

PM

# Pro Memorie

Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden

JAARGANG 4 (2002)

AFLEVERING 1

Stichting tot uitgaaf der bronnen van het Oud-Vaderlandse Recht (OVR)  
Uitgeverij Verloren BV te Hilversum

## Pro Memorie. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden

### Redactie

G.F.M. Bossers (UvA), secretaris  
E.C. Coppens (KUN)  
S. Faber (VUA)  
D. Heirbaut (Universiteit Gent)  
F. Keverling Buisman (RA Gelderland, UvA)  
R.C.H. Lesaffer (KUB en KU Leuven)  
G. Martyn (Universiteit Gent)  
P.L. Nève (KUN en KUB)  
C.H. van Rhee (UM)  
T.J. Veen (UvA), voorzitter

### Uitgever

Uitgeverij Verloren  
Postbus 1741  
1200 BS Hilversum  
www.verloren.nl  
e-mail: info@verloren.nl

### Correspondentie en boeken ter recensie:

Dr. G.F.M. Bossers  
Leerstoelgroep rechtsgeschiedenis  
Faculteit der Rechtsgeleerdheid  
Universiteit van Amsterdam  
Postbus 1030, 1000 BA Amsterdam  
tel. ++ 31 (0)20-5253447  
fax ++ 31 (0)20-5253495 of ++ 31 (0)20-5253408  
e-mail: bossers@jur.uva.nl  
Bezoekadres: Oudemanhuispoort 4-6

Prof.Dr. D. Heirbaut  
Vakgroep Grondslagen van het recht  
Universiteit Gent  
Faculteit der Rechtsgeleerdheid  
Universiteitstraat 4, B-9000 Gent  
tel. ++ 32 (0)9-2646840  
fax ++ 32 (0)9-2646707  
e-mail: dirk.heirbaut@rug.ac.be

Pro Memorie wordt uitgegeven voor rekening van de Stichting tot uitgaaf der bronnen van het Oud-Vaderlandse Recht en met steun van het Belgische ministerie van justitie. Het is een in twee afleveringen per jaar verschijnend Nederlands-Vlaams rechtshistorisch tijdschrift dat gratis wordt toegezonden aan alle contribuanten van de Stichting OVR.

De Stichting OVR stelt zich krachtens artikel 2 van haar Statuten ten doel het uitgeven en ontsluiten van rechtsbronnen in de ruimste zin van het woord, het publiceren van verslagen van haar werkzaamheden en van mededelingen omtrent hetgeen voor de kennis van het oud-vaderlandse recht belangrijk is, alsmede het vestigen van een of meer leerstoelen op het gebied van de studie van de bronnen van het oud-vaderlandse recht.

De Stichting OVR geeft Werken uit voor de publicatie van bronnen. Ze publiceert in het tijdschrift *Pro Memorie* voornamelijk artikelen, kronieken, opiniërende stukken en recensies. De Stichting heeft een bijzondere leerstoel 'oud-vaderlands recht, in het bijzonder het onderzoek der bronnen' aan de Universiteit van Amsterdam; deze leerstoel wordt thans bezet door Prof.Dr. F. Keverling Buisman.

### Contribuantenadministratie van de Stichting OVR:

Stichting tot uitgaaf der bronnen van het Oud-Vaderlandse Recht  
Het Gelders Archief  
Markt 1, 6811 CG Arnhem  
tel. ++ 31 (0)26-3521600  
fax ++ 31 (0)26-3521699  
e-mail: info@geldersarchief.nl  
Postgiro in Nederland 20430  
Postrekening in België 000-0142199-94

Jaarcontributie € 20,-

Losse nummers: de prijs wordt per aflevering vastgesteld. De prijs van dit nummer is € 15,-.

## REDACTIONEEL

Deze eerste aflevering van de vierde jaargang van Pro Memorie is het enige 'gewone' nummer voor dit jaar: de tweede aflevering zal bestaan uit een in samenwerking met het Nationaal Archief gemaakt themanummer.

In de thans voor U liggende aflevering wordt bijzondere aandacht gevestigd op het werk van twee emeriti, beiden alumni van de Utrechtse universiteit. Prof. Van der Linden, oud-hoogleraar aan de Vrije Universiteit Amsterdam en een markant vertegenwoordiger van de studie van het oud-vaderlandse publiekrecht, werd door een driemanschap geïnterviewd. Hij ziet zijn verhaal in dit nummer verenigd met twee bijdragen van een compaan uit vroeger dagen. Mr. Hardenberg, de Amsterdamse advocaat aan wie prof. Van der Linden historische adviezen heeft gegeven ten behoeve van processen over de dertiende penning (een zakelijk recht dat vervolgens in dit nummer van Pro Memorie nog eens aan de orde komt in de recensie van een publicatie van mr. Roes) verblijdde ons namelijk met een artikel over de Amsterdamse Avarij-commissie (1811-1982), waarvan de schrijver zelf deel heeft uitmaakt. Bovendien was mr. Hardenberg bereid een boek over de geschiedenis van een vijf eeuwen oude stichting te recenseren.

Kijkt prof. Van der Linden terug op een wetenschappelijk oeuvre dat hij als vrijwel afgesloten beschouwt, de Utrechtse romanist prof. Spruit hoopt nog verscheidene jaren het grote vertaalproject dat hij 15 jaar geleden heeft opgezet te dirigeren. Ruim twee maanden voor zijn emeritaat bereikte 'zijn' twee- (eigenlijk moet men zeggen drie-)talige simultaaneditie van het Corpus Iuris Civilis een belangrijke mijlpaal: de voltooiing van de Digesten-vertaling. Bij zijn emeritaat op 1 maart jl. kreeg de scheidende hoogleraar van de bestuurders van de Utrechtse universiteit middelen (in het bijzonder personele ondersteuning van secretariële en wetenschappelijke aard) om het hele vertaalproject tot een goed einde te brengen. Daardoor zullen wij hopelijk tegen het eind van dit decennium ook beschikken over Nederlandse vertalingen van de Codex en de Novellen. Het vertaalproject heeft, zoals prof. Spruit het zelf heeft gezegd, 'een dienend karakter'. De onderneming wordt gedirigeerd door professionele romanisten en is slechts uit te voeren met een team dat over een grote Romeinsrechtelijke expertise beschikt, maar het resultaat is natuurlijk in de eerste plaats bestemd voor niet-romanisten: voor alle belangstellende juristen, historici en classici, een doelgroep waartoe men in de eerste plaats ook de professionele Nederlandse en Vlaamse beoefenaren van de latere rechtsgeschiedenis, in het bijzonder ook van de geschiedenis van het recht, de universitaire rechtenstudie en de rechtswetenschap in de Noordelijke en de Zuidelijke Nederlanden, moet rekenen. Het verheugt ons daarom dat prof. Knütel (Bonn), een romanist die uit ervaring weet hoe moeilijk

het is om een project als dit te realiseren, het belang van deze onderneming nog eens onder de aandacht van het Nederlandse publiek heeft willen brengen.

### **Tenslotte enkele huishoudelijke mededelingen.**

Tot onze vreugde heeft het Belgische ministerie van Justitie OVR ook dit jaar een subsidie toegekend voor de uitgave van Pro Memorie. Het is ons een aangename plicht de minister en zijn raadslieden wederom onze welgemeende dank te betuigen.

Onze Gentse mederedacteur Heirbaut heeft in 2001 een elektronische rechtshistorische nieuwsbrief opgezet waaraan dit jaar ook Nederlanders zijn gaan medewerken. Deze nieuwsbrief bereikt thans zo'n 300 rechtshistorici en rechtshistorisch geïnteresseerden in België en Nederland. Een ieder die er berichten in wil plaatsen kan zich wenden tot de redactie, bij voorkeur tot de auctor intellectualis en hoofdredacteur (dirk.heirbaut@rug.ac.be).

Een deel van de informatie van de nieuwsbrief wordt gearchiveerd door het Nederlands Centrum voor Rechtshistorische Documentatie (NCRD, bureau van de Koninklijke Bibliotheek te Den Haag), dat sinds 1 maart 2002 ook de website van OVR beheert: [www.kb.nl/infolev/ovr/index.htm](http://www.kb.nl/infolev/ovr/index.htm), ook te bereiken via [www.kb.nl/ncrd](http://www.kb.nl/ncrd) (de website van het NCRD) waar men verder onder meer een lijst van rechtshistorische websites en een agenda van rechtshistorische gebeurtenissen aantreft (de 'Congresagenda' omvat tevens oraties, afscheidscolleges, promoties etc., aankondigingen die sinds maart 2002 ook worden gearchiveerd) en een rubriek 'Nieuws en Personalía' (met onder meer nieuw verschenen boeken).

Amsterdam, 25 juni 2002

T.J.V.

## RECHTSHISTORICI UIT DE LAGE LANDEN (4): INTERVIEW MET H. VAN DER LINDEN

‘Ik voel me een beetje eenzaam. Ik ben op het ogenblik een van de weinigen die nog in de lijn van Immink werkt ... Die hele rechtsgeschiedenis van Europa moet nog eens bekeken worden door een niet privaatrechtelijk ingestelde onderzoeker ... Er is nog zo onvoorstelbaar veel te doen. Er moet nog ontzettend veel rechtgezet worden.’

Een samenloop van omstandigheden, waaronder vertragingen met de trein en gehannes met mobieltjes, bracht ditmaal drie interviewers op de been. In zijn studeerkamer in het Gelderse Rozendaal spraken zij met de man wiens proefschrift over de ‘openlegging van de Hollands-Utrechtse laagvlakte’ (1955) veel rechtshistorisch nieuws bracht en tot de nodige wetenschappelijke discussie leidde. Het boek behoort tot de weinige dissertaties die nog eens werden herdrukt.<sup>1</sup> Voor de schrijver werd het werk aan zijn proefschrift de opmaat tot een arbeidzaam leven in het waterschapswezen en het universitaire bedrijf.

Hendrik van der Linden (in 1922 geboren in Alphen aan den Rijn) studeerde rechten in Utrecht (1941-1943, 1945-1947), was daar assistent voor bestuursrecht bij prof.mr. G.J. Wiarda (1947-1950) en promoveerde op 21 december 1955 cum laude bij prof.mr. L.J. Hijmans van den Bergh. Nadat hij in de jaren 1953-1959 had gewerkt op de afdeling waterstaat van de provinciale griffie in Utrecht, vervulde hij twaalfjaar de functie van secretaris(-rentmeester) van het Hoogheemraadschap van Rijnland (1959-1971). Van 1971 tot zijn emeritaat in 1987 was hij fulltime hoogleraar in de Nederlandse rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en in de jaren 1972-1987 tevens parttime dijkgraaf van het Groot-waterschap van Woerden.<sup>2</sup>

### De liefde voor het platteland

Ik ben geboren en opgegroeid in Alphen aan den Rijn, mijn vader had een kaashandel, een groot pakhuis. Hij is heel jong overleden: 42. Ik was toen zeven jaar, maar hij heeft mij nog de enorme liefde voor molens bijgebracht. Hij was een van de allereerste leden van ‘De

<sup>1</sup> H. van der Linden, *De Cope. Bijdrage tot de rechtsgeschiedenis van de openlegging der Hollands-Utrechtse laagvlakte* (met twee kaarten en avec résumé en français), diss. Utrecht 1955 (handelseditie: Assen 1956; fotomechanische herdruk: Alphen aan den Rijn 1980; aan deze herdruk is los toegevoegd een Nederlandse vertaling van de Latijnse citaten).

<sup>2</sup> Een door C. Streefkerk opgestelde bibliografie van prof. Van der Linden is te vinden in: S. Faber en C. Streefkerk (red.), *Ter recognitione. Opstellen aangeboden aan Prof.Mr. H. van der Linden bij zijn afscheid als hoogleraar in de Nederlandse rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit* (Hilversum 1987), p. 471-474.



Prof. Van der Linden tijdens het interview, 16 januari 2002

Hollandse molen'. Ik ben nu bijna zestig jaar lid van die vereniging en heb nog in het bestuur gezeten. Al op de lagere school voerde ik, als verwoed verzamelaar van molen-afbeeldingen, correspondentie met de beroemde Leidse molen-behouder Bicker Caarten. In mijn Rijnlandse tijd maakte ik ook deel uit van het bestuur van de Rijnlandse Molenstichting en de Molencommissie van de provincie Zuid-Holland. Op instigatie van ir. Van den Burg van de Provinciale Waterstaat en mij riepen beide lichamen de nog altijd bestaande Aarlanderveense Molenstichting in het leven. Het ging om het blijvend in werking houden van de enige Nederlandse molenviergang, die nog een polder bemaalde; uniek in de wereld! Er dreigde overgang op zeer veel goedkopere mechanische bemaling. Het lukte om met financiële hulp van rijk, provincie en gemeente de windbemaling overeind te houden, ondanks zeer kostbare reparaties en klagende molenaarsgezinnen die van erg weinig rond moesten komen. Jarenlang voerde ik als voorzitter van de Stichting een groot gevecht met de dijkgraaf van het toenmalige polderdistrict De Aarlanden, waarin het poldertje – de Drooggemaakte polder aan de westzijde van Aarlanderveen (494 hectare) – was opgegaan. De strijd hebben we uiteindelijk met wat list en geluk kunnen winnen, zij het dat er voor het geval van nood wel minieme hulpgeaaltjes bij de molens verrezen. Maar dit alles terzijde.

Logeerpartijen bij familie in Zegveld achter Bodegraven verdiepten mijn liefde voor het

Hollandse platteland. 's Zomers was het kanoën, waterpolo en zwemmen geblazen. Ik schopte het tot dorpskampioen op de 50 meter rug- en crawlslag. Het schaatsen, 's winters op de plassen en meren, blijft een van de mooiste belevenissen van mijn leven. We begonnen als vier zontjes aan een lange stok achter moeder aan. Als boerendochter had die al dankbaar gebruik gemaakt van strenge winters om de veraf gelegen lagere school per schaats te bezoeken.

## Leiden en Utrecht; schaken en golfen

Mijn middelbare school werd het Leidse gymnasium. Alphen had alleen een HBS<sup>3</sup> en het was mijn bedoeling om theologie te gaan studeren. Die idee heb ik al snel laten varen. Inmiddels was ik als een beest gaan schaken (ik vond partijen van mijn grootvader, die ik met veel genoegen heb nagespeeld). Via toernooien bereikte ik in de eerste jaren van de oorlog de sub-top van Nederland.

Na mijn gymnasium B werd het, op instigatie van een pas als jurist afgestudeerde kennis de rechtenstudie. Het was 1941. Leiden was na de beroemde anti-Duitse rede van Cleveringa<sup>4</sup> dicht gegaan. Dus werd het Utrecht. Ik had daar een kamer, maar was om financiële redenen ook vaak thuis. Ik nam actief aan het studentenleven deel, ook bestuurlijk. Kort na mijn aankomst in de Domstad meldde de krant dat Euwe<sup>5</sup> er over twee weken een simultaanseance zou geven. Het lukte me een plaats te krijgen. Na een originele openingsmanoeuvre die nergens in de boeken stond, keek Euwe me wat verbaasd aan, hij keek me nog eens aan en deed de enige goede, door mij gevreesde tegenzet. Later vergaloppeerde hij zich. Een mij nog onbekende medestudent – lang een schaakvriend gebleven – en ik waren de enigen die van de grootmeester wonnen. We waren de helden van de dag en werden onmiddellijk gevraagd voor Utrecht 2. Het jaar daarop werd het voor beiden Utrecht 1, spelend in de hoogste klasse van Nederland. Tijdens mijn studie heb ik het schaken geleidelijk aan geheel laten lopen om het pas na mijn pensionering weer op te pakken. Ik schaak nu nog, zij het op een veel lager niveau, in clubverband in Velp. En verder ben ik na mijn pensionering gaan golfen.

3 De Hogere Burgerschool is een creatie van Thorbecke (wet van 2 mei 1863, Stb. 50) waar de leerling een middelbare opleiding kreeg maar waarvan het einddiploma oorspronkelijk geen toegang gaf tot de universiteit. Sinds 1917 kon men met een HBS-diploma in de B-faculteiten (en later ook tot een aantal andere universitaire studies) toegelaten worden. Bij de zgn. Mammoetwet van minister Cals (wet van 14 februari 1963, Stb. 40), in werking getreden in 1968, is de HBS vervangen door het Atheneum dat wel en de Havo-school die geen toegang geeft tot universitaire studies.

4 De rede van R.P. Cleveringa (1894-1980) is o.a. gedrukt in *Cleveringa, Afscheidscollege & 26 Novemberrede* (Zwolle 1973). Over Cleveringa: *Biografisch Woordenboek van Nederland*, 5 delen ('s-Gravenhage etc. 1979-2001), III, p. 99-101.

5 Dr. Machgielis (roepnaam: Max) Euwe (1901-1981), Nederlands kampioen schaken 1921 ('een titel die hij, telkens als hij meedeed, tot 1954 met overmacht zou prolongeren'), wereldkampioen schaken 1935-1937. BWN, IV, p. 135-139.

## De rechtenstudie

Van twee leermeesters heb ik erg veel opgestoken. De ene was Rengers Hora Siccama,<sup>6</sup> die Inleiding en ook Rechtsgeschiedenis gaf, een heel bijzondere, erudiete man. Wij stonden bij het college altijd op als hij binnenkwam, maar toen wij hoorden dat hij lid van de door de Duitsers ingestelde Kultuurraad was geworden,<sup>7</sup> bleven wij zitten; alleen drie NSB-jongens in uniform, die daar vooraan zaten – die stonden wèl op. Rengers Hora Siccama verbleekte, verliet de zaal en heeft nooit meer college gegeven. Dat was in het voorjaar van 1942. Ik heb verder college gelopen bij De Monté ver Loren (een goed, systematisch beoog) en eind 1942 bij hem thuis tentamen gedaan. Het ging heel goed: ik kon het gesprek op de molens en het daarmee verbonden recht op windvang brengen.

Wat Rengers Hora Siccama betreft: als docent trok hij een groot gehoor. We zaten in het biologisch lab; we konden kennelijk niet meer in de universiteit. Hij gaf zeer goed college, hij sprong van de hak op de tak, maar hij had zeer originele gedachten en benaderingen. In zijn colleges rechtsgeschiedenis was hij vooral bezig met de middeleeuwen. Als examinator was hij gevreesd. Ik weet nog goed (je kon bij het kandidaatsexamen toehoorder zijn) wat hij eens aan een kandidaat vroeg. Die kwam – netjes in jacquet<sup>8</sup> – binnen en begroette de hoogleraren (die allemaal achter de tafel zaten), en toen zei Rengers Hora Siccama, die de ondervraging opende: ‘Mijnheer, als U nu over de mat gestruikeld was, wat had U dan tegen ons gezegd?’ Nou ja, dan ben je natuurlijk totaal van slag.

Mijn tweede grote leermeester (maar nu hebben we het over studie voor het doctoraal-examen) was Pompe voor strafrecht. Pompe heeft grote indruk op mij gemaakt. Die sprak het hele jaar over schuld en aansprakelijkheid. Dat was geweldig. Wij hingen aan zijn lippen hoewel hij voortdurend eigenlijk dan met dit arrest bezig was en dan met dat. Dat moest je ook allemaal weten. Hij had een heel goed, vele malen herdrukt boek over het strafrecht op zijn naam.<sup>9</sup>

Voor het kandidaatsexamen had je vier vakken: inleiding, oudvaderlands recht, economie en uiteraard Romeins recht. Ik had Zevenbergen voor Romeins recht.<sup>10</sup> Hij gaf heel systematisch college. Op het kandidaats lag het Corpus Iuris voor je op tafel en dan zei hij: ‘slaat U eens Digesten zoveel op’, dat moest je dan vertalen en daar een uitleg bij geven. Geen simpele opgave. Ik heb van hem wel een redelijke kennis van het Romeinse recht opgedaan maar het heeft mij eigenlijk te weinig geïnteresseerd om er later nog veel aan te doen.

6 Jhr. D.G. Rengers Hora Siccama (1876-1962) was gewoon (1906-1942) en later buitengewoon (1942-1945) hoogleraar te Utrecht. BWN, I, p. 485-486.

7 De Nederlandse Kultuurraad werd door Rijkscommissaris Seyss-Inquart bij Verordening van 22 november 1942 opgericht en op 11 februari 1942 te Den Haag geïnstalleerd. Zie Documentatie. *Samengesteld ten behoeve van de Bijzondere Rechtspleging* [z.p., vermoedelijk 1946], p. 166 e.v.

8 Tot in de jaren 1960 was het in Nederland gebruikelijk dat universitaire examens in jacquet werden afgelegd.

9 W.P.J. Pompe (1893-1968) was hoogleraar strafrecht en criminologie te Utrecht (1928-1963), auteur van *Handboek van het Nederlandse strafrecht* (Zwolle, 1e druk 1935, 5e druk 1959). BWN, I, p. 466-467.

10 Chr. Zevenbergen (1897-1976) was hoogleraar Romeins recht te Utrecht (1928-1968). BWN, I, p. 677-678.



## Duitsland

Als student moest je een loyaliteitsverklaring tekenen en dat heb ik geweigerd.<sup>11</sup> We waren met vier broers, drie studenten en één aankomende student. De andere broers zijn ondergedoken en ik heb me gemeld voor werk in Duitsland, in overleg met mijn oudste broer, met de bedoeling zo snel mogelijk weer terug te komen. Maar dat is niet gelukt. Het was zo, de ouders werden bedreigd, mijn moeder was weduwe, en mijn broer zei: Henk, we moeten niet allemaal onderduiken, dan moet jij maar naar Duitsland gaan, en je komt zo snel mogelijk terug.

