uit de Anti-witwaswetgeving, zie TACK, “Relatie advocaat-cliënt”, 838-839, nrs. 58-66.

niet riskeert om occasioneel van een economische ‘cliënt’ naar een soort nobele ‘vijand’ van zijn advocaat te evolueren.(178)

(178) Zie hierover reeds STEVENS, “De cliënt: beschermeling, klant of vijand?” (hoger vn. 29), 29.

SOMMAIRE

LA BATAILLE AUTOUR DE LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA RELATION AVOCAT-CLIENT.
BRÈVES OBSERVATIONS EN HISTOIRE DU DROIT

La question de la qualification juridique à donner à la relation entre l'avocat et son client n'est nullement un exercice gratuit. Ceci appert des discussions récentes sur le statut de l'avocat, mais, historiquement parlant, les racines du problème sont nettement plus profondes. L'auteur du présent article entend dès lors proposer quelques lignes de force des discussions historiques autour de la qualification de cette relation avocat-client. Dans ce contexte, il s'arrête d'abord aux juristes du 19^{ème} et du début du 20^{ème} siècle, ceux-ci ayant jeté les fondements du débat actuel en défendant nombre d'opinions typiques mais contradictoires.

Selon certains, la relation entre l'avocat et son client, en raison même de son noble caractère, ne pouvait tout naturellement pas se comprendre en termes de contrat, mais plutôt comme une libre relation de protection ou, tout au plus, comme un accord innommé. François Etienne Mollot (1794-1870) et Edmond Picard (1836-1924) furent de notoires représentants de cette approche. Pour d'autres juristes, à la lumière des évolutions sociétales, la distinction entre services élevés et moins élevés était dépassée. Jean-Baptiste Duvergier (1792-1872), François Laurent (1810-1887) et Henri de Page (1894-1969) proposèrent dès lors de donner à l'avocat la qualification de « simple » entrepreneur. Ils introduisirent en outre l'idée que la caractéristique typique du mandat est le pouvoir de représentation en justice et non, comme cela fut souligné de longs siècles durant dans la tradition du droit romain, son caractère noble et gratuit. Ce faisant, ils allaient à l'encontre de la proposition de compromis de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) pour qui la relation entre l'avocat et son client pouvait certes être qualifiée de convention, mais alors comme un noble mandat au sens du droit romain, c'est-à-dire sans que le pouvoir de représentation en constitue un élément essentiel.

Le droit romain ayant joué, pour ces juristes français et belges, un rôle crucial, l'auteur s'arrête plus longuement à la qualification de la prestation de services de l'avocat dans la tradition du droit romain. A ce propos, il n'entreprend pas, en premier lieu, un essai d'analyse du droit romain dit classique de l'Antiquité, mais il examine plutôt les interprétations influentes de ce droit au bas Moyen-âge et au début des Temps modernes, par exemple, dans les ouvrages écrits pour la pratique par Odofredus (1265), Bartolus a Saxoferrato (1313-1357), Baldus de Ubaldis (1327-1400), Joost de Damhouder (1507-1581), Jean de Waimès (1524-1590), Domenico Tuschii (1535-1620), Pierre Grégoire (c. 1540-1597), Jacob Bouricius (1544-1622) et Paul Christijnen (1553-1631). Compte tenu de son rôle d'intermédiaire entre la tradition de droit romain et la culture juridique franco-belge du dix-neuvième siècle, Robert-Joseph Pothier (1699-1772) est également occasionnellement cité. Seule cette approche permet de relativiser le mythe platonicien d'un droit romain absolu et éternel et de contredire son utilisation rhétorique dans la doctrine française du dix-huitième et dix-neuvième siècles. Ce recours pragmatique au droit romain met aussi nettement en lumière des interprétations données au contrat d'entreprise romain (*locatio-conductio*) dans la *Pandektenwissenschaft* allemande, ici présentée

in concreto sur base de Bernard Windscheid (1817-1892), Heinrich Dernburg (1829-1907) et Otto Lenel (1849-1935).

C'est, entre autres, cette réorientation anachronique, typiquement allemande, de la relation avocat-client vers le contrat d'entreprise qui a suscité de l'irritation chez Mollot, Troplong et Picard. Finalement cependant, le statut particulier de l'activité d'avocat et sa noble qualification comme mandat ou accord *sui generis* ont, en effet, dû faire place à l'idée que tout travail est de nature financière et donc une forme de louage ou d'entreprise. Duvergier, Laurent et De Page se sont pleinement ralliés à cette nouvelle approche. Pour Troplong, par contre, cette évolution constitue une infection pernicieuse de notre culture juridique par des conceptions « matérialistes ». Les évolutions récentes confèrent dès lors un caractère quasi prophétique au débat qui a animé la doctrine française et belge du dix-neuvième siècle. Dans sa dernière phase, le processus « matérialiste » semble avoir pris une tournure irréversible : l'avocat est « tout simplement » un entrepreneur, parmi tant d'autres, dont les prestations sont assujetties à la TVA et dont le comportement sur le marché, sauf quelques rares exceptions, est soumis à la loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur.