Ik kwam in Duitsland uiteindelijk in een kamp in Nienburg aan de Weser terecht, met alleen andere studenten. Daar was een vervallen dakpannenfabriek, die we eerst moesten ombouwen tot een vliegtuigfabriek. We hebben eerst ook onze eigen barakken gebouwd en we leerden aluminium bewerken. De middenstukken van Messerschmitt-vliegtuigen, rompen die beschadigd waren, zouden wij gaan herstellen. Het was daar levensgevaarlijk. Wij zaten bij een spoorweg die voortdurend gebombardeerd werd. We kregen gelukkig literatuur uit Nederland toegestuurd en hadden wel gesprekken op niveau. Je had studenten van allerlei studierichtingen en -jaren, dat was een prettige, blikverruimende omstandigheid. Wij hadden een goede onderlinge band. Er waren ook Russinnen, Polen, maar die zaten in afzonderlijke kampjes. Een aantal van ons was in de administratie van de fabriek doorgedrongen. Die zijn er op een bepaald moment met zelf vervalste verlofpasjes vandoor gegaan. Toen werd het een gesloten kamp (in het begin hadden we nog vrij kunnen rondlopen). Ik heb daar tot 1945 gezeten en zware bombardementen meegemaakt. Toen wij bevrijd werden door de Engelsen, ben ik zes weken tolk bij hen geweest. Een hele avontuurlijke tijd.

In dat kamp waar wij zaten werkte ook een Duitse communist die ons iedere dag de Engelse nieuwsberichten doorgaf. Die man deed dat met gevaar voor zijn leven. Daar heb ik direct al het gevoel aan overgehouden dat niet alle Duitsers hetzelfde zijn. Na de oorlog heb ik een heel wrange ervaring gehad met Duitse studenten. We hebben al heel snel na de bevrijding, ik geloof in 1946, studenten uit Keulen uitgenodigd, omdat wij weer een band wilden. Die Duitse studenten kwamen. Wij moesten eten in de gaarkeuken, heel eenvoudige stampotmaaltijden, en toen vroegen die Duitsers: 'Moeten we dat eten?' Toen was het meteen afgelopen. Hopeloos, hopeloos!

Ik heb de oorlog goed overleefd, ik heb enorm geluk gehad. Eén van de studenten uit het kamp schreef direct na aankomst daar naar huis: 'Ik strooi hier zand in de machines'. Die werd onmiddellijk 's ochtends op het appel, om half zes – zes uur, uit de groep gehaald. We hebben hem nooit meer teruggezien. Ze konden je in een werkkamp plaatsen en in zes weken totaal breken. We hebben wel eens iemand uit zo'n kamp terug gekregen: een vol-

<sup>11</sup> Over de op 13 maart 1943 afgekondigde Verordening inzake de loyaliteitsverklaring van de studenten: L. de Jong, *Het Koninkrijk der Nederlanden in de tweede wereldoorlog*, VI,2 ('s-Gravenhage: Martinus Nijhoff, 1975), p. 737 e.v.

komen normale jongen die in een paar weken volledig kapot was gemaakt. Ik heb daar in Nienburg heel wat spannende momenten meegemaakt, maar daar wil ik het nu niet verder over hebben.

## Doctoraalstudie

Na de oorlog werd de studie hervat. Het was inmiddels mijn idee om na mijn doctoraal als dissertatie een uitwendige rechtsgeschiedenis te gaan schrijven van de Gouwestreek. Van Alphen aan den Rijn tot Gouda was de samenleving in de 13 eeuw ontstaan door systematische ontginningen. Daar had Gosses<sup>12</sup> al het een en ander over geschreven. Tijdens mijn studie kreeg die gedachte nader vorm. Het zou moeten gaan over de geschiedenis van het ontstaan en de verdere ontwikkeling tot in de moderne tijd van het stramien aan publiek-rechtelijke lichamen: de ambachten, de waterschappen en de gemeenten.

Toen de universiteit in september '45 weer begon, was ik er ook weer. Ik ben vrij snel afgestudeerd. Je kon in die tijd voor het eerst het doctoraal in tentamens doen. Dat was aanvankelijk een speciale service voor oorlogsstudenten. Wat die doctoraalstudie betreft: voor staatsrecht was er aanvankelijk De Savornin Lohman jr.<sup>13</sup> Daar heb ik weinig herinneringen aan, hij maakte zich min of meer van de colleges af. Van zijn opvolger, Kernkamp (hij is later nog minister geworden),<sup>14</sup> stak je erg veel op. Van Brakel<sup>15</sup> gaf burgerlijk recht: dat waren vreselijk saaie colleges. Ik heb administratief recht als keuzevak gedaan.

## Assistent bij Wiarda en promovendus bij Hijmans van den Bergh

Na mijn afstuderen in 1947, kregen alle hoogleraren juist voor het eerst een medewerker, dat heette toen assistent. Ik heb toen onmiddellijk gesolliciteerd bij Kernkamp, maar die had net De Jong<sup>16</sup> aangenomen en toen zei Kernkamp zelf: 'Ga maar naar Wiarda.' Die was pas benoemd op een nieuwe leerstoel voor administratief recht.<sup>17</sup> Hij had mij als eerste tentamen in het vak afgenomen en nam mij gaarne als assistent. Wiarda was een topjurist

<sup>12</sup> De Groninger hoogleraar geschiedenis I.H. Gosses (1873-1940), auteur van o.a. *Stadsbezit in grond en water gedurende de middel-eeuwen: een oeconomisch-historische beschouwing* (diss. Leiden 1903) en *De vorming van het graafschap Holland* ('s-Gravenhage 1915, herdrukt in zijn *Verspreide Geschriften* (Groningen 1946)).

<sup>13</sup> Jhr. B.C. de Savornin Lohman (1883-1946), hoogleraar staatsrecht te Utrecht (1912-1946).

<sup>14</sup> W.J.A. Kernkamp (1899-1956) was hoogleraar staatsrecht te Utrecht (1946-1952), en daarna minister van Overzeese Rijksdelen (1952-1956). Hij was lid van de Christelijk Historische Unie.

<sup>15</sup> S. van Brakel (1879-1953) was hoogleraar burgerlijk recht en internationaal privaatrecht, 1929-1949. *BWN*, I, p. 84-85.

<sup>16</sup> J.J. de Jong (geb. 1921) die naderhand zou promoveren op *Politieke organisatie in West Europa na 1800*, diss. Utrecht ('s-Gravenhage 1951) en daarna een aantal jaren hoogleraar politicologie aan de VU te Amsterdam is geweest.

<sup>17</sup> G.J. Wiarda (1906-1988), hoogleraar administratief recht te Utrecht (1947-1950), raadsheer in (1950) en president van (1972-1976) de Hoge Raad, en daarnaast onder meer president van het Benelux-hof (1974-1976) en lid (1966) en president (1981-1986) van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg. Zie voor een interview met hem J.M. van Dunné, *Ex tunc, ex nunc. Juristen aan het woord over de ontwikkeling van het recht* (Zwolle 1990), p. 71-98.

en ook een ontzettend beminnelijk mens. Ik kwam daar ook aan huis, dat was een hele fijne ervaring: een hoog intellectueel gezelschap. Ik was maar een dorpsjongen.

Ik heb het hele bestuursrecht doorgeploegd en zelf ook deelcolleges gegeven. Verder liet Wiarda mij alle vrijheid om mij met mijn proefschrift bezig te houden. Ik had het onderwerp al bij Hijmans van den Bergh<sup>18</sup> aangebracht, die toen hoogleraar oudvaderlands recht was. (De Monté ver Loren,<sup>19</sup> die zich in 1942 door een ‘verkeerde’ secretaris-generaal had laten benoemen, was na de oorlog ontslagen). Hijmans van den Bergh was ingenomen met mijn voorstel: promoveren op wat ik noemde de publiekrechtelijke geschiedenis van de Gouwestreek.

## Immink

Van Immink heb ik zelf nooit college gehad.<sup>20</sup> Ik was enorm onder de indruk van zijn inaugurele rede, en van wat hij later gepubliceerd heeft. Dat je eigenlijk die middeleeuwse rechtsgeschiedenis a-privaatrechtelijk moest bekijken: dat sprak mij enorm aan. Je moest er blanco tegenover staan. Zo’n beschouwing over het ter ontginning uitgeven van Hoevelaken, dat is gewoon een beschouwing van fundamentele betekenis, dan ga je pas echt zoals het hoort bezig met de middeleeuwse rechtsverhoudingen met betrekking tot de grond.<sup>21</sup> Ik heb eigenlijk nooit diepgaand contact met hem gehad. Ik heb hem één keer in Groningen bezocht en verder niet. Dat was vlak voordat hij ‘Eigendom en heerlijkheid’ (waarin hij ook ingaat op mijn proefschrift) schreef.<sup>22</sup> Het is erg jammer dat ik niet meer voeling met hem heb gehad. Hij is te jong overleden.

## Het proefschrift

Aanvankelijk had mijn onderzoek dus betrekking op de Gouwestreek. Later, na mijn ontdekking van zeer vroege ontginningen elders in de Hollandse venen, heb ik jarenlang studie van de hele Hollands-Utrechtse laagvlakte gemaakt, en toen kwam ik ook nader in aan-

<sup>18</sup> L.J. Hijmans van den Bergh (1901-1974), hoogleraar te Utrecht (1946-1971), tot 1949 voor inleiding en oudvaderlands recht, daarna voor burgerlijk recht en internationaal privaatrecht.

<sup>19</sup> J.Ph. de Monté ver Loren (1901-1974), in 1929 bij Rengers Hora Siccama gepromoveerd, was hoogleraar oudvaderlands recht te Utrecht (1942-1945, 1957-1971) en dijkgraaf van het Grootwaterschap Woerden (1932-1971). BWN, I, p. 404-405. De Monté ver Loren het recenseerde *De Cope* in *Tijdschrift voor Geschiedenis* 70 (1957), p. 104-106.

<sup>20</sup> P.W.A. Immink (1908-1965), in 1942 bij Rengers Hora Siccama gepromoveerd, heeft vlak na de oorlog het onderwijs in het oudvaderlands recht in Utrecht waargenomen en was vervolgens hoogleraar oudvaderlands recht te Groningen, 1946-1965. *Biografisch Woordenboek van Nederland*, III (’s-Gravenhage 1989), p. 286-288. Zie ook de eerder in het *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 34 (1966), p. 491-509 verschenen bio-bibliografie door R. Feenstra, herdrukt in P.W.A. Immink *Verspreide Geschriften* (Groningen 1967), p. 7-22.

<sup>21</sup> Zie P.W.A. Immink, *Recht en historie, inaugurele rede Groningen* (Groningen 1946), p. 17-18, 23 (herdrukt in Immink *Verspreide Geschriften*, p. 23-41; zie aldaar p. 35-36, 40).

<sup>22</sup> P.W.A. Immink, “Eigendom” en “heerlijkheid”: exponenten van tweërlei maatschappelijke structuur, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 27 (1959), p. 36-74, herdrukt in: Immink, *Verspreide Geschriften*, p. 55-83.

raking met die tijnzen waar Immink het over had. Volgens de heersende leer was toen vanzelfsprekend: een tijn was een grondrente, of mogelijk een soort erfpachtscanon. Door eigen studie ben ik er echter achter gekomen (met Hijmans van den Bergh heb ik er vaak over gediscussieerd), dat die tijnzen een erkenning waren van overheidsgezag. Dat heb ik in mijn proefschrift al gesteld, maar ik heb later in een publicatie in de *AGN*<sup>23</sup> nadere argumenten aangebracht. Die hebben Dekker overtuigd en nadien kennelijk ook Verhulst.

Die vroege ontginningen, dat zat zo: bij mijn onderzoek heb ik enorm veel materiaal verzameld over de middeleeuwse samenleving, en daarbij ontdekt dat er midden elfde eeuw al in de omgeving van het Braasemermeer agrarische dorpen bestonden, die door systematische ontginning in het leven moesten zijn geroepen. Volgens de heersende leer konden dat niet anders dan nederzettingen van vogelaars en vissers zijn geweest. De uitgestrekte Hollandse veengebieden zouden door hun lage moerassige gesteldheid nooit eerder in ontginning zijn gekomen, dan na de systematische dijkbescherming tegen de zee, langs IJ en Maas; en die kwam er pas zo tegen 1200. Toen ik zei dat er al in de elfde eeuw systematisch ontgonnen werd, was dat dus tegen de algemene opvattingen, van onder anderen Beekman en Gosses, en dat waren de grote mannen. Dus ik moest helemaal tegen de stroom in roeien, maar ik had keiharde bewijzen. Die waren gebaseerd op boerderijmaten en tijnbetaling, vastgelegd in een overeenkomst, die Hollandse ontginners onder leiding van een priester Hendrik in 1113 sloten met de aartsbisschop van Bremen en Hamburg.

Het onderzoek was heel boeiend. Het was voor mij een openbaring, toen me ineens duidelijk werd dat die maten en die tijnbetaling gebaseerd moesten zijn geweest op de ervaring van thuis. Ik werd op een nacht wakker, en toen dacht ik ineens: zo moet het zitten. Ik sliep die nacht niet meer. De volgende dag, met de stafkaarten erbij, dacht ik: verdorie, ja, zo is het.

Hijmans van den Bergh was heel positief over mijn proefschrift. Ik heb het tweemaal moeten herschrijven. De eerste versie was nogal primitief; ik wilde vrij snel klaar zijn. Van de tweede editie zei Hijmans van den Bergh, dat het al heel goed was, maar het kon nog veel beter. Daardoor werd ik zeer gedeprimeerd. Ik heb ontzettend gearzeld of ik nog wel een derde versie zou gaan maken, want mijn vrouw verdiende destijds de kost. Ik heb het wel gedaan, en ik ben mijn promotor erg dankbaar gebleven. Hijmans van den Bergh had volkomen gelijk. Ik ben in december 1955 op die veel voldragener derde versie gepromoveerd.

## De cope

De ‘cope’ was geen formeel middeleeuws begrip. Het is alleen de term, waarmee men – get overlet onder andere op de vele cope-plaatsnamen in de gehele laagvlakte – ontginningsover-

<sup>23</sup> H. van der Linden, ‘Het platteland in het Noordwesten, met nadruk op de occupatie circa 1000-1300’, in de nieuwe *Algemene Geschiedenis der Nederlanden* 2 (Haarlem 1982), p. 48-122.

eenkomsten placht aan te duiden. Dat gebruik nam ik over. *Cope* met een c: langzamerhand is dat een volkomen ingeburgerd begrip in de Nederlandse literatuur zonder dat men de naam Van der Linden daar nog bij noemt. Dat vind ik wel leuk, want dat geeft aan dat het een algemeen gangbaar begrip geworden is. (Terzijde: ik heb veel later ook nog een ander inmiddels algemeen gebruikt begrip geïntroduceerd. Dat is ‘allround-waterschap’. Het gaat daarbij om waterschappen in Nederland die alles doen: dijkzorg, waterbeheersing, waterzuivering.<sup>24</sup>)

### Een grievende recensie

Adriaan Verhulst<sup>25</sup> heeft mij vreselijk gegriefd in zijn recensie van mijn proefschrift. Hij heeft het afgekraakt. Ik had er helemaal niets van begrepen. Als Verhulst een tijns zag in de middeleeuwen – dan was de idee dat dat iets publiekrechtelijks zou kunnen geweest zijn gewoon een gedachte van een andere ster vandaan, van een andere wereld! Jammer, dat ik me niet tot de ontginningen als zodanig bepaald had. ‘Ware het opzet van deze studie eenvoudig tot deze problemen beperkt gebleven, het werk had zeker geslaagd mogen heten. Een paradoxaal compliment voor een jurist die in zoverre te excuseren is dat de middeleeuwse begrippen inzake eigendomsverhoudingen en gezagsorganisatie welke alles behalve modern en publiekrechtelijk waren hem – zoals helaas nog aan teveel mediëvisten en geïnteresseerde juristen – uiteraard zeer vreemd zijn gebleven’;<sup>26</sup> de middeleeuwse betekenissen achter ‘eigendomsverhoudingen’ zijn ons uiteraard zeer vreemd. Ik ben niet gauw gegriefd, maar dit was erg. Verhulst is later wel bijgedraaid, maar hij heeft zijn kritiek nooit openlijk teruggenomen. Hij is kennelijk overtuigd door een goede bekende, de grote mediaevist Kees Dekker.<sup>27</sup> Die heeft gezegd: Van der Linden heeft volkomen gelijk. In zijn publicaties heeft Dekker ook nooit meer de term ‘eigendom’ gebruikt voor de tijd vóór de receptie.

### Anachronistische geschiedbeschouwing

Als je voor de middeleeuwen met het begrip ‘eigendom’ werkt (en dat doet bijna iedereen), dan kom je altijd verkeerd uit. Eigendom is pas in de tijd van de receptie in West-Europa

<sup>24</sup> Vgl. H. van der Linden, ‘Waterschappen en waterschappen’, in: *Nederlands Juristenblad* 57 (1982), p. 266-268.

<sup>25</sup> A.E. Verhulst (geb. 1929) studeerde geschiedenis te Gent bij o.a. Ganshof en Van Werveke. Doceerde daarna te Gent over historische geografie en de geschiedenis van de Nederlanden tot zijn emeritaat in 1995. In datzelfde jaar werd hem tevens de vijfjaarlijkse Solvayprijs, België’s hoogste wetenschappelijke onderscheiding, toegekend. Zie over zijn wetenschappelijke loopbaan: W. Prevenier en E. Thoen, ‘The scholarly career of professor Adriaan Verhulst’, in: *Peasants and townsmen in medieval Europe. Studia in honorem Adriaan Verhulst* (Gent 1995), p. 15-30.

<sup>26</sup> *Revue belge de philologie et d’histoire* 35 (1957), p. 161 e.v.

<sup>27</sup> C. Dekker (geboren in Wemeldinge (Zuid-Beveland), 1933), studeerde geschiedenis te Gent en promoveerde in 1971 aan de Universiteit van Amsterdam. Hij was werkzaam in het archiefwezen (1960-1996; rijksarchivaris in Utrecht, 1975-1992), docent aan rijksuniversiteit Utrecht (1970-1981) en hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam (1981-1996).

een gangbaar, een hanteerbaar begrip geworden. Wat je in de literatuur over de middeleeuwse rechtsverhoudingen met betrekking tot de grond in heel West-Europa tegenkomt, het is een en al anachronisme, omdat al die auteurs zich baseren op de moderne, Romeinsrechtelijk geïnspireerde privaatrechtelijke systematiek. Er is zoveel recht te zetten in Vlaanderen, in Frankrijk, in Duitsland, in Engeland, overal waar men met die enge bril het middeleeuwse verleden heeft gezien en daardoor zo ontzettend veel vertekening heeft te weeggebracht. Ik zou dolgraag willen dat er eens een paar onderzoekers opstonden die met een onbevangen blik die middeleeuwse rechten op de grond te lijf zouden gaan.

Over misvattingen gesproken. Neem nu eens het leenstelsel, dat is aanvankelijk alleen maar een middel om bepaalde bevoegdheden over te dragen. Later wordt het ook gebruikt, 13e, 14e eeuw, om stukken grond uit handen te geven, maar het is begonnen – dat ben ik helemaal met Immink eens – met het transponeren van gezagsrechten. Iemand die heel extreem was in het gebruik van de term ‘eigendom’ was Van Iterson.<sup>28</sup> Die heeft om mij te bestrijden enorm veel schrijvers aangehaald, tientallen Duitse en Franse auteurs, en allemaal precies hetzelfde. Men gaat er zonder meer van uit: een cijns, een ‘erfpacht’: dat is privaatrecht; te vanzelfsprekend om verder over te discussiëren. Een man als Van Iterson heeft in wezen gewerkt met totaal misleidende a priori's. Daar keer ik mij tegen. Je moet alleen de bronnen laten spreken. Als je met de middeleeuwen bezig bent moet je neutraal staan tegenover termen als cijns, kijken wat zo'n term in de context betekend kan hebben, en niet direct een of ander etiketje erop plakken. De opvatting dat het dus erkenning van het overheidsgezag is heb ik gehaald uit het genoemde contract uit 1113 en uit Duitse vervolgstukken, maar ook uit latere Nederlandse gegevens, geheel uit de stukken zelf dus. Dat systeem, dat één denier betalen als erkenning van het gezag, om in het betreffende gebied één boerderij te mogen houden: dat bleek zowel in Utrecht als in Holland in de oudste veennederzettingen terug te vinden. Het is begonnen in de omgeving van het Braasemermeer en heeft zich over die hele laagvlakte uitgebreid.

Als iemand nu tegen me zegt dat ik zelf ook met een anachronisme werk, de tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht, dan is mijn antwoord: het is een noodsprong, je moet wel een tegenstelling creëren. Je had nu eenmaal relaties van mensen onderling en die van gezagsdragers onderling en met de onderzaten. Publiekrecht wil in dit verband zeggen het recht van de betreffende gezagsorganisaties, van de samenleving als zodanig. In mijn afscheidsrede, die helaas niet gedrukt is, maar ook in latere publicaties, kwam aan de orde dat je vóór de receptie beter zou kunnen spreken over grondgerechtigdheid en grondgezag, dan haal je een en ander helemaal los uit de sfeer van de moderne systematiek.

Het grote bezwaar van de gangbare rechtshistorische benadering van de middeleeuwse rechtsverhoudingen met betrekking tot de grond is dus dat men die zonder meer privaat-

<sup>28</sup> W. van Iterson (1897-1973), hoogleraar oudvaderlands recht te Leiden (1939-1946), publiceerde onder meer 'Beschouwingen over rolverwisseling of eigendomsverschuiving' in *Verslagen en Mededeelingen OVR*, XIII, 3 (1971), p. 407-466.

rechtelijk interpreteert. Men gaat uit van eigendom, van grondrente, van erfpacht, maar dat vind ik enorm vertekenend. In heel West-Europa, in Engeland iets minder dan in Frankrijk en Duitsland, wordt alles op dat terrein door die privaatrechtelijke bril bekeken en daardoor krijgt men van die rechtsverhoudingen een verwrongen beeld. Met name het eigendomsbegrip, dat heeft niets met de toenmalige werkelijkheid te maken. De grote misvattingen beginnen al bij de horigheid. Daarbij gaat men er zonder meer vanuit dat de hofheer eigenaar is van de grond. Maar de enige die echt recht op de grond had (in allerlei variaties) was de horige, en die kon ook niet van 'zijn' grond verwijderd worden, mits hij zich keurig aan de regeltjes hield. De heer had in het algemeen gesproken alleen maar gezag, overheidsgezag. Als je dus leest dat hij eigenaar, grondeigenaar is, dan is dat een basisvertekening, een uitgangspunt dat fundamenteel onjuist is.

### **Ambtenaar op de provinciale griffie van Utrecht (1953-1959) en secretaris(-rentmeester) van Rijnland (1959-1971)**

Na mijn medewerkerschap in Utrecht ben ik nog twee jaar, terwijl mijn vrouw de kost verdiende, bezig geweest met mijn onderzoek. In 1953 – na de overstromingsramp die Zeeland en de Zuid-Hollandse eilanden teisterde wilden alle provincies hun waterstaatsstaf versterken – heeft Hijmans van den Bergh mij gevraagd, of ik niet op de provinciale griffie in Utrecht wilde werken. Hij was benaderd ('weet je geen jurist voor de afdeling waterstaat van de provinciale griffie in Utrecht?'), en daar ben ik toen dus gaan werken; ik kreeg daar de eerste tijd gelukkig de nodige faciliteiten om *De Cope* af te maken.

Het leuke was: het was daar wetgeving in het klein, het ging om waterschappen die gecombineerd werden. We hadden toen in Nederland nog 2700 waterschappen. Nu zijn het er nog een kleine 40. Destijds moest men nog beginnen met de samenvoeging ervan. Die eerste samenvoeging in de provincie Utrecht heb ik vorm moeten geven. Daar zaten ook allerlei kwesties van overgangsrecht aan vast (Hijmans van den Bergh was gepromoveerd op overgangsrecht<sup>29</sup>). Ik voelde mij daar als een vis in het water.

In 1959 werd mij gevraagd om te solliciteren in Den Haag op de provinciale griffie, hoofd van de afdeling waterstaat. Toen ik daar al min of meer aangenomen was, kwam echter ineens het secretarisschap van het hoogheemraadschap van Rijnland in Leiden vrij, en dat was eigenlijk al van mijn middelbare schooltijd af de ideale baan die mij voor ogen stond. Toen ben ik mij bij de gedeputeerde Van Riel<sup>30</sup> persoonlijk gaan verontschuldigen: als U me niet kwalijk neemt, dan ding ik toch mee in Leiden. Daar ben ik toen van '59 tot '71 secretaris, later secretaris-rentmeester geweest. Ik had een twintig, dertig man personeel onder mij. Eén van de mooiste anekdotes die ik altijd vertel als ik het over Rijnland heb

<sup>29</sup> L.J. Hijmans van den Bergh, *Opeenvolgen van rechtsregels*, diss. Utrecht (Utrecht 1928). Promotor was Rengers Hora Siccama.

<sup>30</sup> H. van Riel (1907-1980), vooraanstaand VVD'er, was lid van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland, 1954-1970. BWN, IV, p. 421-423. Van Riel had *De Cope* besproken in *Amstelodamum* 43 (1956), p. 32.

**PROVINCIAAL BLAD VAN UTRECHT.****(Nr. 40.)**

*Besluit van 30 mei 1960, afdeling 2 A. nr. 1478<sup>89</sup>/636, houdende afkondiging van het gemeenschappelijk besluit der Staten van Zuid-Holland, Noordholland en Utrecht betreffende de betrekkingen tussen het hoogheemraadschap Rijnland en het groot-waterschap van Woerden.*

**DE GEDEPUTEERDE STATEN VAN UTRECHT**

doen te weten, dat door de Staten der provinciën Zuid-Holland, Noordholland en Utrecht in hun vergadering van onderscheidenlijk 30 juni 1959, 15 maart 1960 en 10 november 1959 is vastgesteld hetgeen volgt:

De Staten der provincies Zuid-Holland, Noordholland en Utrecht,

gezien de desbetreffende voordrachten van de gedeputeerde staten van die provincies;

overwegende, dat door de staten van die provincies bij gemeenschappelijk besluit van 9, 3 en 16 juli 1862 (afgekondigd in het Provinciaal Blad van Zuid-Holland no. 104 van 1862, van Noordholland no. 64 van 1862 en van Utrecht no. 107 van 1862), is vastgesteld de bijdrage van het Groot-Waterschap van Woerden aan het hoogheemraadschap van Rijnland in het onderhoud van de sluisen van Katwijk, zulks ter uitvoering van artikel 191 van het reglement voor dat Groot-Waterschap;

dat tussen genoemd hoogheemraadschap en genoemd Groot-Waterschap, krachtens besluiten van de verenigde vergaderingen van respectievelijk 25 maart 1959, no. VI en 5 maart 1959 een overeenkomst is tot stand gekomen, waarbij de betrekkingen tussen

is deze. Ik werd daar secretaris per 1 augustus 1959, en het grote feest in Leiden is 3 oktober. Begin september vroeg ik heel voorzichtig aan de bode-conciërge: 'wordt hier vrij gegeven op 3 oktober?' Met stemverheffing antwoordde hij, als door een adder gebeten: 'Meneer, vrij gegeven op 3 oktober? We hebben vrij op 3 oktober!'

Het secretarisschap van Rijnland was een ontzettend drukke job. Met name de regulering van de afvalwaterproblematiek die landelijk en regionaal aan de orde was, vroeg alle aandacht. Er kwam wel veel schrijfwerk uit mijn vingers maar nauwelijks iets wetenschappelijks. Naast een enkel artikel alleen één preadvies, omdat Wiarda dat graag wilde, maar dat heb ik met de grootste moeite af gekregen.<sup>31</sup> Ik was naar Rijnland gegaan met de gedachte: daar is een prachtig, schitterend archief, daar ga ik dus echt nader aan rechtsgeschiedenis doen. Maar ik viel met de neus in de harde, reële werkelijkheid, met een dagelijks bestuur (dijkgraaf en hoogheemraden), dat eenmaal per week vergaderde. Voor die vergaderingen moest ik zelf de belangrijkste stukken schrijven en er vervolgens de notulen van maken.

In de eerste vergadering van het dagelijks bestuur in 1965 heb ik gezegd: dit jaar is het 800 jaar geleden dat keizer Frederik Barbarossa bepaald heeft: de dam die de Hollanders in de vrije Rijks-Rijn gelegd hebben moet er weer uit. Barbarossa is zodoende de eerste geweest die een waterstaatkundige beslissing genomen heeft in de lage landen. Mijn voorstel

<sup>31</sup> H. van der Linden, 'Dient de wet ten aanzien van ten algemene nutte strekkende zaken bijzondere regelen te bevatten en zo ja, welke? (Preadvies)', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging* 93 (1963), I, p. 151-202.



40	2	3	40
<p>beide lichamen in hun totaliteit opnieuw worden geregeld, aan welk eerstgenoemd besluit de vereiste goedkeuring is verleend;</p> <p>dat derhalve het genoemde gemeenschappelijk statenbesluit van 9, 3 en 16 juli 1862 kan worden ingetrokken;</p> <p>dat thans mede de werking van andere vroeger getroffen regelingen van hoger gezag en van belanghebbenden, voor zoveel betrekking hebbende op de lozing van Woerdense landen op genoemd hoogheemraadschap of die van Rijnlandse landen op genoemd Groot-Waterschap kan worden beëindigd;</p> <p>gelet op artikel 206 der Grondwet, artikel 138 der Provinciale wet en artikel 63 der Waterstaatswet 1900;</p> <p>besluiten gemeenschappelijk en afzonderlijk voor zoveel het hiernavolgende hun gemeenschappelijk of afzonderlijk aangaat te rekenen van 1 januari 1959 af:</p> <p>I. in te trekken het gemeenschappelijk besluit van de staten van de provincies Zuid-Holland, Noordholland en Utrecht van 9, 3 en 16 juli 1862, tot bepaling van de bijdrage van het Groot-Waterschap van Woerden aan het hoogheemraadschap van Rijnland in het onderhoud van de sluisen te Katwijk;</p> <p>II. te bepalen dat geen rechten en verplichtingen terzake van of verbandhoudende met de lozing van Woerdense landen op genoemd hoogheemraadschap of die van Rijnlandse landen op genoemd Groot-Waterschap meer zullen voortvloeien uit:</p> <p>a. de uitspraak van keizer Frederik Barbarossa van 1165, krachtens welke onder andere de Utrechtse landen, waarvan het huidige Groot-Waterschap van Woerden een deel is, te eeuwigden dage vrijelijk door Zwammerdam zouden afwateren;</p> <p>b. de uitspraak van de hertog van Brabant van 1202 betreffende de vredesvoorwaarden tussen Utrecht en Holland van het jaar 1202, waarbij de onder a bedoelde vrije lozing aan zekere contra-prestaties is gebonden;</p>		<p>c. de uitspraak in het geschil tussen Utrecht en Holland betreffende de Wendeldijk (Spaarndam) en de sluisen daarin, van het jaar 1226, waarbij de onder a bedoelde vrije lozing aan zekere contra-prestaties is gebonden;</p> <p>d. de onderling overeenstemmende uitspraken van de Graaf van Holland c.s. en de bisschop van Utrecht betreffende afscheiding van de zuidzijde van het Groot-Waterschap van Woerden van het jaar 1363;</p> <p>e. de uitspraak van de Gecommitteerden der Staten van Holland en van Utrecht inzake de geschillen tussen Woerden, Rijnland en enige in te nemen landen, van het jaar 1612;</p> <p>f. alle andere regelingen van hoger gezag of van belanghebbenden geheel of mede op genoemde lozingen betrekking hebbende; alles voorzover die rechten en verplichtingen niet reeds anderszins zijn teniet gegaan, of zullen teniet gaan op het tijdstip van de inwerkingtreding van dit besluit en voor zover deze niet zijn gehandhaafd bij de in de aanhef van dit besluit bedoelde overeenkomst tussen genoemd hoogheemraadschap en genoemd Groot-Waterschap.</p> <p>En dat voorschreven besluit bij Koninklijk besluit van 13 mei 1960, nr. 23, is goedgekeurd.</p> <p>Gegeven te Utrecht, 30 mei 1960.</p> <p style="text-align: center;"><i>De Gedeputeerde Staten voornoemd,</i> VAN LYNDEN VAN SANDENBURG, Voorzitter. Ph. LOGGERS, Griffier.</p> <p style="text-align: center;">Uitgegeven 31 mei 1960.</p> <p>De Griffier der Staten, Ph. LOGGERS.</p>	

was een standbeeld voor hem op te richten. Het bestuur van Rijnland nam die gedachte over. Theo van de Nahmer, een befaamd beeldhouwer, kreeg de opdracht. Dat standbeeld is voor gezamenlijke rekening van Rijnland en Woerden tot stand gebracht (het groot-waterschap van Woerden waterde via Zwammerdam op het hoogheemraadschap af). Het was trouwens niet de eerste keer dat Frederik Barbarossa door mij in herinnering werd gebracht. Toen ik nog bij de provincie Utrecht werkte, moesten er allerlei oude rechten rond die afwatering worden afgeschaft. Toen heb ik voor de aardigheid in een concept-Statensbesluit van de Staten van Utrecht, van Noord- en van Zuid-Holland (die dat gezamenlijk moesten doen) gezet dat ook die beslissing van Frederik Barbarossa afgeschaft werd. Dat heeft men keurig overgenomen. Zo hebben de Staten van Utrecht, Noord- en Zuid-Holland in 1959/1960 ook de daad van Barbarossa als hoogste waterstaatswetgever van acht (!) eeuwen geleden buiten werking gesteld.<sup>32</sup>

## Dijkgraaf van Woerden (1972-1987) en lid van de Raad voor de Waterstaat

Ik had een mooie carrière in de waterschapswereld en ik voelde me daar heel erg thuis. In Rijnland had men (de hoofdingelanden) mij graag als dijkgraaf willen hebben. Schokking,

<sup>32</sup> Vgl. H. van der Linden, 'De Zwammerdam', in *Met eerbiedigende werking*. Opstellen aangeboden aan prof. mr. L.J. Hijmans van den Bergh (Zwolle 1971), p. 119-131; aldaar p. 129-130, vgl. p. 120.

de oud-burgemeester van Den Haag, vervulde die functie.<sup>33</sup> Als hij op de vraag ‘gaat U weg op Uw 65ste’ ja had gezegd, dan was ik gebleven om daar dijkgraaf te worden. Maar hij wenste dat niet te zeggen, hij kon daar tot zijn 70ste blijven. En toen kwam de VU mij vragen of ik beschikbaar was voor de vacante leerstoel rechtsgeschiedenis. Dat was een uitdaging. Ik was toen 49 jaar en ik dacht: dan ga ik weer de wetenschap in. Schokking had nog zeven jaar te gaan en zolang wilde ik niet wachten. Ik ben achteraf blij dat ik naar de VU ben gegaan. Ik heb het daar erg naar mijn zin gehad.

Niet veel later kreeg ik van een andere kant de vraag of ik dijkgraaf van Woerden wilde worden, een heel oud waterschap in het Westen van Utrecht. Dat was een weinig tijd vragende parttime functie (in Rijnland hadden zowel de dijkgraaf als de secretaris-rentmeester een fulltime functie) die ik kon combineren met het hoogleraarschap. Dat dijkgraafschap was wel de leukste baan die ik in mijn leven gehad heb. Een dijkgraaf was daar in de hele streek een erkend persoon. Ik vergaderde daar met wijze boeren en andere ondernemers. De burgemeesters van die kleine plaatsen keken tegen je op. Ik had in Woerden een hele goede secretaris, en er was maar eens in de maand een vergadering van het dagelijks bestuur. Je moest toen ook 20 hectaren grond hebben om dijkgraaf te kunnen zijn, maar ik heb dat kunnen organiseren: van een neef die in het gebied nogal wat rietlanden had ben ik tijdelijk erfpachter geworden van die benodigde 20 hectare. Later is dat benoemingsver-eiste minder geworden, en uiteindelijk werd het afgeschaft.

Ik heb in die tijd erg veel contact gehad met de Vlaamse waterschappen, dat zijn kleine tot zeer kleine polders. Die hebben praktisch geen bevoegdheden. Althans, laten we het zo zeggen: ze oefenen ze niet uit. De voorzitter van de Vlaamse waterschappen was voorzitter van een klein waterschapje. Die heb ik wel geadviseerd hoe men die Vlaamse waterschappen door samenvoeging op een moderne leest kon schoeien. Daar voelde hij niets voor, want dan zou hij zijn dijkgraafschapje kwijt zijn. Die waterschapjes, je moet er vooral niet aankomen in België. Moderne waterschappen, neen – dat lag ook politiek erg moeilijk.

In het kader van mijn dijkgraafschap kwam ik in aanraking met de ruilverkavelingen. De betreffende ambtenaren wees ik direct op de uiterst belangrijke oorspronkelijke lijnen in het landschap die ze vooral moesten ontzien. Ik heb iets dergelijks veel later nog een keer meegemaakt. Ik ben als voorzitter van de Staatscommissie voor de waterstaatswetgeving namelijk q.q. lid geweest van de Raad van de Waterstaat. We moesten de minister van Verkeer en Waterstaat op een bepaald moment adviseren over het tracé van de Hoge Snelheids-spoorlijn van Parijs naar Amsterdam, en toen ben ik ook een keer op pad geweest met die mannen van Rijkswaterstaat in Woubrugge en Hoogmade. Ik heb ze in het ontginningsgebied gewezen op de historisch uiterst belangrijke lijnen die er lopen in het landschap en – natuurlijk – op het molenbestand. Zo heb ik de Waterstaat al vroeg aan het denken gezet over de ondertunneling van het gebied die nu gaande is.

<sup>33</sup> F.M.A. Schokking (1908-1908), burgemeester van Den Haag, 1949-1956 (hij zag zich gedwongen ontslag te nemen toen via de pers bekend werd dat hij in 1942 als burgemeester van Hazerswoude een joods gezin, dat de oorlog niet overleefd heeft, had aangegeven bij de SD) was dijkgraaf van Rijnland van 4 september 1957 tot 1 januari 1974.

## Ontginningen en waterschappen

Om nog even terug te komen op Vlaanderen: ik heb min of meer aannemelijk gemaakt dat de idee van die cope uit Vlaanderen gekomen is, omdat daar in Gent al in de 10e eeuw stukjes grond systematisch werden uitgegeven voor de uitleg van de stad. Iedere nieuwe grondgerechtigde moest één muntje retributie betalen, een systeem dat men altijd privaatrechtelijk heeft uitgelegd. Die idee is kennelijk door graaf Willem II<sup>34</sup> (die zijn jeugd goeddeels in Gent doorbracht) opgepikt en overgenomen voor zijn wildernisuitgifte. Dat heeft Verhulst trouwens ook nooit helemaal bestreden. In Vlaanderen, bij de Sint Baafsabdij, daar heb je ook oude landtjnsjes, en dat zijn mijns inziens tjnsjes die corresponderen met de tjnszen die ik hier gevonden heb. Daar zou nog eens brilloos naar moeten worden gekeken. Verhulst liet de problematiek tot nog toe liggen.

Wij hebben heel veel aan Vlaanderen te danken, maar je moet natuurlijk niet zeggen dat het allemaal uit Vlaanderen komt: de samenleving heeft zich hier op een eigen manier ontwikkeld. Die hele geschiedenis van de oudste ontginningen in Vlaanderen moet eigenlijk nog geschreven worden. In Nederland bestaat daarvoor veel meer aandacht. Het gaat natuurlijk ook over iets dat essentieel is voor ons bestaan. Het land ging door de ontginningen sterk inklinken, we hadden geleidelijk aan dijken nodig en het werd nodig bij eb via sluisen op het buitenwater te lozen. Toen zijn er al in de 12e eeuw grote streekwaterschappen ontstaan, door samenwerking van buurschappen, van plaatselijke gemeenschappen. Die lichamen waren gewoon nodig om in Nederland boven water te blijven, en dat ligt in België wat anders. Wij hadden sinds de grote stormvloed van tweede helft van de 12e eeuw in Nederland de grote bedreiging van de toen tot zeearm geworden Almere, de latere Zuiderzee. Het drama was ook dat de uitmonding van de Oude Rijn in de Noordzee bij Katwijk door de vloed overstopte. En toen moest men afwateringskanalen naar het noorden gaan graven. En in 1122 bijvoorbeeld heeft men de Kromme Rijn afgedamd bij Wijk bij Duurstede. Dat maakte het ook mogelijk om de streek daarachter te ontginnen. Die dam werd het object van een waterschap, dat wil zeggen: de verschillende achterliggende dorpjes gingen gezamenlijk die dam onderhouden en zo ontstond daar het oudste Nederlandse streekwaterschap, het inmiddels opgeheven hoogheemraadschap van de Lekdijk Bovendam.

## Hoogleraar aan de VU (1971-1987)

Als hoogleraar wilde ik me bezig houden met de ontginningen, met het leenstelsel, met de horigheid, met het ontstaan van dorpen en waterschappen. In mijn oratie *Recht en territoir*<sup>35</sup> heb ik dat op een rijtje gezet. Ik heb aan dat onderzoek met groot plezier gewerkt. Die-

34 1228-1256, graaf van Holland sinds 1234, Rooms koning sinds 1247.

35 *Recht en territoir. Een rechtshistorisch-sociografische verkenning* (Assen 1972).

zelfde onderwerpen kwamen ook bij het onderwijs aan de orde, en verder de regalia; ook aan Hugo de Groot werd altijd de nodige eer gegeven (diens systematiek en terminologie, waarbij hij zich helemaal losgemaakt heeft van de terminologie van het Romeinse recht). En dan de zeventiende eeuw: hoe toen de bestuurlijke ontwikkelingen waren, etc. Centraal stonden in mijn colleges ontstaan en structuur van de samenleving. Vaak begon ik met een college over archeologie. Over koningsgraven bijvoorbeeld, en dus over rangen en standen in de oudste ons bekende samenlevingsvormen. De colleges ‘oudvaderlands recht’ (later ‘Nederlandse rechtsgeschiedenis’) waren verplicht – en zijn dat nog steeds – voor juristen. Veel aandacht besteedde ik aan het leenstelsel en de publiekrechtelijke betekenis daarvan: het gaat daarbij (zoals al gezegd) in oorsprong niet over grond, maar over gezag. Aanvankelijk gaf ik ook Romeins recht. Maar bij mijn aanstelling had ik al bedongen dat er voor dat onderdeel van de rechtsgeschiedenis een collega zou komen. Dat werd mijn toenmalige medewerker Schrage.