ZUSAMMENFASSUNG

DER STREIT UM DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE QUALIFIKATION DES VERHÄLTNISSSES
ZWISCHEN RECHTSANWALT UND MANDANTEN. RECHTSHISTORISCHE RANDBEMERKUNGEN

Die Frage, wie das Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten rechtswissenschaftlich qualifiziert werden muss, ist keine freibleibende Übung. Dies erweist sich aus rezenten Diskussionen über das Statut des Rechtsanwaltes, doch liegt das Problem geschichtlich gesehen viel tiefer. Dieser Beitrag möchte dann auch einige Leitlinien bringen aus der geschichtlichen Diskussion über die Qualifikation des Rechtsanwalt-Mandanten-Verhältnisses. Hierbei wird erst eingegangen auf die Juristen des 19ten und des frühen 20ten Jahrhunderts, denn sie haben die Grundlagen für die heutige Debatte gelegt, durch einige typische doch gegenstreitige Standpunkte zu verteidigen.

Manche meinten, dass das Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten ihres noblen Charakters wegen überhaupt nicht in Termen von einem Vertrag verstanden werden konnte, sonder eher als ein freies Beschützerverhältnis oder höchstens als ein unbenannter Vertrag. Bekannte Vertreter dieses Standpunktes waren François Etienne Mollot (1794-1870) und Edmond Picard (1836-1924). Andere Juristen waren der Meinung, dass der Unterschied zwischen höheren und niedrigeren Diensten im Licht der gesellschaftlichen Entwicklung überholt war. Darum haben Jean-Baptiste Duvergier (1792-1872), François Laurent (18-10-1887) und Henri de Page (1894-1969) vorgeschlagen, den Rechtsanwalt als einen ‚normalen‘ Unternehmer zu qualifizieren. Außerdem stellten sie die Idee vor, dass die typische Eigenschaft des Mandates die Vertretung im Recht ist und nicht, so wie in der Tradition des Römischen Rechts während vieler Jahrhunderte betont wurde, ihr freier und nobler Charakter. Damit treten sie dem Kompromiss-Vorschlag von Raymond-Theodore Troplong (1795-1869) entgegen, der darin bestand, das Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten als eine Vereinbarung wohl zu qualifizieren aber dann als ein so genanntes edles Mandat im Sinn des Römischen Rechts, das heißt ohne dass diese Vertreterrolle ein essentieller Bestandteil wurde von dem Auftrag als solchem.

Weil das Römische Recht für diese Französischen und Belgischen Juristen eine wesentliche Rolle spielte, geht dieser Beitrag auch gründlicher ein auf die Qualifikation der Dienstleistung des Rechtsanwalts in der Tradition des Römischen Rechts. Dabei wird nicht erst ein Versuch gemacht, um das sogenannte klassische Römische Recht zu analysieren, sondern vor allem um die einflussreichen Interpretationen davon im späten Mittelalter und in der frühen Moderne zu untersuchen, zum Beispiel in den praxisnahen Werken von Odofredus (gest. 1265), Bartolus a Saxoferrato (1313-1357), Baldus de Ubaldis (1327-1400), Joost de Damhouder (1507-1581), Jan de Waimes (1524-1590), Domenico Tuschi (1535-1620), Pierre Grégoire (c. 1540-1597), Jacob Bouricius (1544-1622) und Paul Christijnen (1553-1631). Seiner Rolle wegen als Brückenbauer zwischen der Tradition nach Römischen Recht und der Französisch Belgischen Rechtskultur des neunzehnten Jahrhunderts, kommt auch Robert-Joseph Pothier (1699-1772) gelegentlich zur Sprache. Nur auf diese Weise kann der Platonische Mythos von einem absoluten und ewigen Römischen Recht relativiert werden, und kann der rhetorische Gebrauch hiervon in der Fran-

zösischen Rechtslehre des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts entkräftet werden. Dieser pragmatische Gebrauch des Römischen Rechts wird auch deutlich in den Interpretationen des Römischen Unternehmervertrag (locatio-conductio) in der Deutschen Pandektenwissenschaft, hier in concreto dargestellt anhand der Werke von Bernard Windscheid (1817-1892), Heinrich Dernburg (1817-1892) und Otto Lenel (1849-1892).

Es ist unter anderem diese typisch Deutsche anachronistische neue Eichung des Rechtsanwalt-Mandant-Verhältnisses als ein Unternehmervertrag, die Ärgernis erregte bei Mollot, Troplong und Picard. Dennoch mussten letzten Endes der besondere Status der Anwaltschaft und ihre noble Qualifikation als Mandat oder Vereinbarung sui generis tatsächlich Platz machen für die Idee, dass jede Arbeit eine Geldangelegenheit und so eine Form von Mieten-Vermieten oder von Unternehmen ist. Duvergier, Laurent und De Page folgten vollauf diesem neuen Gedankengang. Troplong dagegen umschrieb diese Evolution als eine verderbliche Infektion unserer Rechtskultur durch ‚materialistisches‘ Gedankengut. Die rezenten Entwicklungen verleihen dadurch einen fast prophetischen Charakter an die Debatten aus der Französischen und Belgischen Rechtslehre des neunzehnten Jahrhunderts. Die letzte Phase in dem ‚materialistischen‘ Prozess scheint unumkehrbar abgeschlossen: der Rechtsanwalt ist ‚nur noch‘ ein Unternehmer unter vielen anderen, deren Leistungen an Mehrwertsteuern, und deren Markt-Verhalten, bis auf einige Ausnahmen, dem ‚gemeinen‘ Gesetz über Handelspraktiken und auch dem Schutz der Verbraucher unterworfen ist.

SUMMARY

THE DEBATE SURROUNDING THE LEGAL QUALIFICATION OF THE LAWYER/CLIENT RELATIONSHIP.
SOME HISTORICAL ASPECTS

The question as to how the lawyer/client relationship should be qualified in legal terms is not a frivolous one. That much emerges from the recent debate concerning the status of the lawyer, but in fact the problem goes much deeper than that. This is why this contribution has sought to present some of the main issues which have emerged from the debate which has raged over the years on the manner in which the lawyer/client relationship should be qualified. In so doing, this paper focuses on the scholars of the 19th and early 20th century, since it is they who laid the foundations for the current debate by defending a number of typical, yet contradictory, positions.

Some of the authors in question argued that the lawyer/client relationship could not in any way be described in contractual terms, but rather as a free protective relationship, or at most as an innominate arrangement. Prominent representatives of this view were François Etienne Mollot (1794-1870) and Edmond Picard (1836-1924). Other legal scholars regarded the distinction between "superior" and "inferior" legal services as outdated in the light of social change. This is why authors such as Jean-Baptiste Duvergier (1792-1872), François Laurent (1810-1887) and Henri de Page (1894-1969) proposed that the lawyer be regarded as an "ordinary" contractor. They also introduced the notion that what typified the lawyer's assignment was his power to represent clients in law and not, as had been emphasised for many centuries in the Roman legal tradition, its voluntary and noble character. This is why they rejected the compromise proposed by Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) under which the relationship between lawyers and their clients was described as an agreement, but on the basis of a "noble instruction" in the Roman law sense, i.e. on the understanding that the power to represent at law was not an essential element of the instruction.

Because Roman law was very important to these French and Belgian scholars, this paper also examines in greater depth the way in which the services performed by the lawyer in the Roman law tradition were qualified. Here, the object is not in the first place to analyse the so-called classical Roman law as it applied in ancient times, but rather to examine the influential interpretations of this law in late medieval and early modern times – e.g. in the practice-oriented works of Odofredus (d. 1265), Bartolus a Saxoferrato (1313-1357), Baldus de Ubaldis (1327-1400, Joost de Damhouder (1507-1581), Jean de Waimes (1524-1590), Domenico Tuschi (1535-1620), Pierre Grégoire (c. 1540-1597), Jacob Bouricius (1544-1622) and Paul Christijnen (1553-1631). Because of the bridging role he played between the Roman law tradition and the 19th century Franc-Belgian legal culture, Robert-Joseph Pothier (1699-1772) can also sometimes be considered in this context. It is only thus that the Platonic myth of an absolute and perennial Roman law can be put into perspective, and that its rhetorical use in the French legal literature of the 18th and 19th centuries can be viewed in its proper context. This pragmatic use of Roman law can also be seen in the interpretations made of the Roman services agreement (*location-conductio*) in the German *Pandektenwissenschaft*, as repre-

sented by Bernhard Windscheid (1817-1892), Heinrich Dernburg (1829-1907) and Otto Lenel (1849-1935).

It is this kind of typical German, and anachronistic, re-assessment of the lawyer/client relationship on the basis of the services agreement which irritated Mollot, Troplong and Picard. However, the lawyer's special status and his noble qualification as performing services and agreements of a *sui generis* nature was ultimately compelled to yield to the notion that all work is evaluated in monetary terms and thus constitutes a contract for hire or services. Duvergier, Laurent and De Page fully subscribed to this trend. Troplong, on the other hand, dismissed this development as a poisonous infection of our legal culture by "materialistic" considerations. Accordingly, recent developments give an almost prophetic hue to the debate that raged in the 19th century French and Belgian legal literature. The last stage in this process of "materialistic" infection appears to have been irrevocably completed – the lawyer has now become just another entrepreneur, whose services are subject to VAT, and whose trading activity is, with a small number of exceptions, governed by the "ordinary" legislation on trading practice and consumer protection.