Hapklare brokken serveren, die dienstig zijn voor het begrijpen van het geldende recht zoals dat de laatste jaren meer en meer gevraagd wordt: dat heb ik altijd geweigerd. Zo trachten rechtshistorici tegenwoordig het hoofd boven water te houden. Ik vind dat een heel gevaarlijke tendens. In mijn tijd was dat gelukkig nog geen item. Rechtsgeschiedenis hoeft niet nuttig te zijn voor de hedendaagse rechtspraktijk. Het is verbazend jammer dat de rechtsgeschiedenis als zodanig nauwelijks meer zuiver als wetenschap beoefend wordt. Dat neemt niet weg dat je kunt en moet laten zien hoe het verleden en hoe rechts-historische ontwikkelingen tot in onze tijd zichtbaar zijn gebleven en medebepalend zijn: het hele waterschapswezen, de buurschappen en ambachten als democratische factor, de veranderingen in de Franse tijd door de komst van de burgerlijke gemeente. Het gaat erom de studenten te laten zien hoe alle recht in de context van zijn tijd functioneert. De ontwikkeling van de samenleving als zodanig schetsen, aan studenten duidelijk maken hoe hun hele leefomgeving is ontstaan, dat vind ik veel belangrijker dan ze vol te pompen met Romeins recht. Trouwens: de studie van het Romeinse recht als zodanig waar al zo ontzettend veel en veelzijdig over is gepubliceerd kan geen gezichtspunten van wezenlijk nieuwe betekenis meer opleveren. Het gaat nog maar over hele kleine kwesties. Het zijn detailpunten; fundamenteel-wetenschappelijk heeft het eigenlijk niet veel meer om het lijf.

Wat ik in die tijd ontstellend vond was het niveau van de eerstejaars. Zoals ze tentamenvragen beantwoordden! Nederlands waar je versted van stond! Bij de studenten van het tweede jaar was dat wel wat beter. De moeilijkheid was dat je tentamencijfers niet mede op taalkundige aberraties mocht baseren. Je moest kijken of ze de zaak begrepen hadden, hoe slecht ze ook Nederlands schreven. Een andere moeilijkheid was – ook toen al – dat je in je colleges ook de algemene geschiedenis, het uit elkaar houden van Karel V en Karel de Grote, erbij moest geven. Anders begrepen de studenten het eigenlijke verhaal niet. Ze hebben voor het eindexamen van de middelbare school ook alleen maar moderne geschiedenis (als ze in de laatste fase tenminste nog geschiedenis krijgen).

## Binnen en buiten de kring der rechtshistorici

Tom de Smidt, collega van de Universiteit van Amsterdam, daar had ik direct een goede relatie mee. We hebben samen het door hem geleide rechtshistorisch dispuut C.R.A.S. door deelname uit de VU verder uitgebouwd. In de kring van rechtshistorici werd ik al snel gewoon aanvaard. Toch voelde ik me zelf altijd maar een halve rechtshistoricus omdat ik ook erg veel wetenschappelijke contacten had met historisch-geografen, met name Wageningers. Bovendien ben ik – zoals vermeld – op allerlei manieren met nevenwerkzaamheden op andere terreinen actief geweest. De combinatie heb ik altijd als heel prettig ervaren, hoewel daardoor de rechtsgeschiedenis misschien wel eens wat te kort gekomen is. Als ik me volledig op de rechtsgeschiedenis geconcentreerd had, had ik waarschijnlijk veel meer gepubliceerd. Daar staat tegenover dat die inbreng van buiten voor studenten heel verrijkend kan zijn. Het bestuur van de VU stond trouwens zeer positief tegenover dat dijkgraafschap.

In mijn periode aan de VU ben ik bij herhaling opgetreden als getuige-deskundige in procedures, bijvoorbeeld over een oude visrecht kwestie. Ik was in mijn tijd in Rijnland al betrokken geraakt bij de in de jaren 1960 door de gemeente Amsterdam geëntameerde processen betreffende de dertiende penning. De gemeente had voor zandwinning in verband met de aanleg van de Bijlmer water en grond gekocht in Abcoude en nu waren er gerechtigden tot de dertiende penning die aanspraak maakten op aanzienlijke sommen geld. Dat vond de gemeente uit de tijd. Vandaar dat Amsterdam de advocaat Hardenberg aantrok om bij de rechter te betogen dat het recht van de dertiende penning door de Bataafse staatsregeling van 1798 was tenietgegaan. De dertiende penning (ik was daar natuurlijk tegen aan gelopen in die Hollands-Utrechtse laagvlakte) hield in dat bij de overdracht van de grond een dertiende van de waarde van die grond moest worden betaald aan de gerechtigde tot die penning.

Bij die processen was ik niet rechtstreeks betrokken, maar als adviseur van mr. Hardenberg. Ik was zeer vereerd dat hij mij benaderde om voor een moderne zaak mijn oude kennis weer op te vijzelen en daarmee verder te gaan. Er is tot in de hoogste instantie, tot de Hoge Raad toe, over geprocedeerd maar de Hoge Raad bleef uiteindelijk toch bij het eerder ingenomen standpunt dat dit recht niet een belasting maar een zakelijk recht was en dat het daardoor de Bataafse en Franse tijd overleefd had.<sup>36</sup> Om het karakter van deze dertiende penning en de daarmee door sommigen verbonden ‘eigendomsverschuiving’ is een hele controverse ontstaan, zoals met Van Iterson.<sup>37</sup> Van Iterson had over het karakter van de dertiende penning een hele andere mening dan ik, en natuurlijk een privaatrechtelijke.

<sup>36</sup> HR 25 april 1969, NJ 1970, no. 3 (met conclusie van A-G M.S. van Oosten en noot van L.J. Hijmans van den Bergh) en HR 10 oktober 1975, NJ 1976, no. 567 (met conclusie van P-G M.S. van Oosten).

<sup>37</sup> Vgl. hierboven, noot 25. Van Itersons eerste studies over de dertiende penning verschenen in de *Verslagen en Mededeelingen OVR*, IX,3 (1938), p. 249-282, respectievelijk het *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie*, nrs. 3611-3613 (1939), p. 109-111, 121-124, 137-139. Van Iterson beschouwde de dertiende penning als een zakelijk recht, Van der Linden zag er een belasting in.

Merkwaardig genoeg heb ik pas onlangs ontdekt dat die dertiende penning zijn oorsprong onmogelijk in de tijd van de ontginningen kan hebben. Ze kan pas in de vijftiende eeuw ontstaan zijn, en dan zeker als plaatselijke belasting. In de Dekker-bundel heb ik laten zien dat de Hoge Raad er helemaal naast zat.<sup>38</sup>

## Interdisciplinair onderzoek

Ik heb alle respect voor rechtshistorici die zich met instituties als koop en verkoop, huwelijk en dergelijke bezig houden, dan hoeft je misschien niet erg interdisciplinair te zijn. Maar zodra je de samenleving als zodanig als onderwerp neemt, dan moet je natuurlijk de algemeen historische feiten en de sociologische omstandigheden meenemen, want anders geef je een vertekend beeld. Als je rechtsgeschiedenis bedrijft van instituties die niet met de grond te maken hebben, is dat anders, maar als je bezig gaat met rechtsgeschiedenis van de grond en wat ermee samenhangt, dan moet je interdisciplinair te werk gaan, anders wordt het natuurlijk al te eenzijdig.

Ik ben altijd interdisciplinair bezig geweest. Toen ik aan mijn proefschrift werkte, had ik al veel contact met Wageningen. In de jaren zeventig, in mijn hoogleraarstijd, heb ik samen met de historici Blok en Dekker en de geograaf Heslinga<sup>39</sup> een door ZWO (nu NWO) gesubsidieerd project gehad: de oudste geschiedenis van het gebied van het groot-waterschap van Woerden. Ik ben langzamerhand eigenlijk geëvolueerd, met name na mijn emersitaat, tot historisch-geograaf, maar wel nog altijd met Fingerspitzengefühl voor de juridische kant van de problematiek. Als ik met andere historisch-geografen of fysisch-geografen spreek, dan valt er op het juridische vlak altijd wel wat recht te zetten.

Over historische geografie gesproken: die heeft me interessante contacten met Engeland en Duitsland opgeleverd.

## Holland, Engeland, Duitsland

Op een internationaal veencongres in Wageningen had ik in 1981 een voordracht gehouden<sup>40</sup> en kennis gemaakt met prof. Ravensdale uit Cambridge (die was daar mijn counter-

<sup>38</sup> Zie H. van der Linden, 'De oorsprong van de dertiende penning in Abcoude en omgeving', in: *De Kerk en de Nederlanden. Archieven, instellingen, samenleving*. Aangeboden aan prof.dr. C. Dekker bij zijn afscheid als rijksarchivaris en als hoogleraar in de archiefwetenschap alsmede de palaeografie van de 14e tot en met de 17e eeuw aan de Universiteit van Amsterdam (Hilversum 1997), p. 129-141.

<sup>39</sup> De mediaevist D.P. Blok (geb. 1925) was behalve directeur van het Meertensinstituut hoogleraar nederzettingsgeschiedenis in verband met de plaatsnaamkunde aan de Universiteit van Amsterdam. M.W. Heslinga (geb. 1922) was hoogleraar in de sociale geografie aan de VU.

<sup>40</sup> H. van der Linden, 'History of the reclamation of the western fenlands and of the organizations to keep them drained', in H. de Bakker en M.W. van den Berg (ed.), *Proceedings of the Symposium on peat lands below sea level* (ILRI Publication 3; Wageningen 1982), p. 42-73.



Na de onthulling van het beeld van priester Hendrik in Rijnsaterwoude op 8 september 2001 (zie het slot van dit interview).

part, zoals ze dat noemden). Toen ik een keer in Engeland was, ben ik bij hem langs gegaan en daar trof ik een zekere David Hall.<sup>41</sup> Die had daar net kaarten op tafel neergelegd met daarop de oudste veenontginningen in Cambridge en Lincolnshire, met de bijbehorende namen. Ik was volkomen perplex door de Hollandse namen die daarop te zien waren, en de Hollandse afmetingen: allemaal van die mij bekende strookvormen. En toen ben ik daar twee keer een paar weken naar toe geweest voor onderzoek ter plaatse. Op het archief in Cambridge was het heel moeizaam werken: ik schopte onmiddellijk tegen Engelse schenen aan, want Hollandse activiteiten ter plekke – daar wilden zij niet aan. En dat terwijl de streek rond Boston<sup>42</sup> Holland heet! Op een congres in Leeds heb ik over die Hollandse invloed gesproken en de deskundigen uit Engeland moesten mij toen toegeven dat hun streeknaam Holland wel van Hollandse ontginners afkomstig moest zijn. Een artikel daarover hoop ik binnen afzienbare tijd te voltooien.

Duitsland, dat is een ander verhaal. Voor mijn proefschriftonderzoek is heel belangrijk

<sup>41</sup> J.R. Ravensdale (geb. 1920) en D. Hall (geb. 1938).

<sup>42</sup> Aan de Noordzee gelegen havenstad (hemelsbreed ca. 165 km ten noorden van Londen) in het graafschap Lincolnshire.

geweest een studie van Rietschel die in 1901 vermoedde dat de door hem onderscheiden ‘bäuerliche Gründerleihe’ (collectieve wildernisuitgiften) van Hollandse oorsprong waren, evenals de kolonisten uit de reeds ter sprake gekomen Bremer oorkonde uit 1113, waarop Rietschel zich baseerde.<sup>43</sup> Omstreeks 1980 werd ik benaderd door een dominee uit Steinkirchen (bij Hamburg), waar men aandacht wilde besteden aan het stichten van dat dorp en dorpen in de omgeving door Hollandse kolonisten. Het is een van de vele Holländerdörfer in Noordwest Duitsland met een typisch Hollandse verkaveling. De dominee had gehoord dat ik er in *De Cope* over geschreven had. Er werden de nodige contacten gelegd. Veel later (1993) ben ik er getuige van geweest dat in Steinkirchen een standbeeld is opgericht voor priester Hendrik, de voortrekker van deze ontginners. De dominee, die het initiatief voor dat gedenkteken had genomen, vond dat er voor priester Hendrik en de zijnen eenzelfde standbeeld in hun Hollandse streek van afkomst moest komen. Wij hebben om dat te bereiken hier een stichting ad hoc opgericht. Het is warempel gelukt het benodigde bedrag, 115.000 gulden, bijeen te brengen. Op 8 september van het vorig jaar is het evenbeeld van priester Hendrik bij de kerk van Rijnsaterwoude onthuld.

43 S. Rietschel, ‘Die Entstehung der freien Erbleihe’, in ZSS GA 22 (1901), p. 181 e.v.



## GALBERT VAN BRUGGE EN ‘RECHT IS POLITIEK’\*

Galbert van Brugge’s verhaal van de dramatische gebeurtenissen in het graafschap Vlaanderen in de jaren 1127 en 1128 is onder mediëvisten wel bekend. Het is sinds vele jaren onder meer druk bestudeerd door de rechtshistorici, die voornamelijk de gegevens over staats-, straf- en personenrecht hebben geanalyseerd.<sup>1</sup> In deze bijdrage wens ik Galbert onder de loep te nemen met betrekking tot de verhouding tussen recht en politiek. Doch eerst enkele gegevens over de Brugse notarius en zijn verhaal.

Op 2 maart 1127 werd Karel de Goede, graaf van Vlaanderen, te Brugge in zijn burchtkerk om het leven gebracht door opstandige horigen, die hun invloed in het graafschap bedreigd zagen. Aangezien de graaf kinderloos was, ontbrandde een strijd om de erfopvolging onder een aantal pretendentes die allemaal tot de Vlaamse dynastie behoorden. Na allerlei dramatische wendingen – en de bestraffing van de samenzweerders die de moord op Karel de Goede op hun geweten hadden – bleven de twee meest kanshebbende pretendentes over. De eerste was Willem Clito, een kleinzoon van Willem de Veroveraar (die met de Vlaamse gravendochter Mathilde was gehuwd) en een zoon van Willems oudste zoon, hertog Robert Curthose van Normandië. Laatstgenoemde was in 1106 door zijn jongere broer Hendrik I, koning van Engeland, van zijn hertogdom beroofd en gevangelijk overgebracht naar Engeland. Willem Clito droomde er natuurlijk van zijn vader uit de Engelse gevangenschap te verlossen en op de Normandische troon te herstellen. De heerschappij over het graafschap Vlaanderen bood hem daartoe een goede uitvalsbasis. De koning van Frankrijk, Lodewijk VI, was deze afloop ook zeer genegen, want hij lag overhoop met de Engelse vorst en zag Vlaanderen als een bondgenoot in die strijd. Het is dus begrijpelijk dat hij, als leenheer van het graafschap (ten westen van de Schelde), in Vlaanderen is opgetreden om zijn kandidaat, Willem Clito, als nieuwe graaf te doen aanvaarden (hetgeen in een eerste fase dan ook is gebeurd).

De andere belangrijke pretendent was Diederik van de Elzas, een kleinzoon van de Vlaamse graaf Robrecht de Fries (langs diens dochter Geertrui, die met Diederik II, hertog van Opper Lotharingen, gehuwd was). Door allerlei onhandigheden verloor Willem Clito de goodwill van de Vlaamse steden, zodat – mede dank zij Engelse steun – de kansen van

\* Licht bijgewerkte versie van een lezing gegeven in Amsterdam op 15 oktober 1999 in het kader van het Congres Galbert van Brugge en de aanvang van de Nieuwe Tijd in de twaalfde eeuw, ingericht door het Instituut voor Cultuurgeschiedenis van de Universiteit van Amsterdam en de Onderzoeksschool Mediëvistiek.

<sup>1</sup> Zie R.C. van Caenegem, *Galbert van Brugge en het Recht* (Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Kl. Lett. Jg. XL, nr. 1; Brussel 1978) en R.C. van Caenegem, *Galbert of Bruges on Serfdom, Prosecution of Crime, and Constitutionalism*, in: B.S. Bachrach en D. Nicholas (eds.), *Law, Custom, and the Social Fabric in Medieval Europe. Essays in Honor of Bryce Lyon* (Studies in Medieval Culture, XXVIII; Kalamazoo, Michigan 1990), p. 89-112, en de bibliografie aldaar.

Diederik van de Elzas in stijgende lijn gingen, tot het in 1128 tot een regelrechte burgeroorlog kwam tussen de aanhangers van Willem en Diederik. In de zomer van dat jaar schenen de krijgskansen Clito te begunstigen, doch in juli 1128 werd hij door een speer getroffen en hij overleed kort nadien aan de gevolgen van zijn verwonding. Daarmee was de strijd beslist en Diederik van de Elzas werd zonder verdere problemen als nieuwe graaf aanvaard en erkend.

Het is van deze gebeurtenissen dat Galbert van Brugge, die werkzaam was in de grafelijke kanselarij, een dagboek heeft bijgehouden, dat onder meer een kostbare bron is voor de studie van het recht. Dit is des te meer het geval daar hij als opsteller van officiële documenten getraind was om juridische situaties en handelingen precies te observeren en accuraat te beschrijven. Van zijn oorspronkelijke Latijnse tekst, bestaan twee moderne edities, een door een Belgische historicus<sup>2</sup> en een door een Amerikaanse filoloog.<sup>3</sup> Een Engelse vertaling, uit 1960, met een voortreffelijke Inleiding door een Amerikaanse mediëviste, wordt thans veelvuldig gebruikt in mediëvistische seminaries in de Verenigde Staten.<sup>4</sup> Een Nederlandse vertaling, uit 1978, van de hand van een Amsterdamse mediëvist, is thans ook in paperback beschikbaar.<sup>5</sup>

De woorden *Law and politics* in de titel van mijn bijdrage komen van een slogan van de school van de *Critical legal studies* die een groot succes heeft gekend, voornamelijk aan de Harvard Law School in de jaren 1970 en 1980. Het volle citaat luidt als volgt: 'Law is Politics under another guise'. Het recht met andere woorden staat niet en bestaat niet gescheiden van de politiek. De mensen van die school geloven niet in de pretentie van objectiviteit die *political commitment* zou overstijgen, ze zijn dus tegen de school van de autonomisten die geloven dat het recht bestaat uit de beoefening en de verdere ontwikkeling van eeuwige principes, die door exegese en deductie worden uitgewerkt tot grote theorieën. Zij geloven dat het recht eerder moet worden gezien als een vrucht van de politieke verschuivingen.<sup>6</sup> Natuurlijk zijn die inzichten van de *Critical legal studies* niet zo nieuw. De discussie werd reeds in Duitsland in de 19de eeuw gevoerd – ik verwijs hier naar het werk van Rudolf Jhering uit 1872 met de sprekende titel *Der Kampf ums Recht*: de 'strijd om het recht'. Verschillende groepen strijden om de controle van het recht, omdat wie het recht in handen heeft natuurlijk een enorme impact heeft op de samenleving. Vandaar ook de discussie die dan

2 H. Pirenne (ed.), *Histoire du meurtre de Charles le Bon, comte de Flandre (1127-1128)*, par Galbert de Bruges (Parijs 1891; Collection de textes pour servir à l'étude et à l'enseignement de l'histoire).

3 J. Rider (ed.), *Galbertus notarius brugensis. De multro, traditione, et occisione gloriosi Karoli comitis Flandriarum* (Corpus Christianorum. Continuatio Mediaevalis, CXXXI; Turnhout 1994).

4 J.B. Ross, *The murder of Charles the Good, count of Flanders, by Galbert of Bruges*, translated with an introduction and notes (Records of Civilization. Sources and Studies, Columbia University, LXI; New York, 1960). Paperback uitgave door de University of Toronto Press in assoc. met de Medieval Academy of America, 1984, in de reeks Medieval Academy Reprints for Teaching.

5 R.C. van Caenegem, A. Demyttenaere en L. Devlieghe, *De moord op Karel de Goede, door Galbert van Brugge* (Leuven 1999). De vertaling is van de hand van A. Demyttenaere, de historische inleiding van R.C. van Caenegem en de topografische inleiding, getiteld 'Brugge in het dagboek van Galbert', van L. Devlieghe.

6 J.M. Kelly, *A short history of Western legal theory* (Oxford 1992), p. 432-436, waar speciaal wordt verwezen naar R.M. Unger, 'The Critical Legal Studies Movement,' in: *Harvard Law Review* 96 (1982-83), p. 561-675.

in Duitsland werd gevoerd over de vraag 'is rechtsgeschiedenis *Ideengeschichte* of *Machtsgeschiede*? Politieke geschiedenis of culturele geschiedenis? Die Duitse pennetwist heeft een sterke invloed gehad in Amerika, net als de Duitse rechtswetenschap in het algemeen. Ik verwijz daarvoor naar het boek van Matthias Reimann in 1995, *Historische Schule und common law. Die Deutsche Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert im Amerikanischen Rechtsdenken*.

Bij de behandeling van het thema 'Recht en Politiek', komen verscheidene aspecten als vanzelf voor de geest. Ik denk bijvoorbeeld aan de grote codificaties in de Europese rechtsgeschiedenis, die het resultaat zijn geweest van diepgaande politieke verschuivingen. In de 17de eeuw grepen de puriteinse revolutionairen de macht in het koninkrijk Engeland en hadden zij als één van hun programmapunten de codificatie van het common law. Zij hebben daartoe zelfs een commissie ingesteld, maar hun bewind heeft niet lang genoeg geduurd om tot de realisatie van dat project te komen en het common law is nog altijd ongecodificeerd. Dat was pure politieke geschiedenis.<sup>7</sup> Hetzelfde geldt voor de Franse codificaties na de Revolutie. Het Ancien Régime verdween en dus ook het Ancien Droit (gewonterecht, kerkelijk recht, Romeins recht). Alles moest weg, om plaats te maken voor de codificatie. De revolutionairen gingen aan het werk, het ene project na het andere werd klaargestoomd, maar telkens als die ontwerpen bijna klaar waren om wetgeving te worden, veranderde het politieke klimaat en werden ze opzij geschoven om plaats te maken voor nieuwe ideeën. Het is tenslotte de *Code civil* van 1804 die het heeft gehaald, zelf de vrucht van het nieuwe, post-revolutionaire, bijna contra-revolutionaire regime van Napoleon. Zijn code is dan ook een sterk conservatieve wettekst.<sup>8</sup> De politiek speelde ook een grote rol rond het *Bürgerliches Gesetzbuch* van Duitsland, dat in werking is getreden in 1900, het laatste jaar van de 19de eeuw. Dat BGB was hoofdzakelijk gebaseerd op Romeins recht in zijn Duitse vorm, het *gemeine Recht* of Pandectistenrecht. Het was professorenrecht, vooral het werk van de grote pandectist Bernhard Windscheid. Doch toen de NSDAP in 1933 aan de macht kwam was één van haar eerste programmapunten dat het *Bürgerliches Gesetzbuch* (het woord *bürgerlich* alleen was reeds verdacht) moest verdwijnen en vervangen worden door een *Volksgesetzbuch*. Reeds in het programma van de NSDAP van 1923 werd dit als een desideratum aangestipt, want daar kon men lezen dat de partij er moest voor zorgen dat het cosmopolitische materialisme van het Romeinse recht werd vervangen door een eigen *deutsches Gemeinrecht* (niet *das gemeine Recht*, maar een *Gemeinrecht*, een gemeenschapsrecht). In 1933 werd de *Akademie für Deutsches Recht* opgericht met Hans Frank als directeur en werd werk gemaakt van het nieuwe *Volksgesetzbuch*. Verscheidene projecten zijn klaargekomen en gepubliceerd, maar de nazi-code zelf is nooit wet geworden.<sup>9</sup> Na 1945

7 Het ideaal was een 'pocket-book code in plain man's English', waaruit op zondag in de kerk zou worden voorgelezen! De voorzitter van de door ons vermelde commissie van 1652 was de zeer geleerde common lawyer Sir Matthew Hale, die graag een *Corpus Juris Communis* had zien tot stand komen. Zoals bekend, is niets van deze plannen verwezenlijkt. Zie J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (London 21990), p. 244-250.

8 Zie onder meer het recente werk van J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil* (Parijs 1992).

9 H. Hattenhauer, 'Das NS-Volksgesetzbuch', in: A. Buschmann et al. (eds.), *Festschrift für Rudolf Gmür* (Bern 1983), p. 255-279. Over de rol van Hans Frank consultere men C. Schnudnagies, *Hans Frank. Aufstieg und Fall des NS-Juristen und Generalgouverneurs* (Rechtshistorische Reihe, 67; Frankfurt 1989).

bleek weer de impact van de politiek, want het Romeinse recht, dat verguisd werd door het verdwenen regime, werd in eer hersteld. Ik denk aan het boek van Paul Koschaker uit 1947, *Europa und das römische Recht* (ik bezit een exemplaar, op zeer slecht papier, van die eerste uitgave en heb me vaak afgevraagd waar men in 1947 in Duitsland de mogelijkheid heeft gevonden om dat Hooglied op de rol van het Romeinse recht in de Europese geschiedenis uit te geven). Daarna is Helmut Coing aan het werk gegaan in het Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt, met onder meer het fundamentele *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, waarin het accent zeer duidelijk ligt op de rol van het *gemeine Recht*. Coing heeft zelf ook een leerboek van het *gemeine Recht* gepubliceerd, als het grote bindelement van het Europese recht.<sup>10</sup> De naam van Franz Wieacker mag hier ook vermeld worden. Deze vooraanstaande rechtshistoricus, tegelijk romanist (auteur van een leerboek van het antieke Romeinse recht) en historicus van het moderne Europese recht, was als jonge geleerde, in de dertiger jaren, gewonnen voor de ideeën van de *Akademie für Deutsches Recht*, waarvan hij een wetenschappelijk medewerker werd, maar heeft na de oorlog in andere politieke omstandigheden de rol van het Romeinse recht ontdekt. Zijn klassiek werk, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, opent met een zeer uitgebreid hoofdstuk over de herontdekking van het Romeinse recht in de late middeleeuwen.<sup>11</sup>

Een ander aspect van de wisselwerking tussen politiek en recht, is natuurlijk dat de wet (ik zeg niet het hele recht, maar de wet *stricto sensu*) wordt gemaakt door de politieke machthebbers, koningen en assemblees, met andere woorden politieke leiders die handelen volgens eigen inzicht en belang, zodat de wet dus letterlijk politiek is. Ik behandel dat hier verder niet, en volsta met een verwijzing naar de *lex comitum Flandriae* over de degradatie van vrije mannen door huwelijk met onvrije vrouwen (Galbert, kap. 25), en naar de *lex obsidionis*, uitgevaardigd door de leiders van het anti-Ere baldenkamp en bestreden door de Bruggelingen omdat hun belangen erdoor werden geschaad. Er was nl. een poorter gearresteerd (kapittel 59), maar onmiddellijk riepen de Bruggelingen, ‘se nunquam velle pati dominium’: dat ze weigerden onder iemands gezag of macht te staan, want het was hun eigen bevoegdheid dat misdrijf te bestraffen.

Ik ga daar niet verder op in, want ik kom nu tot mijn hoofdthema, het politieke gebruik van rechtsregels: het recht als dienstmeid van de politiek, niet de filosofie als *ancilla* van de theologie, maar het recht als *ancilla* van de politiek. Vaak ligt de ware drijfveer in de politieke beslissing of de politieke noodzaak en worden de regels van het bestaande recht gebruikt – soms mag men zeggen misbruikt – om dat doel te bereiken of althans juridisch in te kleuren. Een beroep op het recht komt steeds goed over bij de publieke opinie en het is

<sup>10</sup> *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, I: Älteres Gemeines Recht, II: 19. Jahrhundert* (München 1985-1989).

<sup>11</sup> In 1996 heeft de Cambridge geleerde Tony Weir bij de Oxford University Press een Engelse vertaling gepubliceerd van Wieackers klassiek werk onder de titel *A History of Private Law in Europe* (gebaseerd op de 2e uitgave van 1967 en met een inleiding door R. Zimmermann). Ze werd gerecenseerd door James O. Whitman van de Yale Law School in een bespreking waar de lezer interessante gegevens vindt over Wieackers ontwikkeling (*Law and History Review*, 17 (1999), p. 400-402).

ook een toegeving aan het echte gevoel voor recht en rechtvaardigheid in de mens. Deze politieke aanwending betreft eerder een oneigenlijk gebruik – noem het manipulatie – dan een misbruik van het recht. Natuurlijk kan niet ieder gebruik van het recht met een politiek doel manipulatie worden genoemd: wie de verkiezingen wint volgens de wet en zijn parlementszetel opeist maakt volkomen legitiem gebruik van het recht. Met oneigenlijk gebruik bedoel ik een beroep op de rechtsregels, niet omwille van het recht zelf of louter ter vrijwaring van een rechtsprincipe, maar als een middel, een camouflage, om het ware – politieke – doel te bereiken. Wanneer met andere woorden iemand jarenlang in een bepaalde politieke situatie een misbruik heeft gedoogd en dan plots, in een veranderde constellatie, moord en brand schreeuwt en gaat eisen dat integraal recht geschiedt, dan is het duidelijk dat deze roep om herstel van de wettige toestand niet voortspuit uit een principiële bekommernis om de rechtsregels, maar dat deze laatste gemanipuleerd worden om een politiek doel te bereiken.

Ik wil thans uit Galberts verhaal een vijftal voorbeelden presenteren van dit fenomeen. Het eerste komt uit het feodale recht waarnaar Galbert dikwijls verwijst, hetzij in de woorden van zijn dramatis personae, hetzij in zijn eigen reflecties. Doch die verwijzingen naar het leenrecht ondergaan opvallende metamorfosen in functie van het politieke decor. Bekijken we om te beginnen de cruciale vraag van de opvolging van Karel de Goede. In een eerste stadium duidde de Franse koning-leenheer de opvolger van zijn leenman aan bij ontstentenis van een directe afstammeling, hetgeen gebeurde volgens het leenrecht en werd geaccepteerd door de Franse en de Vlaamse baronnen en de andere Vlamingen. Lodewijk VI maakte gebruik van het recht, wat hem natuurlijk in dit geval ook goed uitkwam, maar Clito was politiek aanvaardbaar voor de Vlamingen. Hij was een lid van de oude Vlaamse gravendynastie. Hij was vertrouwd met Vlaanderen, waar hij enkele jaren als kind had doorgebracht toen hij in Normandië werd opgejaagd door zijn boze oom, en het graafschap was duidelijk bereid hem een kans te geven. Een jaar later was de situatie veranderd. Clito was politiek onmogelijk geworden, althans bij de stedelingen en een deel van de adel en de ridderschap. Een reeks juridische en politico-economische verwijten werden de koning en Clito naar het hoofd geslingerd en de jonge graaf had de steden ontstemd in kwesties van horigheid en vrijheid, een zeer delicate materie in alle lagen van de bevolking, maar vooral in het stedelijke milieu. Het incident van Rijsel, waar Willem Clito in augustus 1127 één van zijn weggelopen horigen aantrof tijdens de jaarmarkt en hem opeiste en in de boeien liet klinken, is tekenend. De ontvluchte horige moest volgens het recht van die tijd terug naar het grote domein waar hij thuishoorde, maar toch liepen de stedelingen te wapen; het kwam tot een gevecht en er werden rake klappen uitgedeeld. Clito moest zich, met zijn klein gevolg, terugtrekken, maar kwam terug met een grote riddermacht en dwong de stad Rijsel tot onderwerping en tot het betalen van een boete, omdat ze zich had verzet tegen Clito's beroep op zijn eigen goed recht! De nieuwe graaf heeft de steden ook ontstemd in verband met de tolleren en andere exacties waaraan een reukje van onvrijheid kleefde (aldus te Brugge, kapittel 88, op 17 september 1127 en te Gent, kapittel 95, in februari 1128).

Wat was er gebeurd? Clito had aan de stedelingen tollen kwijtgescholden die van oudsher het leenbezit waren van plaatselijke baronnen. De opbrengst heeft Clito aan de stedelingen weggegeven, maar dat was natuurlijk riemen snijden uit andermans leer. Die vrijstelling was onwettig, maar wel politiek handig, want Clito had de steun van de steden nodig en die wensten niets vuriger dan van die toll en exacties te worden bevrijd, maar hij handelde ten koste van de rechtspositie van zijn leenmannen, die traditioneel die inkomsten als leen hielden en er ten dele ook moesten van leven. Men mag zich trouwens afvragen of de steden wel het recht hadden om die vrijstelling te vragen, zij wisten toch ook dat het niet in de beschikking van de graaf was om die lenen aan zijn vazallen te ontnemen, want door die toll en kwijt te schelden beroofde hij zijn eigen leenmannen zonder vorm van proces, zonder onderzoek en zonder dat een leenhof zich daarover had uitgesproken.<sup>12</sup> Men bevond zich dus in de onwettigheid, maar we begrijpen zeer goed welke politieke noodzaak heeft gespeeld.<sup>13</sup>

Een volgend punt: de gebroken belofte aangaande het relevium (kapittel 106, 10 april 1128). Clito heeft een verheffingsgeld van duizend mark betaald aan de koning, hoewel deze laatste had gezworen voor de erkenning van Clito geen relevium te wensen en er ook geen recht op te hebben. Vlaanderen, zo lezen we in kapittel 121, was onrechtmatig verkocht door de koning van Frankrijk. De Bruggelingen hadden het relevium willen vermijden, wel wetend dat dit een openlijke erkenning was van de positie van Lodewijk VI als suzerein. Clito heeft door zijn anti-Engelse politiek de Vlaamse handel met Engeland geschaad. Clito heeft ook (kapittel 95, 8 maart 1128) de rechtspraak verworpen van het 'constitutionele hof' in Ieper, waar een uitspraak zou zijn gekomen van het volk (*sapientiores in clero et populo*, hier weerklinkt het thema van de volkssoevereiniteit), in een vreedzame vergadering in het begin van de vasten, een heilige periode van godsvrede. Clito heeft Ieper echter manu militari bezet, wat hem natuurlijk wordt verweten. Al deze ontwikkelingen hadden een gewijzigd politiek klimaat gecreëerd en in deze nieuwe situatie zag het feodale recht er plots heel anders uit. Het benoemingsrecht van de koning werd verworpen, want, zo zegden de Vlamingen thans, hij kon het graafschap niet verkopen en de graven waren steeds verkozen. Diederik, zo beweerde men nu, was verheven tot graaf volgens het gewoonterecht, dat wil zeggen door verkiezing en niet door koninklijke aanstelling (kapittel 106, 10 april 1128). Het fameuze relevium was niets meer dan een vriendelijk gebaar, een rituele *armatura*, en de aanvaarding van Lodewijks kandidaat was een loutere geste aan het adres van een verwant van het Vlaamse gravenhuis, ze impliceerde geen juridische ver-

12 Galbert c. 95 spreekt van *exactiones pravae et infestationes* waaraan burggraaf Wenemar II zich had schuldig gemaakt. Dit kan slaan op onwettige toll en, cijzen en vormen van de *taille*, die met horigheid werd geassocieerd. Willem Clito had precies hetzelfde gedaan te Brugge in april 1127, toen hij de stedelingen de cijns voor hun huizen en de tol kwijtschold, wat natuurlijk niet naar de zin was van de met de tol beleende plaatselijke ridders. De graaf kon immers de tol zo maar niet kwijtschelden zonder de instemming van deze laatsten. De graaf moest dan inbinden en vijf maanden nadat hij de tol kwijtgescholden had, werd die alweer geïnd (D. Heirbaut, *Over lenen en families. Een studie over de vroegste geschiedenis van het zakelijk leenrecht in het graafschap Vlaanderen (ca. 1000-1305)* (Verhand. Kon. Vlaamse Acad. van België voor Wetenschappen en Kunsten, N.R., 2; Brussel 2000), p. 141, n. 13.

13 Zie over de Gentse revolutie R.C. van Caenegem, *The Ghent Revolt of February 1128*, in: L. Milis et al. (eds.), *R.C. van Caenegem, Law, history, the Low Countries and Europe* (Londen en Rio Grande 1994), p. 107-112.

plichting en woog zeker niet op tegen de aloude traditie, aldus de stelling van het anti-Clito kamp in 1128.

Wie had gelijk in deze discussie over benoeming of verkiezing? In werkelijkheid had in Vlaanderen traditioneel noch benoeming door de koning, noch verkiezing door het volk gegolden, omdat er een rechte lijn van opvolging was geweest van vader op zoon, van het begin van de dynastie in de negende eeuw tot en met Boudewijn VII, die overleden was in 1119 en wiens opvolger, Karel, ook zelf behoorde tot de regerende familie en zich kon beroepen op een *designatio* door zijn voorganger. Weliswaar was, bij ontstentenis van een directe opvolger van de overleden leenman, de benoeming door de leenheer overeenkomstig de feodale regels, maar van in het begin van de crisis, in 1127, had het motief van de verkiezing reeds weerklonken. Galbert (kapittel 34) zegt dat ‘de gravin van Holland hoopt dat de baronnen haar zoon zullen verkiezen’ (dit is op 16 maart 1127, veertien dagen na de moord). In kapittel 47 lezen we dat Lodewijk VI de baronnen naar Atrecht riep om een graaf te verkiezen (20-22 maart 1127). In kapittel 51 (27 maart 1127) lezen we dat de Bruggelingen en de Vlamingen (dat zijn de inwoners van het Vrije van Brugge, in de engere zin van het woord) een eed aflegden dat zij een goede graaf zouden verkiezen. De verkiezing in kapittel 47 is een andere verkiezing dan in kapittel 51, want in het ene geval is sprake van een vrije keuze uit een aanbod van kandidaten, in het andere van een aanvaarding van een aanduiding die door een hogere autoriteit is gemaakt. Er was bij Galbert echter ook reeds zeer vroeg sprake van benoeming. Zo lezen we in kapittel 36 (16 maart 1127) dat twee ridders beweerden dat de koning het graafschap aan Willem van Ieper had gegeven en er was onrust bij hen die beloften hadden gedaan aan de Hollandse gravin. Walter de bottelgier (kapittel 52) legde uit dat de Franse en Vlaamse baronnen Clito hadden verkozen op bevel en op aanraden van de koning (*iussu et consilio regio elegerunt*) en iets verder klinkt het nog duidelijker: ‘*precipio ut suscipiatis... Willelmum noviter electum et a rege comitatu donatum*’ (‘met het graafschap begiftigd’). Duidelijk is daarentegen dat de verwerping van een foute leenheer mocht: het feodale *ius resistendi* werd ingeroepen door Iwein van Aalst in kapittel 95, waar ook motieven doorklinken uit het kanonieke recht (verkiezing door *populus et clerus*, ik verwijs hier naar Manegold van Lautenbach en het Gregoriaanse gedachtegoed).<sup>14</sup>

Bijzonder boeiend is de houding van Gervaa van Praat. Nadat het tot een politieke breuk met Clito was gekomen, bleef deze plaatselijke heer vooralsnog loyaal tegenover Clito, aan wie hij manschap had gedaan en hij verliet zelfs Brugge (26 maart 1128) om zijn eer niet te verliezen. Doch toen kort daarna bleek dat Clito als wetteloos en trouweloos veroordeeld was door het volk, zegde Gervaa zijn leentrouw op aan die foute leenheer. Het feodale recht werd geofferd op het altaar van de politiek. Gervaa was politiek gebonden aan Brugge en aan Diederik, maar feodaal aan Clito, en stond dus duidelijk voor een *conflict*

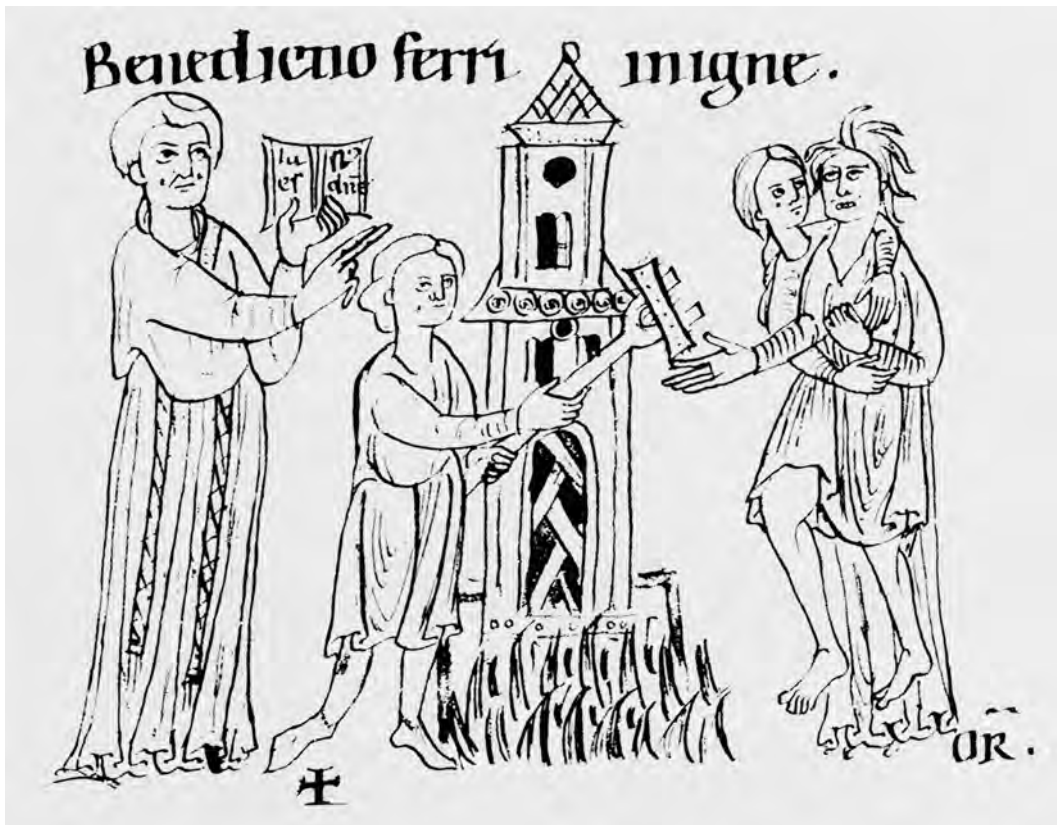
<sup>14</sup> Manegold van Lautenbach was een Elzasser monnik, wiens *Liber ad Gebehardum* (1082-1085) grote bekendheid had gekregen wegens zijn opvattingen over volkssouvereiniteit en het recht van de onderdanen een onrechtvaardige heerser te vervangen (Van Caenegem, *The Ghent Revolt*, p. 110-111).

of *loyalties*. Gervaaus zegde ‘indien Diederik dadelijk was gekomen – dus in 1127 – zou hij alleen erkend zijn’, maar dat was een drogreden, wat Albert Demyttenaere een legitimerend bedenkensel heeft genoemd. Inderdaad, Galbert vertelt dat Diederik bijna onmiddellijk en schriftelijk, op 22 maart 1127, zijn kandidatuur heeft gesteld, maar dat de baronnen en het volk op die brief niet waren ingegaan, omdat hij zagezegd niet echt was en omdat de koning van Frankrijk haast had. De conclusie dringt zich op dat men met het feodale recht alle kanten uit kon, en dat de Engelsen misschien toch gelijk hebben wanneer ze zeggen ‘the law is an ass’.

Mijn tweede voorbeeld betreft het kerkelijk recht waarmee het al niet beter was gesteld, want toen allerlei excommunicaties over en weer vlogen, maakte Galbert daar ironische, zelfs sarcastische bemerkingen over en hij citeerde een bijzonder sterk staaltje in kapittel 107, waar wij lezen dat Clito twaalfkerken restitueerde aan bisschop Simon van Noyon-Doornik, met dien verstande dat de kerkvorst de vrienden van Diederik zou excommuniceren.