RESUMEN

LA LUCHA POR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE ABOGADO Y CLIENTE.
UNOS COMENTARIOS DE HISTORIA DEL DERECHO

La cuestión de cómo hay que calificar en términos jurídicos la relación entre el abogado y su cliente no es un ejercicio sencillo. Eso resulta de unas recientes discusiones sobre el estatuto de la abogacía, pero el problema es mucho más profundo desde un punto de vista histórico. Por eso, este artículo quiere presentar algunas grandes líneas de la discusión histórica sobre la calificación de la relación entre abogado y cliente. Primero, se profundiza en el tema de los juristas del siglo XIX y comienzos del siglo XX, porque son ellos los que han sentado las bases para el actual debate defendiendo algunas posiciones típicas pero contradictorias.

Algunos afirmaban que la relación entre el abogado y su cliente, por su carácter noble, no se podía entender en absoluto en términos de un contrato, sino más bien como una relación de protección libre o a lo más como un acuerdo abstracto. Unos representantes conocidos de esta posición fueron François Étienne Mollet (1794-1870) y Edmond Picard (1836-1924). Otros juristas estimaban que, a la luz de las evoluciones sociales, quedaba trasnochada la distinción entre servicios superiores e inferiores. Por eso, Jean-Baptiste Duvergier (1792-1872), François Laurent (1810-1887) y Henri de Page (1894-1969) propusieron calificar al abogado como „simple” contratista. Además, introdujeron la idea de que la característica típica del mandato es el poder de representación en juicio y no, como se enfatizaba en la tradición del derecho romano durante muchos siglos, su carácter gratuito y noble. De esta manera, se opusieron a la propuesta de compromiso de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) que si bien es cierto calificaba la relación entre el abogado y su cliente como un convenio, la concebía como un mandato llamado noble en el sentido del derecho romano, es decir sin que el poder de representación constituyera una parte esencial del mandato.

Como el derecho romano desempeñaba un papel crucial para dichos juristas franceses y belgas, este artículo también profundiza en la cuestión de la calificación del servicio que presta el abogado en la tradición del derecho romano. Por eso, no se intenta en primer lugar analizar el llamado derecho romano clásico de la Antigüedad, sino sobre todo examinar sus interpretaciones influyentes en la Baja Edad Media y en la Era Contemporánea, por ejemplo en las obras prácticas de Odofredo Denari (fallecido en 1265), Bártolo de Saxoferrato (1313-1357), Balde de Ubaldis (1327-1400), Joost de Damhouder (1507-1581), Jean de Waimés (1524-1590), Domenico Toschi (1535-1620), Pierre Grégoire (c. 1540-1597), Jacob Bouricius (1544-1622) y Paul Christijnen (1553-1631). Por su papel como intermediario entre la tradición de derecho romano y la cultura jurídica franco-belga del siglo XIX, también se menciona ocasionalmente a Robert-Joseph Pothier (1699-1772). Sólo de esta manera, se puede relativizar el mito platónico de un derecho romano absoluto y eterno, y desmentir su uso retórico en la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX. Esta visión pragmática del derecho romano también resulta claramente de las interpretaciones del arrendamiento romano o locación-conducción (*locatio-conductio*) en la *Pandektenwissenschaft* alemana, aquí representada

en concreto por Bernhard Windscheid (1817-1892), Heinrich Dernburg (1829-1907) y Otto Lenel (1849-1935).

Es entre otras cosas esta recalibración anacrónica típicamente alemana de la relación entre abogado y cliente sobre el arrendamiento la que provocó la irritación de Mollet, Troplong y Picard. Pero, finalmente, el rango particular de la abogacía y su calificación noble como mandato o acuerdo *sui generis* efectivamente tenía que dar paso a la idea de que todo trabajo es pecuniario y, por consiguiente, es una forma de alquiler o contratación. Duvergier, Laurent y De Page seguían completamente este nuevo razonamiento. Troplong, en cambio, representaba esta evolución como una infección nociva de nuestra cultura jurídica por los pensamientos „materialistas”. De esa manera, las recientes evoluciones dan un carácter casi profético al debate de la doctrina francesa y belga del siglo XIX. La última fase en el proceso „materialista” parece haberse realizado de manera irreversible: el abogado ya „sólo” es un empresario entre muchos otros, cuyas prestaciones están sometidas al IVA y cuyo comportamiento de mercado, salvo algunas reducidas excepciones, está sometido a la Ley „ordinaria” sobre las prácticas del mercado y la protección del consumidor.