En hoe zat het met mijn derde illustratie, het bewijsrecht? De vorige voorbeelden van politieke manipulatie waren evident en nogal kras, thans wordt het iets subtieler en zullen we soms tussen de regels moeten lezen. In 1127 verklaarden allerlei mensen zich bereid hun onschuld te bewijzen (kapittel 38, 17 maart 1127). Ook proost Bertulf was bereid dit te doen en hiertoe ‘*probationem quantumcumque gravem se facturum offert*’: hij stemt erin toe elk bewijsmiddel, zelfs het hardste, te ondergaan, wat waarschijnlijk verwijst naar de vuurproef, die inderdaad een onprettige ervaring moet zijn geweest. Aangezien dit nogal vaag blijft, zal ik mij thans concentreren op het explicietere geval van Lambert van Aardenburg. Het was algemeen bekend dat deze man één van de samenzweerders was tegen de goede graaf. Toch slaagde hij op 9 april 1128 in de proef van het gloeiend ijzer en zuiverde zich aldus van de aantijging van verraad en moord, maar op 30 april van hetzelfde jaar sneuvelde hij te Oostburg in een gevecht met de inwoners van Aardenburg. Dit wordt door Galbert geïnterpreteerd als een straffe Gods, omdat Lambert niet tot inkeer was gekomen. Inderdaad, zegt Galbert, zijn geslaagd ordalie van 9 april was eigenlijk geen bewijsmiddel geweest, maar een goddelijke genademaatregel voor de berouwvolle zondaar, aan wie nog een laatste kans werd gegeven zijn leven te beteren. Naar ons gevoelen was dit een oneigenlijk gebruik van het godsoordeel, dat moest dienen om schuld of onschuld aan het licht te brengen, maar hier verschijnt als een middel van God om een zondaar nog een kans te geven. Doordat de Heer hem liet slagen in de vuurproef werd Lambert dus niet geëxecuteerd en kreeg hij een nieuwe kans, maar die heeft hij niet gebruikt of zelfs misbruikt, zodat hij verdiende te sneuvelen in het gevecht te Oostburg. Laat ons even stilstaan bij deze nogal eenvoudige, rechtlijnige Galbertiaanse voorstelling, want er blijven een paar vraagtekens. Galbert zegt dat Lambert zich heeft gezuiverd in aanwezigheid van graaf Diederik, maar hij voegt er aan het einde van de paragraaf aan toe: ‘Daneel en Iwein waren er niet bij’ (kapittel 105). Wat betekent dit en waarom was dit relevant? Er was natuurlijk veel volk aanwezig bij zo’n opwindende attractie, maar er waren ook veel afwezigen. Waarom wordt hier uitdrukkelijk vermeld dat precies die twee baronnen bij de vuurproef afwezig waren?





De middeleeuwse vuurproef was geen prettige ervaring, zoals blijkt uit deze afbeelding waarop de haren de beschuldigde te berge rijzen. Lambach, Benediktinerabtei, ms. 73, fo. 72r.

Suggereert Galbert soms dat de zaken anders zouden zijn verlopen indien ze wel aanwezig waren geweest, met andere woorden dat Lambert dan schuldig zou zijn bevonden, omdat die twee baronnen in een negatieve zin op de afloop zouden gewogen hebben (maar objectief terecht, want Lambert was tenslotte schuldig). Was het dan aan Diederik te danken dat Lambert wel slaagde? Omdat er een deal was tussen die twee? Misschien wel, want we lezen in kapittel 108 (30 april 1128): 'Lambert weigerde de strijd tegen die van Aardenburg te staken, ondanks de eed die hij had gezworen aan graaf Diederik geen verdere onrust te veroorzaken', met andere woorden Diederik zou ervoor zorgen dat Lambert in zijn vuurproef vrijuit ging, op voorwaarde dat hij van verdere vijandelijkheden afzag tegen de poorters van Aardenburg, die de vrienden waren van de Bruggelingen, die zelf de vrienden waren van Diederik – een 'deal' waaraan Daneel en Iwein geen deel wensten te hebben. Sommige lezers zullen zich afvragen hoe buitenstaanders de afloop van een godsoordeel konden beïnvloeden, want dat was toch een sacramentale, dat door de clerus werd toegeënd. Doch men moet zich realiseren dat een godsoordeel plaatsvond midden een grote volkstoeloop, waar allerlei mensen, vooral dan de lokale notabelen, hun invloed konden

laten spelen. Ik heb in 1997 het voorrecht gehad een ‘middeleeuwse’ ordalie de visu bij te wonen, wat, na vele jaren lectuur in oude boeken, een hele belevenis was. Op de Journées d’Histoire du Droit in Limoges, ingericht door het Institut d’Anthropologie Juridique, toonde een Franse rechtsanthropoloog een film van een godsoordeel, dat had plaatsgehad in een afgelegen bergstreek van een oude Franse kolonie in West-Afrika. Daar was iemand beticht van nachtelijke diefstal, uiteraard zonder getuigen, zodat men zijn toevlucht nam tot de ordalie van het kokend water, toegediend door de lokale sjamaan met medewerking van de hele gemeenschap.

Laten we thans onze aandacht vestigen op mijn vierde illustratie, het strafrecht. In Galberts kapittel 52 vernemen we dat koning Lodewijk de bereidwilligheid van de Vlaamse baronnen om zijn kandidaat te verkiezen heeft beloond met de geconfisqueerde goederen van de verraders. Dit zal een tastbare aanmoediging zijn geweest, doch was ze wettelijk? Kon de koning die gronden zomaar weggeven? Geconfisqueerde bezittingen gingen naar de schatkist van de graaf, maar die was dood. Moesten die bezittingen in de grafelijke schatkist blijven tot zijn opvolger erover kon beschikken? Tijdens de Mannfall werd het leen geadministreerd door de leenheer, dus toch wettelijk? In elk geval politiek welkom en lonend.

Ik kom thans tot mijn vijfde en belangrijkste punt, de kwestie van vrijheid en horigheid, die tot de opstand van de Erembalden heeft geleid. Strikt juridisch en wetspositivistisch gezien, was alles duidelijk en zelfs eenvoudig. De Erembalden waren volgens de toen geldige normen grafelijke horigen. Robrecht van Crecques was, na één jaar, horig geworden door zijn huwelijk met een van de onvrije ‘Erembald-meisjes’, en dit werd in 1126 in het openbaar bevestigd (kapittel 7). De heren van Crecques, uit de kasselrij van Sint-Omaars, waren vazallen van de bisschop van Terwaan. Robrecht had in aanwezigheid van de graaf een ridder uitgedaagd die ‘vrij was volgens afstamming’, doch die weigerde in het krijt te treden met een horige.<sup>15</sup> Daarop werden de Erembalden, van wie het nu plots in een rechtbank openbaar was gebleken dat ze onvrij waren, door graaf Karel, volgens het *ius comitis*, opgeëist.<sup>16</sup> De hoogmoedige horigen, in het nauw gedreven, rebelleerden en aarzelden tenslotte niet om hun eigen goede heer te vermoorden.

Voor wie verder kijkt dan wetspositivisme en rekening houdt met rechtsgevoel, menselijkheid, natuurrecht en de *evolving standards of decency*<sup>17</sup> is de zaak minder eenvoudig. Het wetspositivisme is namelijk een groot probleem. We denken aan de Neurenberger Wetten die technisch gezien inderdaad wet waren volgens het recht van de tijd. We denken aan Innocentius III die de Magna Carta annuleerde omdat zij onder dwang door de baronnen was

<sup>15</sup> In kap. 25 legt Galbert het precies uit, als volgt: ‘Erat autem ille Robertus miles liber, antequam uxorem accepisset neptem prepositi, sed postquam annuatim illam tenuisset, secundum legem comitum Flandriae servili conditione ad comitem pertinebat.’

<sup>16</sup> De term *ius comitis* verschijnt in kap. 7, waar hij als synoniem wordt gebruikt met de *lex comitum Flandriae* van kap. 25, want de twee passussen betreffen hetzelfde voorval met Robrecht van Crecques.

<sup>17</sup> Ik gebruik hier de woorden van Mr. Justice Brennan van het Supreme Court van de Verenigde Staten van Amerika, die argumenteerde dat de doodstraf, volgens de ‘evolving standards of decency’ van de moderne samenleving, als een *cruel and unusual punishment* moest worden beschouwd en dus *unconstitutional* was. Zie W.J. Brennan, ‘Constitutional adjudication and the death penalty: a view from the Court’, in: *Harvard Law Review*, 100 (1986-87), p. 313-331.

afgedwongen, doch waren deze laatsten niet terecht in opstand gekomen tegen hun tirannieke koning? Was er niet zo iets als de verworven rechten van de Erembalden? Galbert zegt dat zij sinds lang beschouwd werden als vrije lieden en als dusdanig behandeld. Zij waren zo geaccepteerd door de Bruggelingen. Was het menselijk die familie te degraderen en van alle eer te beroven in de eeuw van de emancipatie der horigen en van de groeiende stedelijke autonomie? De sociale opgang van de Erembalden paste in die context. Sommige – misschien talrijke – Bruggelingen zullen zelf van horige origine zijn geweest. Het was in de 12de eeuw dat de regel zich geleidelijk heeft doorgezet die de negentiende-eeuwse rechtshistorici hebben geformuleerd als 'Stadtluft macht frei' en die wellicht reeds een rol heeft gespeeld in het bekende incident van augustus 1127 te Rijsel (kap. 93). Tegen die trend ging Karel de Goede in, ook met betrekking tot andere horigen dan de Erembalden. Waarom dit plotse optreden tegen Bertulf en de zijnen? Hun geïsurpeerde vrijheid werd reeds lang getolereerd door de graven en door velen in het land geaccepteerd. Bertulf was al meer dan dertig jaar proost van St. Donatiaan en dus hoofd van de hele grafelijke administratie: hij hield dit ambt sinds ca. 1091, dat wil zeggen onder de graven Robrecht de Fries, Robrecht II van Jeruzalem, Boudewijn VII en Karel de Goede. Plots werd die 'vergeten' realiteit ontdekt en moest het recht absoluut en onvermijdelijk zegevieren. Was die Robrecht van Crecques zomaar uit de lucht gevallen? Het motief kan niet louter juridisch zijn geweest, want dan had men reeds vroeger moeten reageren of het nooit zover laten komen. Het betrof met andere woorden een politieke beslissing, waarbij het recht werd gebruikt voor een staatkundig doel, namelijk de macht van de Erembalden te breken en te komen, in Galberts woorden, tot het 'renovare honestatem regni': herstel van de eer van het rijk, dit is het graafschap Vlaanderen (kapittel 7). We denken aan de beroemde woorden bij het gesprek van Montmirail, in 1169, tussen Becket en Hendrik II, waar de aartsbisschop allerlei toegevingen deed 'salvo honore Dei' en de koning hetzelfde deed 'salvo honore regni'.<sup>18</sup> Graaf Karel was na de 'ontdekking' van de onvrijheid van de Erembalden niet verplicht om tegen de proost op te treden; het was niet omdat sommige horigen werden geclaimd dat de graaf ook de Erembalden zo moest behandelen. Hij had kunnen overgaan tot hun *manumissio* als beloning voor bewezen diensten. Hij had een compromis kunnen aangaan, zoals gesuggereerd werd op 27-28 februari 1127. Galbert verhaalt namelijk hoe 'intercessores ex parte prepositi et nepotum ipsius' kwamen vragen om terug in de *amicitia* van de graaf te worden opgenomen, maar hun voorstellen werden afgewezen (kap. 10). Galbert zelf is verwonderd over die frontale aanval op de Erembalden, waar hij schrijft (kapittel 57) 'als iemand zou willen horen van de uitbreiding en de grote daden van Bertulfs geslacht, dan zou hij duidelijker beseffen hoe wonderbaarlijk de strijdende hand Gods heeft toegeslagen om hen te verpletteren'. Niets hielp, de graaf was vast besloten de drieste Erembalden, een maffia in zijn ogen, een staat in de staat, te breken voor ze hem konden breken. Hij was trouwens niet alleen om ze te machtig te vinden, ook leden van de sociale

<sup>18</sup> A.L. Poole, *From Domesday Book to Magna Carta, 1087-1216* (Oxford 1951), p. 212.

top hitsten hem op, omdat ze de maatschappelijke implicaties van de opgang van die horigen haatten en vreesden (met name Walter van Loker en Fromald worden genoemd) en Karel handelde steeds in overleg met de groten.<sup>19</sup>

Wat voerde de graaf in het schild? Welk scenario stond hem voor ogen? Wat zou waarschijnlijk gebeurd zijn indien hij niet was vermoord? We doen hier aan een stukje *counterfactual history*.<sup>20</sup> Indien de graaf niet was vermoord, zou er waarschijnlijk een *curia comitis*, misschien te Brugge op Pasen 1127, samengekomen zijn. Daar zou, volgens het scenario van de graaf, de onvrijheid van de Erembalden zijn bewezen, hetzij door de ondervraging van oude getuigen of door Bertulfs mislukking in de bewijsvoering van de vrijheid. Ik verwijs, ter vergelijking, naar Glanvills *De legibus et consuetudinibus Anglie*, uit de late 12de eeuw, waar we een beschrijving vinden van het verloop van het *placitum de questione status*, ‘quando aliquis trahit alium a libertate ad vilenagium’.<sup>21</sup> En uit Frankrijk kennen we het geval van Hendrik van Lotharingen, een raadsheer van Lodewijk VI, die in 1112 beticht werd van onvrijheid en in de *curia regis* zijn vrijheid bevestigde door een eed ‘dat zijn vader en grootvader vrij waren geweest en gebleven’ (een formalistische eed ‘met begrijp’, dus niet zo eenvoudig).<sup>22</sup> Daarop zouden de leden van de clan van de Erembalden ontzet zijn uit hun ambten en hun cateilen aan hun heer vervallen (zie Glanvill in boek 5 kapittel 4). Verder zouden van hen allerlei taksen zijn geëist, zouden zij verbod hebben gekregen te huwen met wie ze wilden of in de clerus te treden zonder toestemming van hun heer, misschien zouden er zelfs claims zijn opgedoken over financiële malversaties, want Bertulf beschikte over de boekhoudkundige documenten en stond zelf aan het hoofd van de financiële administratie van het graafschap. Dit alles betekende voor die familie de burgerlijke dood, een ware uitschakeling. Het had ook grote sociale implicaties doorheen de samenleving gehad, want de klok van de emancipatie van families en steden werd teruggedraaid, zodat we kunnen spreken van een regressieve, zelfs reactionaire stap. In de ogen van de Erembalden betekende dit een ondraaglijke degradatie, waardoor de ontvoogding en de opgang van generaties werden ongedaan gemaakt. Het was in hun ogen ook een grote ondanbaarheid, want ze hadden veel gedaan voor het graafschap en voor het grafelijk huis. Het was ook een onvoorstelbare schande en we weten wat eer en oneer voor de middeleeuwse mens betekenden. Het was misschien objectief recht, maar subjectief voelde het bedreigd geslacht het grafelijk optreden aan als diep onrecht.

Aansluitend hierbij mag de vraag gesteld wat Bertulfs scenario was. Wat zou gebeurd zijn indien zijn complot was geslaagd? Om te beginnen zouden Karel en allerlei vijanden uit de weg zijn geruimd: een nacht van de lange messen! Vervolgens moest een alternatieve graaf, iemand van Bertulfs keuze, aan de macht worden gebracht. Die kandidaat was bekend: Willem van Lo uit Ieper, een bastaardzoon van Filips van Lo, die zelf een zoon was

19 Kap. 12: ‘Judicio principum et virorum prudentium comitatum regebat.’

20 Ik verwijs naar N. Ferguson (ed.), *Virtual history, alternatives and counterfactuals* (London 1998).

21 G.D.G. Hall (ed.), *The treatise on the laws and customs of the realm of England commonly called Glanvill* (Oxford 21993), Book V, c. 1, p. 53.

22 J.B. Ross, *The Murder of Charles the Good*, p. 98, n. 10.

van Robrecht de Fries ('sub alio presidente consule ... traditores florere viderent': kapittel 19). Willem van Ieper had zijn standaard al verheven te Brugge (kapittel 44), hij had ook geld gekregen van de neven van Bertulf (kapittel 47). Het is een illusie gebleken, maar krankzinnig of onvoorstelbaar was het scenario van de Erembalden toch niet. Men denke aan de windstilte na 2 maart, die een hele week duurde, tot de heer van Praat, de leider van de contra-revolutie, in actie kwam. Sommige baronnen waren de samenzweeiders geneegen, wellicht omdat ze de koningszoon Karel te streng vonden. Er was ook Brugse sympathie voor Bertulf en afkeer voor de Stratens, die vijanden waren van de Erembalden en van de Bruggelingen. Ook vond Galbert warme woorden (kapittel 45, 19 maart 1127) voor de proost en zijn broers en neven, die 'potentiores et nobiliores in comitatu' heetten. Willem van Ieper had een soliede machtsbasis in de Westhoek en sommigen vonden hem zelfs aanvaardbaar (zie het gerucht in kap. 34, dat Lodewijk VI hem had aangesteld op 16 maart 1127); ook zou hij graaf geworden zijn, zegt Galbert, indien hij dadelijk naar Brugge was gegaan (kapittel 25, 6 maart 1127).

Ik durf hopen door de analyse van enkele juridische thema's in Galbert van Brugge te hebben aangetoond dat ook in het twaalfde-eeuwse graafschap Vlaanderen recht en politiek moeilijk te scheiden waren.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Ik wens een bijzonder woord van dank te richten tot Albert Demyttenaere, wiens uitnodiging voor een lezing in het Amsterdams Galbert-Congres van oktober 1999 mij een welkome gelegenheid heeft geboden Galbert vanuit een nieuwe invalshoek te herlezen.

## DE AVARIJ-COMMISSIE TE AMSTERDAM (1811-1982)

### Inleiding

1. Sedert 1811 heeft de Avarij-Commissie te Amsterdam, allengs als vast scheidsgerecht, de taken uitgeoefend, die zowel de Franse als de Nederlandse wetgever in avarij-grosse zaken aan de burgerlijke rechter had opgedragen. Zij is nooit opgeheven maar sedert haar laatste handeling, de homologatie van de dispache inzake het ms 'Happy Runner' in 1982, mag worden aangenomen, dat zij na 170 jaar in ruste is gegaan. Zij vormt een uniek hoofdstuk in het Nederlands en zelfs internationaal arbitragerecht. Zij is nog nooit beschreven, maar zij verdient dat zeker, voor het gebrek aan historisch besef van de rechtsopvolgers van haar leden, dat reeds grote delen van haar archief heeft doen teloorgaan, dat voorgoed onmogelijk maakt.

De Avarij-Commissie had tot taak het homologeren van de door dispacheurs te Amsterdam opgemaakte dispaches en het berechten van eventuele geschillen daarover, maar dat zal de gemiddelde lezer niet veel zeggen, zodat aan een beschrijving van de Avarij-Commissie zelf een en ander over de avarij-grosse of gemene avarij en het dispacheren daarvan moet voorafgaan, op zichzelf trouwens twee belangwekkende verschijnselen met een zeer vele eeuwen oude, tot op de huidige dag doorwerkende traditie.

### Avarij-grosse

2. Het vervoer over zee was oudtijds aanzienlijk gevaarlijker dan thans, maar het gevaar is nooit helemaal geweken, zoals de geregeld terugkerende berichten omtrent scheepsrampen ons doen herinneren. De zeereis werd dan ook beschouwd als een gemeenschappelijk avontuur, enigszins dichterlijk ook wel het huwelijk of de broederschap van schip en lading geheten, met de behouden aankomst als doel. De oudste, mij bekende juridische tekst is D. 14,2 onder het hoofd 'De lege Rhodia de iactu', de wet van Rhodos betreffende werping.<sup>1</sup> Het oudste relaas van werping is dat van lading uit het schip, waarmede Jona reisde en, toen dat niet hielp, van Jona zelf.<sup>2</sup> De onfortuinlijke zeereis van de apostel Pau-

<sup>1</sup> Hierover zie Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, I (2e dr. 1707), XIV:2.

<sup>2</sup> Jona 1:5,15.

lus naar Rome gaf zelfs een staalkaart van avarijgrosse handelingen te zien.<sup>3</sup>

Anders dan het opschrift zou doen vermoeden, handelt de Digestentekst niet alleen over werping, maar er is geen bezwaar tegen om deze als voorbeeld te nemen van een maatregel in nood, die nog heden ten dage voorkomt. Toen de advocaat-generaal Fennelly bij het Hof van Justitie der EG in 1998 aanleiding zag om aandacht te besteden aan het begrip gemeene avarij, nam hij de Lex Rhodia als uitgangspunt, in het Latijn, zonder vertaling!<sup>4</sup> Een van de zeer zeldzame arresten van de Hoge Raad over avarij-grosse betrof de – terecht ontkenkend beantwoorde – vraag, of de schipper die lading werpt om zijn schip vlot te krijgen, uit dien hoofde alleen strafbaar opzet heeft om schade aan de eigenaar daarvan toe te brengen.<sup>5</sup> De aanhef van de Lex Rhodia ontleend aan de Romeinse jurist Paulus, niet te verwarren met zijn apostolische naamgenoot, luidt:

‘Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.’

‘De Rhodische wet bepaalt dat, indien koopmansgoederen geworpen zijn om het schip te ontlasten, door allen behoort te worden vergoed wat ten behoeve van allen is opgeofferd.’

In zijn beknoptheid is deze tekst wel misleidend: het beginsel geldt niet alleen in geval van werping, de opoffering moet gedaan zijn om schip en lading voor een dreigend gemeenschappelijk gevaar, dat hun wisse ondergang zou hebben betekend, te behoeden en zij moet met gunstig gevolg bekroond zijn. Het ‘rekent d’uitslag niet, maar telt het doel alleen’ gaat hier dus niet op. Hugo de Groot omschrijft de gemeenschap van schip en lading op hun reis dan ook treffend als ‘gemeenschap des uitkomsts’.<sup>6</sup> Men kan zich geredelijk voorstellen, dat de opoffering – de zgn. avarij-grosse handeling – zich in verschillende vormen kan voordoen, zoals de reeds genoemde werping van lading, het aannemen van hulp, vrijwillige stranding, het aanlopen van een noodhaven, het inlaten van water in het ruim om brand in de lading te blussen enz. enz. Ook zal het duidelijk zijn, dat het bepalen of een opoffering onder het begrip avarij-grosse valt, het berekenen van het geldelijk beloop van de opoffering en het omslaan daarvan over de belanghebbenden – de zgn. dragende waarden – soms eenvoudig, maar veelal zeer gecompliceerd kan zijn. Als dragende waarden komen in aanmerking de waarden van het schip en van de geredde lading, verhoogd met hetgeen in avarij-grosse wordt vergoed, alsmede de vrachtpenningen, die al naar gelang zij vooruit of eerst bij aankomst verschuldigd waren op het spel stonden voor hetzij de ladingbelanghebbenden, hetzij de rederij.<sup>7</sup>

3 Handelingen 27:17 (tijdelijke reparatie), 18, 19, 38 (drie werpingen); 39 (vrijwillige stranding), helaas gevolgd door schipbreuk (41) zodat omslag achterwege bleef.

4 Conclusie van 15 januari 1998, Jur. I, 1998-5, p. 3083 (Drouot assurances SA/Consolidated metallurgical industries e.a.).

5 H.R. 1 mei 1893 W. 6344.

6 Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid, III, 29, 1 e.v.

7 De avarij-particulier, dat wil zeggen schade aan schip of lading, die wordt geleden door wie zij treft, blijft hier buiten beschou-

## Dispache en Kamers van Zeezaken

3. De omslag geschiedt vanouds in een zgn. dispache<sup>8</sup> – een term van even onzekere herkomst als het woord avarij – zoals een Placaat van Philips II van 31 oktober 1563, art. 6, het uitdrukt: ‘de estimatie ende calculatie van zelve Haverijen ghemaeet worden bij Schippers en Coopluyden, hun dies verstaande ende neutraal wesende’.<sup>9</sup> Aldus werden in de wet verankerd de eisen van deskundigheid en onpartijdigheid, waaraan de dispacheurs behoorden te voldoen.<sup>10</sup> De vereiste deskundigheid bleef niet beperkt tot kennis van schepen en lading, maar strekte zich mede uit tot het avarij-grosse recht, zoals zich dat al voor de Lex Rhodia in praktijk, wet en rechtspraak had ontwikkeld. In Nederland waren deze deskundigen veelal praktizijns bij de zeegerechten, die een belangrijke rol speelden bij de afwikkeling van de avarij-grosse.<sup>11</sup> Om een dispache ten uitvoer te leggen, dat wil zeggen om eventuele onwillinge contribuanten tot betaling van hun aandeel te brengen, behoefde men immers een soort exequatur, dat in Nederland werd verleend door de overheidsrechter in de vorm van homologatie van de dispache, een term die men ook ontmoet in de meer algemeen bekende Failissementswet. Hier zien wij dus een tweede beginsel van het formele avarij-grosse recht: de behandeling in twee instanties of, zo men wil, de mogelijkheid om een onafhankelijke rechter het werk van de dispacheurs te doen beoordelen. Dat dit wel eens nodig was beschrijft Sanderus in zijn beroemd, kritisch geschrift. Aangezien niet alle rechters verondersteld mochten worden voldoende deskundigheid op dit bijzondere gebied te bezitten, liet men avarij-grosse kwesties over aan de toenmalige Kamers van Assurantiën, die spoedig ook bevoegd werden in ‘differenten van avarijen’,<sup>12</sup> later voortgezet als ‘aparte kamers van zeezaken’, zoals die te Amsterdam, Rotterdam en Dordrecht bestonden naast en in afwijking van de normaal bevoegde Hoven van Justitie en de (oude) Hoge Raad.<sup>13</sup>

Kenmerkend was dus de behandeling in twee bedrijven: de ‘Rekening van Avarijen’ werd meestal opgemaakt door ‘beëdigde Gecommitteerden’ – de voorlopers van de beëdigde dispacheurs van art. 319 Rv. (oud) en daarop volgde ‘eene soort van vonnis’ van de ‘Commissarissen in Zeezaken’,<sup>14</sup> dat wil zeggen de leden van genoemde aparte kamers. In de praktijk placht de rechter af te gaan op het voorstel van de gezaghebbende dispacheurs, soms zelfs, naar het schijnt, wel eens wat meer dan gerechtvaardigd leek.<sup>15</sup> Het enkele feit, dat er aparte kamers voor zee- en assurantie zaken waren, garandeerde dus nog geenszins

wing.

<sup>8</sup> Over de dispache in het algemeen, zie mijn bijdrage ‘De dispache naar Nederlands recht. Een vorm van rechtspraak’ in *Recht door zee, liber amicorum H. Schadee* (1980), p. 101 e.v.

<sup>9</sup> Afgedrukt bij A. Verwer, *Nederlants See-rechten, Avarijen en Bodemerijen* (1730), p. 106. De Groot, *Inleidinge*, III, 29, 12 en van Zurk, *Codex Batavus* (uitg. van der Schelling) s.v. Avarijen, volgen hem vrijwel woordelijk.

<sup>10</sup> W.L.P.A. Molengraaff, *Internationale Avarij-Grosse Regeling* (1880), p. 109.

<sup>11</sup> P. Sanderus, *Beredeneerd vertoog over de ....avarij-grosse en ....over de thans daaromtrent plaatshebbende praktijk bij de Hollandsche Assurantie-Kamers* (1802), p. 10 e.v., 121; Lichtenauer, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht*, p. 63 e.v.

<sup>12</sup> Lichtenauer, p. 63 e.v.; I. Schöffer, ‘De vonnissen in avarij-grosse van de Kamer van assurantiën en avarij te Amsterdam in de 18e eeuw’, *Economisch Historisch Jaarboek* 26 (1952-1954), p. 73-133.

<sup>13</sup> J. van der Linden, *Verhandeling over de judiciële Praktijc* (1794), I, p. 82, 90.

<sup>14</sup> J. van der Linden, *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* (1806), p. 502.

<sup>15</sup> Sanderus, p. 10, 70, 121, 129, 150 e.v.



deskundigheid van haar leden. Trouwens, zoals wij nog zullen zien, oogstten de Amsterdamse rechters in het algemeen geen onverdeelde bewondering. Alvorens daarop in te gaan nog een en ander over de dispacheurs.

### Dispache-praktijk te Amsterdam

4. De behoefte aan deskundige dispacheurs nam gaandeweg toe. Daarmede hield gelijke tred de in de negentiende eeuw sterk toenemende concentratie van die praktijk op slechts enkele Amsterdamse kantoren, de bekende wisselwerking tussen ervaring en deskundigheid. Hoewel dispacheur een vrij beroep was en nog steeds is, waren deze kantoren als regel advocatenkantoren. Daartoe hadden twee factoren samengewerkt. In de eerste plaats konden tijdens de Republiek joden geen advocaat worden. Dit veranderde pas na de Bataafse omwenteling van 1795. Zij mochten echter wel praktizijns in zeezaken zijn, zoals te Amsterdam de leden van de beroemde juristenfamilie Asser. Carel Daniël Asser, een zoon van de later nog ter sprake komende practizijn M.S. Asser werd in 1799 beëdigd<sup>16</sup> en sedertdien beoefenden de Assers hun zeerechtspraktijk als onderdeel van de advocatuur. De tweede factor was de onmiskenbaar toenemende ingewikkeldheid van het zeerecht. In 1856 kon de Amsterdamse advocaat Mr Molster<sup>17</sup> dan ook schrijven:

‘Bij ons kan elk eene dispacte opmaken, doch eenige regtsgeleerden wijden zich hieraan uitsluitend, wier hulp dan ook meestal wordt ingeroepen, waar het de opmaking der schade betreft, hetgeen niet te verwonderen is, als men nagaat, dat de dispacteur bij regtskennis eene groote ondervinding voegen mogt’.

Deze ontwikkeling werd in 1891 bezegeld door het Amsterdamse Hof. Destijds bestond een in 1819 ingevoerde belasting onder de naam van het recht van patent, die moest worden opgebracht door een ieder, die een bedrijf uitoefende. De Rijksadvocaat dagvaarde een tweetal bekende dispacheurs, tevens advocaten, Mrs E.N. Rahusen en D.A. Kool, terzake van het ‘zich aan het recht van patent onderhevig persoon niet kwijten van zijne verplichting ten aanzien der aangifte voor dat recht’. De Rechtbank verwierp het verweer der gedaagden, dat zij als advocaat het dispacheursbedrijf zonder patent zouden kunnen uitoefenen, aangezien

‘dit alleen dan van eenigen invloed zoude kunnen zijn, wanneer het zijn van dispacheurs noodzakelijk verbonden was aan het zijn van advocaat en dat bedrijf niet anders dan als een onderdeel van het laatste vak kon worden uitgeoefend’.

<sup>16</sup> E.W.A. Henssen, *Twee eeuwen advocatuur in Nederland 1798-1998* (1998), p. 7.

<sup>17</sup> J.A. Molster, *Handboek voor de leer der avarijen vooral voor die der avarij grosse* (1856), p. 103.

een overweging waarmede de Rechtbank zich, zoals het Hof later duidelijk maakte, op al te glad ijs had begeven. De gedaagden hadden dit verweer bovendien niet gevoerd en dat konden zij ook moeilijk doen omdat ten processe kwam vast te staan ‘dat in een enkel geval het bedrijf van dispacheur hier ter stede zelf is uitgeoefend door een persoon, die den graad van Meester in beide rechten niet had verkregen’. Naar ik vermoed, was dat de kantoorgenoot van Mr Rahusen c.s., D. Riechelmann, die het kantoor later met Mrs Jhr Van Valkenburg, De Koe en zijn zoon Mr C.M. Riechelmann zou voortzetten.<sup>18</sup> De Rechtbank voegde daar nog aan toe, dat haar uit de door gedaagden opgestelde dispaches was gebleken ‘dat de beklagden zich bij het opmaken daarvan gedeeltelijk op geheel ander terrein bewogen hebben dan eigenaardig den advocaat als zoodanig is aangewezen’. De gedaagden beriepen zich nog op het feit, dat zij niet patentplichtig zouden zijn, omdat zij als dispacheurs optraden als arbiters, oordelend in eerste aanleg, met beroep op de Avarij-Commissie oordelend in hoogste ressort. Dit, eveneens verworpen, verweer komt hieronder nog ter sprake. Thans gaat het erom, dat de Rechtbank de gedaagden veroordeelde, doch dat het Hof vernietigde en hen bij arrest van 25 november 1891 van rechtsvervolging ontsloeg. Het Hof overwoog onder meer:<sup>19</sup>

‘dat die verdeling van avarij-grosse geschiedt volgens de regelen van het zeerecht gelijk die in het W.v.K. zijn aangegeven, en mitsdien bedoelde deskundigen, dispacheurs, moeten zijn dezulken, die door hunne kennis van dien bizonderen tak van het recht en van de daarbij geldende usantiën, meer bepaaldelijk geacht kunnen worden met die regelen vertrouwd, en in de toepassing daarvan op elk gegeven geval, ervaren te zijn;

dat waar derhalve, bij het opmaken der dispache rechtskennis, – immers bekendheid met een speciaal onderdeel der wetgeving – op den voorgrond treedt, dusdanige werkzaamheid zeer zeker tot het beroep van den advocaat behoort, daar diens eigenaardige werkring juist bestaat in het verrichten, voor zijne cliënten, van allen zoodanigen arbeid als met het recht in betrekking staat;

dat waar – gelijk uit inzage der ten processe overgelegde dispaches blijkt – schier elke post daarin eene toepassing bevat van de bepalingen van het Wetboek van Koophandel en der geldende zeerechtelijke usantiën, in het algemeen rechtskundig karakter, dat de samenstelling er van draagt, geenerlei verandering wordt gebracht door de omstandigheid dat voor enkele onderdelen van dien arbeid geene rechtskennis vereischt wordt, daar die omstandigheid zich evenzeer voordoet bij tal van andere ongetwijfeld tot het beroep van den advocaat behorende werkzaamheden zooals b.v. het ontwerpen der statuten van vennootschappen, of het voeren van curateele over failliete boedels of onbeheerde nalatenschappen’.

<sup>18</sup> Na de tweede wereldoorlog werd dit kantoor gevormd door Mr C.M. Riechelmann en Mr F. baron van der Feltz en later ook diens zoon Mr F.C. baron van der Feltz. Schrijver dezes was van 1950 tot 1959 eveneens als dispacheur op dat kantoor werkzaam en nauw betrokken bij het ontwerpen van na te noemen Avarij-Grosse Reglement 1956.

<sup>19</sup> Rb. Amsterdam 19 juni 1891 en Hof aldaar 25 november 1891 W. 6122.

Dit was ongetwijfeld juist, als men in aanmerking neemt, dat het ontwerpen van statuten van naamloze vennootschappen destijds, onder de toenmalige benijdenswaardige beknoptheid van de wettelijke bepalingen dienaangaande, inderdaad eenvoudig was. Het arrest brengt terecht naar voren, dat een advocaat, die juridisch werk verricht, waarvoor geen toelating tot de balie vereist is, niettemin als advocaat werkzaam is.

## Het Amsterdams Avarij-Compromis van 1811, grondslag der Avarij-Commissie

5. Blijkens het Rechtbankvonnis bestond dus aan het einde van de negentiende eeuw te Amsterdam een Avarij-Commissie, oordelend in hoogste ressort over de door dispacheurs ter plaatse opgemaakte dispaches. Zij was toen echter al tachtig jaar oud. Haar ontstaan dankte zij aan de niet geringe staatkundige veranderingen, die zich sedert 1795 in den lande hadden voltrokken. Voor zover thans van belang kwamen die erop neer, dat tijdens de Bataafse republiek en het Koninkrijk Holland de continuïteit met het oude recht nog duidelijk zichtbaar was, maar dit veranderde op slag, toen Napoleon op 9 juli 1810 het Koninkrijk Holland bij Frankrijk inlijfde.<sup>20</sup> Zonder overgangsbepalingen werd het Franse recht, met inbegrip van de rechterlijke organisatie en het procesrecht, ingevoerd met als onmiddellijk gevolg het afschaffen van de bijzondere kamers voor zeezaken. Het streven om althans in Amsterdam en Rotterdam afzonderlijke colleges voor de berechting van zee-, assurantie- en avarij-zaken te behouden, liep op niets uit,<sup>21</sup> ongetwijfeld mede, omdat de praktijk inmiddels een andere oplossing had gevonden en ingevoerd. Immers, vrijwel onmiddellijk na de inlijving ontwierp de ook in ander opzicht 'schilderachtige en interessante figuur',<sup>22</sup> de Amsterdamse practizijn in zeezaken Mozes Salomon Asser (1754-1826)<sup>23</sup> samen met zijn zoon T. Asser het 'Amsterdams Compromis',<sup>24</sup> dat 'door de Amsterdamsche beurs goedgekeurd en tot usantie verheven werd'.<sup>25</sup> Het is, zij het van tijd tot tijd aangepast, verder ononderbroken gebruikt.

## Arbitrale traditie maar dispacheurs geen arbiters

6. Het klimaat voor dit verstrekkend initiatief was bepaald gunstig. Reeds tijdens de Republiek was er onvrede met 'de verdrietige lanckwijghedyt van de rechtsplegingen', die de

<sup>20</sup> Keizerlijk Decreet van 9 juli 1810: Fortuijn, *Verzameling van wetten, besluiten en andere rechtsbronnen van Franschen oorsprong* (I, p. 11 e.v.).

<sup>21</sup> R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsch Burgerlijk Procesrecht* I, 3e dr. (1893), p. 123.

<sup>22</sup> A.W.F.M. van de Sande, *Vrijmetselarij in de lage landen*, 2e dr. (2001), p. 118. Zie ook *De vrijmetselaarsloge La Bien Aimée 1735-1985*, p. 68, met portret en verwijzing naar een korte autobiografie, opgenomen in *Memorboek, platen-atlas van het leven der joden in Nederland* (1971), p. 282.

<sup>23</sup> P. van Heijnsbergen, *Geschiedenis der rechtswetenschap in Nederland* (1925), p. 124 e.v., 179.

<sup>24</sup> E.J. Asser, *Het Amsterdamsch Compromis voor de regeling der Avarij Grosse en Avarij Particulier op de lading* (1879). Mr Asser was zelf dispacheur, zie p. 8 van deze brochure.

<sup>25</sup> E.J. Asser, p. 3.

Raadsheer in de Hoge Raad van Holland, Mr I. van Heemskerck, halverwege de zeventiende eeuw,<sup>26</sup> deed verzuchten ‘datter middel mochte gevonden werden (en ick geloove dat het niet onmogelijck is) om de luyden, die ’t rechten niet voorby konnen, ten minsten aen kort recht te helpen’ in plaats van gedingen, die ‘drie, en driemaal drie, ja vry veel meerder jaren, aen een spijcker bleven hangen.’<sup>27</sup> De menschen sijn sterffelijck, en de rechtspleginge werd dus doende onsterffelijck gemaect’. Daarbij verwees hij voor een remedie met zoveel woorden en kennelijke instemming naar de praktijk te Amsterdam, waar men zaken van koophandel placht te brengen voor leken-arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid, maar ook voor rechters en schepenen bij wijze van extra-judiciële rechtspraak, zonder dat daarvoor proceskosten verschuldigd waren. Zelfs placht dit ook in hogere instanties, tot en met de Hoge Raad, te geschieden.<sup>28</sup> Nu kende de oud-vaderlandse praktijk twee soorten scheidslieden: de klassieke ‘arbiter’, die langs privaatrechtelijke weg een met de rechterlijke vergelijkbare taak vervulde en op wiens vonnis een rechterlijk exequatur kon worden verkregen, en de ‘arbitrator’, een louter en alleen in de praktijk ontstane figuur, die volstrekt vormvrij te werk ging ter beslechting vooral van financiële geschillen, zoals de prijs van een zaak – vergelijk met de ‘derde’ van art. 1501 (oud) BW<sup>29</sup> –, het loon van werklui en ‘lucri damnique partes inter socios’<sup>30</sup>, de verdeling van winst en verlies tussen vennoten, die nauw aan de afwikkeling van een avarij-grosse gemeenschap verwant is.

7. Mij dunkt, dat in deze informele, met ons bindend advies vergelijkbare, oud-vaderlandse en in het bijzonder Amsterdamse praktijk ook de verklaring is te vinden, waarom de in de patentbelasting zaak betrokken dispacheurs mede als verweer aanvoerden, dat zij arbiters waren, want zij waren advocaten genoeg om te weten, dat zij niet voldeden aan het bepaalde in art. 620 e.v. (oud) Rv., in het bijzonder niet omdat te hunnen overstaan geen eigenlijk geding werd gevoerd. De Rechtbank heeft hen gelukkig niet aan hun woord gehouden, want als zij het begrip arbiter had opgevat in de zin, die het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering daaraan hechtte, had zij een compromis met een even aantal scheidslieden ambtshalve nietig moeten verklaren en dan zou hun verweer de dispacheurs van de wal in de sloot hebben geholpen.

In zekere zin naderden dispacheurs meer de deskundigen van art. 222 e.v. (oud) Rv., maar hun specifieke taak vergde geenszins, dat zij bij enige andere categorie werden ingedeeld dan hun eigen categorie van deskundigen in de zin van art. 317 (oud) Rv.:

26 I. van Heemskerck, *Batavische Arcadia*, 4e dr. (1662), p. 485 e.v.

27 Spijcker: verwijzing naar de manier waarop de pleitzakken met processtukken werden opgehangen en bewaard.

28 Van Heemskerck, p. 514 e.v.

29 ‘De koop prijs moet door partijen bepaald worden. Dezelve kan echter aan de begrooting van eenen derde worden overgelaten’. De *Code Civil*, art. 1592, leest hier ‘à l’arbitrage d’un tiers’.

30 Voet I; IV; VIII; die de klachten van Mr van Heemskerck in krasse taal onderschrijft.

‘Indien er verdeling bij averij grosse moet plaatshebben, zullen deskundigen, ten verzoeken van eene der partijen door de arrondissementsrechtbank worden benoemd ten ware partijen het omtrent de keuze zijn eens geworden.’

### **Avarij-Commissie wel arbiters**

8. Voor de Avarij-Commissie lag dat bepaald anders. In het vonnis van 25 november 1891, waarin de Rechtbank aan dispatheurs die status ontzegde, noemde zij de Avarij-Commissie zonder meer ‘arbiters’. Het Hof kwam aan dit punt niet toe. In een eerder geding was echter in hoogste instantie uitgemaakt, dat de leden van de Avarij-Commissie waren scheidsmannen in de zin van art. 620 e.v. (oud) Rv. De toedracht was als volgt. Bij compromis van 18 februari 1871 waren partijen overeengekomen, dat een bepaalde avarij zou worden gedispacheerd door Mrs Kool en Rahusen, alsmede dat eventuele daarover ontstaande geschillen zouden worden overgelaten aan de beslissing van de Avarij-Commissie te Amsterdam, zijnde Mrs Brugmans, s’Jacob en De Martini. Helaas voor hem en alle betrokkenen was Mr De Martini toen reeds overleden. Het toenmalig Hof in Noordholland trachtte de zaak nog te redden, maar de Hoge Raad oordeelde het compromis nietig omdat het in strijd met art. 623 (oud) Rv. in wezen geen oneven maar een even getal scheidslieden had aangewezen.<sup>31</sup> Het is voor de historieschrijver jammer, dat het arrest het compromis niet volledig heeft geciteerd, maar wij mogen ervan uitgaan, dat het Hof en in zijn voetspoor de Hoge Raad met name de formulering ‘de Avarij-Commissie te Amsterdam, zijnde Mrs Brugmans, s’Jacob en de Martini, als arbiters en goede mannen, met magt om dezelve naar billijkheid te beoordeelen in hoogste ressort’ letterlijk uit het compromis hebben overgenomen, zodat met andere woorden de eerste stap in de richting van een vast scheidsgerecht door de traditie was gezet. Mr Asser sprak dan ook over ‘de voortdurende benoeming in de avarij-commissie’.<sup>32</sup>

### **Het Avarij-Compromis van 1880**

9. In de oorspronkelijke tekst van het Amsterdams compromis van 1811 kwam de naam ‘Avarij-Commissie’ nog niet voor, maar deze voor de hand liggende aanduiding werd al spoedig de officiële naam. Het compromis bepaalde slechts, dat indien de dispathe, opgemaakt door een door de schipper, maar niet mede door de ladingbelanghebbenden aangewezen dispatheur:

<sup>31</sup> HR 13 april 1876, W. 3988

<sup>32</sup> Asser, p. 8.

‘niet mogt worden goedgekeurd, hetzij uithoofde van verschil over de vordering van Avarij Grosse of Particulier zelve, hetzij over de in rekening gebragte posten, hetzij eindelijk over de dragende waarde van schip, vracht en goederen, of uit welken hoofde ook, als dan de geschillen daarover ontstaan zullen worden overgelaten aan de beslissing van de Heeren of bij ontstentenis door zoodanige anderen als daartoe zullen worden ge-committeerd, als Arbiters en goede mannen, met magt om dezelve naar billijkheid te beoordeelen in het hoogste ressort (enz.)’.

De aldus benoemde arbiters gaven door medeondertekening van het compromis te kennen, dat zij de last aannamen.

De dispacheur was dus onder het oorspronkelijk compromis lasthebber van de reder en niet van beide partijen, hetgeen al dadelijk belette hem als arbiter te beschouwen. Dit was in overeenstemming met de Engelse praktijk, die de dispache zag als een voorstel/vordering van de rederij – zoals Mr Asser volmondig toegaf<sup>33</sup> – maar het sloot niet aan bij de oud-vaderlandse praktijk, die streefde naar onafhankelijke dispacheurs, voortgezet in art. 317 (oud) Rv.

Dit is in 1880 principieel veranderd, ondanks fel verzet van de dispacheur Mr E.J. Asser in zijn hierboven reeds aangehaalde brochure. Blijkens het nieuwe compromis werden de dispacheurs voortaan, ongetwijfeld in het voetspoor van art. 317 (oud) Rv., aangewezen door belanghebbenden bij schip en lading samen en geschillen

‘(zouden) in het hoogste ressort worden beslist door de Avarij-Commissie te Amsterdam, zijnde thans de Heeren ... en in geval van ontstentenis van een of meer hunner door zoodanige anderen als hen in die Commissie mogten vervangen, met magt over die geschillen als scheidslieden en goede mannen te oordeelen’.

Dit maakte de dispacheurs zelf nog niet tot arbiters, zoals wij zagen, maar waarborgde wel hun onpartijdigheid en het verhief de Avarij-Commissie tot een vast scheidsgerecht. Het enige gebrek was nu nog, dat niet bleek, wie bevoegd was om de leden van de Avarij-Commissie en – in geval van ontstentenis – hun vervangers te benoemen. Dat hieraan wel eens iets ontbrak, is ons reeds gebleken uit het arrest van 1876. Het zou echter nog tot 1925 duren, voor in het avarij-compromis de regeling werd opgenomen, dat in geval van overlijden of ontstentenis uit anderen hoofde van een of meer leden van de Avarij-Commissie, de Voorzitter van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam bevoegd werd verklaard om op verzoek van de meeste gereede partij voor de ontbrekende leden vervangers te benoemen. Het scheidsgerecht werd dus uitdrukkelijk niet door partijen benoemd, hetgeen zijn onpartijdigheid onderstreepte.

## Het Avarij-Compromis en het Reglement van 1925

10. In de praktijk openbaarde zich nog een ander gebrek, hinderlijker omdat het in beginsel alle dispaches raakte. Volgens art. 320 (oud) Rv. kon 'de eerst gereede partij' van een dispache homologatie verzoeken aan de Rechtbank. Zoals meer dan eens werd uitgemaakt, was een niet-gehomologeerde dispache niet verbindend.<sup>34</sup> In het compromis werd evenwel aan alle wettelijke bepalingen betreffende dispaches, ook art. 320 (oud) Rv. gederogerd, zodat een tot de Rechtbank gericht vordering tot homologatie niet ontvankelijk zou zijn. Het compromis verklaarde echter de Avarij-Commissie evenmin bevoegd tot homologatie, zoals de Avarij-Commissie meer dan eens moest vaststellen (30 april 1919 Sirius', laatstelijk nog op 24 februari 1926 'Blairmore'). Inmiddels was in 1925 het 'Avarij-Compromis' op dit punt aangevuld, te laat voor belanghebbenden bij de dispache betreffende de 'Blairmore', maar profijtelijk voor alle volgende gevallen. Sedertdien werden zeer regelmatig dispaches door de Voorzitter der Commissie gehomologeerd, voor het laatst in 1982 ('Happy Runner').

Eveneens in 1925 werd het geding voor de Avarij-Commissie nauwkeuriger geregeld, onder meer met de bepaling, dat dispacheurs gehouden waren de dispache om te werken, indien de Avarij-Commissie dat mocht bevelen. Voor een voorbeeld daarvan zie haar vonnis inzake de 'Salland'<sup>35</sup>.

11. Eveneens in 1925 kwam tot stand het 'Reglement betreffende avarij-grosse depots', op 5 maart 1925 nedergelegd ter Secretarie van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam, dat in het Avarij-Compromis uitdrukkelijk van toepassing werd verklaard.<sup>36</sup> Hoewel dit Reglement de Avarij-Commissie niet rechtstreeks raakte, verdient het toch vermelding als een geslaagde poging om de zekerheden, die de reders mochten vorderen voor de eventuele bijdragen in avarij-grosse door ladingbelanghebbenden, te doen beheren door neutrale derden, die daarover eerst mochten beschikken nadat de dispache verbindend was geworden en hun daarvan door de Voorzitter van de Avarij-Commissie schriftelijk was kennis gegeven. Het Avarij-Compromis en het Reglement van 1925 werden ook buiten Nederland ten voorbeeld gesteld.<sup>37</sup>

## Het Amsterdams Avarij-Grosse Reglement van 1956/ 1961

12. Ook op dit terrein deed de toenemende Engelse invloed zich echter gevoelig gelden, niet alleen in de tekst van de vermaarde internationale avarij-grosse regeling, de zgn. 'York-Antwerp Rules', maar ook in het toenemend gebruik van de zgn. 'Lloyd's Average

<sup>34</sup> Hof Amsterdam, 25 mei 1888, W. 5595; Hof Den Haag 5 februari 1907, W 8537.

<sup>35</sup> Avarij-Commissie 9 april 1957, A.R. 442.

<sup>36</sup> Zie daarover A.C. van Empel, *De rechtsgrond van den omslag der averij-grosse* (1938), p. 201 e.v.

<sup>37</sup> R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, 4e dr. (1961), p. 954 met literatuuropgave.

Bond', een zeer eenvoudig compromis, dat anders dan het Amsterdamse compromis eigenlijk maar zeer weinig regelt, maar ongetwijfeld mede dientengevolge alom ter wereld ingang heeft gevonden en het gebruik van het Amsterdamse avarijcompromis dienovereenkomstig duidelijk heeft teruggedrongen ondanks het feit, dat daarvan al sedert jaren Engelse en Duitse versies beschikbaar waren. Dit gaf aanleiding tot het ontwerpen van de 'Overeenkomst betreffende het Amsterdams Avarij-Grosse Reglement 1956', aangegaan tussen twaalf te Amsterdam gevestigde rederijen ener en de Vereeniging van Transportassuradeuren in Nederland anderzijds. Daarin treft men, behalve de nader uitgewerkte tekst van het compromis van 1925, de bepaling aan (art. IV):

'De ondergetekende rederijen zullen in haar cognossementen een clause opnemen krachtens welke het onderhavige reglement tussen haar en de cognossementshouder verbindend zal zijn, voor zover de dispatches te Amsterdam worden opgemaakt.'

Daardoor, in verband met de bepaling dat de dispatcheurs nu weer, evenals onder het compromis van 1811, door de reder werden aangewezen maar daarbij de opdracht zouden krijgen het Reglement in acht te nemen, werd de weg naar de Avarij-Commissie opengehouden, ook indien het Amsterdams compromis, dat bleef bestaan, niet zou worden gebruikt. Het Reglement noemt nog steeds de leden van de Avarij-Commissie bij name, maar handhaafde wel al hetgeen te hunnen opzichte in het compromis van 1925 was bepaald, evenals de inhoud van het 'Reglement betreffende avarij-grosse depôts' van 1925.

In 1961 werd de overeenkomst van 1956 thans door dertien rederijen en de Vereniging van Transportassuradeuren in Nederland, enigszins gewijzigd vastgesteld.<sup>38</sup> Een belangrijke wijziging, ongetwijfeld ingegeven door een geval waarin na omwerking van een dispatche op bevel van de Avarij-Commissie, een andere belanghebbende een nieuw bezwaar had opgeworpen, was de bepaling, dat tegen een omgewerkte dispatche als enig bezwaar zou kunnen worden aangevoerd, dat de dispatcheurs niet hadden gehandeld overeenkomstig de uitspraak der Avarij-Commissie.

## De Avarij-Commissie in de praktijk

13. Het is mij helaas onmogelijk gebleken de namen van alle achtereenvolgende leden van de Avarij-Commissie te achterhalen. Ik noem slechts de Amsterdamse advocaten Mr J.H. Worst en Mr Th.P.J. Masthoff, die de commissie jaren lang hebben voorgezeten, opgevolgd door Mr H.G.W. Worst.<sup>39</sup> Hem volgde op Mr A.C. van Empel, auteur van het hierboven reeds aangehaalde boek. Prof. Mr R.P. Cleveringa, auteur van het handboek over zeerecht, was jaren

<sup>38</sup> Voor de volledige tekst daarvan, zie Cleveringa, p. 1004 e.v.

<sup>39</sup> Auteur van *Regel I tot en met XII van de York Antwerp Rules (1929)*.



lang lid van de Commissie. Schrijver dezes werd in 1975 benoemd tot lid en in 1979 tot voorzitter. Als criterium voor een benoeming tot lid van de Avarij-Commissie werd in de praktijk aangehouden de wettelijke vereisten voor raadsheer-plaatsvervanger in een Hof.

Na de tweede wereldoorlog heeft de Commissie nog een groot aantal dispaches gehomologeerd, maar slechts weinig geschillen te beoordelen gekregen, die bovendien vrijwel alle zijn geschikt voor de Commissie behoefde te vonnissen, al hetgeen pleit voor de kwaliteit van de haar voorgelegde dispaches.

14. De vonnissen, die de Avarij-Commissie in haar opeenvolgende samenstelling sedert 1811 heeft gewezen, zijn ten dele gepubliceerd in het *Weekblad van het Recht*, het *Magazijn voor Handelsrecht* en de *Arbitrale Rechtspraak*. Zij betreffen merendeels kwesties van materieel avarij-grosse recht, die buiten het bestek van dit opstel vallen. Van Empel<sup>40</sup> echter vermeldt, citeert en bespreekt kritisch een niet elders gepubliceerde uitspraak van 10 maart 1933, die een belangrijk punt van algemene betekenis betrof, te weten – kort gezegd – de vraag hoe een bepaalde usance, een categorie voorschriften die in handels- en zeerecht een grote rol spelen, zou kunnen ontstaan. Aan de Avarij-Commissie was de vraag voorgelegd, of de provisie, door de agenten van de rederijen berekend voor het incasseren van de avarij-grosse depots van de ladingontvangers, in avarij-grosse mocht worden omgeslagen. De Nederlandse wet (art. 493 (oud) K.) noch de York Antwerp Rules lieten zich daarover uit, maar in de praktijk waren ter aanvulling van deze en dergelijke leemten usances (Rules of Practice) ontstaan, die men als gewoonterecht zou kunnen beschouwen. De rederij nu beriep zich inderdaad op het vaststaand gebruik, krachtens hetwelk deze kosten steeds als avarij-grosse werden beschouwd. Zij toonde dat aan door middel van brieven van Londense en Rotterdamse dispacheurs en van de Amsterdamse dispacheur Riechelmann, die de op dit punt betwiste dispache had opgesteld. De briefschrijvers verklaarden allen, dat dit gebruik inderdaad bestond en door hen werd nageleefd. De Avarij-Commissie ging daarin echter niet mee, overwegend –, dat ‘Engelse gebruiken hier zeker geen rechtskracht hebben’, dat ‘wat in Rotterdam pleegt te geschieden, voor Amsterdam niet beslissend kan zijn’ en dat de rechtsopvatting van de heer Riechelmann voor hen niet bindend was, nog daargelaten dat ‘een bindend gebruik nooit kan ontstaan uit een handelen van niemand anders dan dengene, wiens gedraging juist beoordeeld moet worden’ een onbegrijpelijke redenering als het gaat om een gedraging, die – mede – berust op gedragingen van vele anderen, in soortgelijke gevallen. Alles bij elkander een verbazend vonnis, dat het internationaal gevestigde gewoonterecht – wat het Amsterdamse Hof reeds in 1891 had genoemd ‘de geldende zeerechtelijke usantiën’ – volstrekt miskende. Dit was des te meer onbegrijpelijk nu de Hoge Raad reeds enkele jaren tevoren een arrest had gewezen,<sup>41</sup> waarover Dubbink schrijft:<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Van Empel, p. 207 e.v. (‘Perseus’).

<sup>41</sup> H.R. 22 juni 1928, W. 11857, NJ 1928, 1486.

<sup>42</sup> Kosters-Dubbink, *Algemeen Deel van het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* (1962), p. 262.

‘Als stilzwijgende vooropstelling van de Hoge Raad kan worden aangenomen, dat in wezen en in grote trekken het begrip averij-gros in de beschaafde wereld overal hetzelfde is, terwijl voor wat aangaat de uitwerking van dat begrip en de toepassing van het vreemde recht niets in de weg staat.’

Hierboven werd reeds herinnerd aan de toenemende concentratie van de dispachepraktijk te Amsterdam, die er voor zover valt na te gaan in het begin van de vorige eeuw reeds toe had geleid, zoals de Avarij-Commissie zelf overweegt, dat, naar haar uit persoonlijke ervaring bekend was, zo goed als alle Amsterdamse dispaches werden opgemaakt ten kantore van de heer Riechelmann c.s. De uitzonderingen betroffen vermoedelijk dispaches die, zoals in de binnenvaart nogal eens geschiedde, door een assuradeur werden opgesteld. Het komt mij voor, dat de Avarij-Commissie teveel naar dit feitelijk monopolie heeft gekeken en te weinig naar avarij-grosse recht en praktijk in Nederland en daarbuiten, zoals door de dispacheurs terecht toegepast. Daarmede heeft zij haar eigen internationale status geen goed gedaan. Een vergelijkbare kwestie deed zich voor, toen, vele jaren later na de tweede wereldoorlog in 1954 werd geopperd, dat de Avarij-Commissie haar vonnissen desgevraagd niet in het Nederlands maar in het Engels zou redigeren. De Amsterdamse dispaches werden toen al vrijwel zonder uitzondering in het Engels opgemaakt. Dit lag voor de hand omdat de belanghebbende reders en ladingontvangers resp. hun assuradeuren veelal in het buitenland waren gevestigd. Het voorstel stuitte echter op fel verzet van het lid der Commissie Cleveringa en het is toen niet doorgegaan. Liefde maakt blind, in dit geval de lofwaardige liefde van Cleveringa voor zijn moedertaal, die hem uit het oog deed verliezen, dat het Nederlands nu eenmaal geen wereldtaal is en dus niet geschikt voor internationale zaken.<sup>43</sup> Dat was jammer. Scheidsrechterlijke vonnissen moeten zoveel mogelijk begrijpelijk zijn, ook voor niet-Nederlandstaligen en de internationale scheidsrechterlijke praktijk houdt daar terecht alom rekening mede. Het averechtse effect van deze houding was een toenemende voorkeur voor arbitrage in Londen. De geschiedenis van deze op zichzelf alszins belangrijke en unieke instelling eindigt dus in mineur, maar het hoort daarbij en mocht dus niet worden verzwegen.

<sup>43</sup> Cleveringa beriep zich op een precedent. Tijdens de oorlog verzocht een Duitse belanghebbende de Avarij-Commissie om in het Duits te mogen procederen. Dit werd afgewezen, hetgeen onder de toenmalige omstandigheden begrijpelijk was. Bovendien is het Duits geen wereldtaal zoals het Engels.

## HET DERDENBEDING BIJ VOORDA EN MOLTZER

### Inleiding

De in ons land actieve beoefenaars van het privaatrecht hebben zich vaak beziggehouden met rechtsfiguren die ook buiten de grenzen voorwerp van studie en discussie waren. Deze rechtsfiguren hebben veelal hun wortels in het ‘gemene recht’, dat wil zeggen het Romeinse recht in zijn interpretatie en ontwikkeling vanaf de Middeleeuwen. Zoals hieronder zal worden duidelijk gemaakt, geldt dit slechts in beperkte mate voor het moderne derdenbeding (BW 6:253), ook al zijn bedingen ten behoeve van derden, dat wil zeggen bedingen waarbij partijen een prestatie overeenkomen die een derde tot voordeel zal strekken, al eeuwenlang voorwerp van studie.

In de oratie waarmee hij inmiddels meer dan vijfendertig jaar geleden het ambt aanvaardde van hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, heeft Hans Ankum in grote lijnen geschetst welk effect vanaf het klassieke Romeinse recht werd toegekend in continentaal Europa aan het beding, dat iemand ten voordele van een derde maakte.<sup>1</sup> In deze bijdrage<sup>2</sup> willen wij nader ingaan op de ontwikkeling in de Nederlandse rechtswetenschap, meer in het bijzonder op twee momenten daarbinnen, waarvan één vóór en één na de codificatie van het burgerlijk recht. Uitgangspunt daarbij vormen de geschriften van de Utrechtse hoogleraar Jacobus Voorda (1698-1768) en de Amsterdamse hoogleraar Jacob Pieter Moltzer (1850-1907).

Alvorens deze auteurs aan het woord te laten, moet echter worden bezien, wat men nu precies onder een derdenbeding dient te verstaan. De volgende casus uit de negentiende eeuw kan dat verhelderen.

### Een voorbeeld

Bij de verkoop van een partij hout op stam kwamen partijen overeen dat de koper het hout voor 1 augustus 1864 zou hebben gekapt en weggevoerd, ‘zullende de koper, bij niet voldoening daarvan, het hout verbeuren aan de diaconiëarmen te Otterloo’. Toen de koper vijf bomen die op 1 augustus nog niet waren weggevoerd, enkele weken later liet weghalen, betwistte de diaconie zijn recht daartoe en vorderde schadevergoeding. De kantonrechter

<sup>1</sup> Zie J.A. Ankum, *De voorouders van een tweehoofdig twistziek monster, Beschouwingen over de historische ontwikkeling van het beding ten behoeve van een derde* (Zwolle 1967).

<sup>2</sup> Dit artikel is een verdere uitwerking van de voordracht van de auteurs, gepresenteerd op het congres van de onderzoeksschool Ius Commune, Utrecht 30 november 2001.

wees deze vordering toe en de koper ging in hoger beroep.<sup>3</sup> Zijns inziens kon de diaconie geen rechten ontleen aan dit beding.

Had de koper gelijk? Tegenwoordig zou deze vraag worden beantwoord aan de hand van artikel 6:253 BW: 'Een overeenkomst scheidt voor een derde het recht om een prestatie van een der partijen te vorderen ... indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde het beding aanvaardt.'

Hieruit zou volgen dat de derde – de diaconie te Otterloo – aanspraak zou kunnen maken op deze vijf bomen, als voldaan zou zijn aan de voorwaarden die artikel 6:253 stelt: de overeenkomst moet een 'beding van die strekking' inhouden en de diaconie moet het beding aanvaarden.

In het moderne recht is het derdenbeding een afzonderlijke rechtsfiguur. Het is een beding, dat een verbintenis doet ontstaan tussen de belover en de derde. Krachtens deze verbintenis kan de derde de prestatie afdwingen. Men onderscheidt daarbij uitdrukkelijk tussen het beding dat de derde feitelijk tot voordeel is en dit derdenbeding. Van een beding ten voordele van een derde is sprake, als partijen een prestatie overeenkomen die de derde feitelijk zal baten, maar die hij niet kan afdwingen.

#### *Dogmatische bezwaren tegen een vordering voor de derde*

Niet elk beding, waarin partijen overeenkomen iets aan een derde te geven of voor hem te doen,<sup>4</sup> is een derdenbeding, zoals zojuist omschreven, of 'een beding van die strekking', zoals het BW het formuleert. Daarvan is slechts sprake, als partijen beogen dat de derde een recht op de prestatie zal hebben.<sup>5</sup>

In de rechtswetenschap is het lang omstrede geweest of het mogelijk is dat de derde een recht op de prestatie krijgt. Eeuwenlang hebben juristen door hun romeinsrechtelijke scholing aangenomen, dat een dergelijke overeenkomst niet het gewenste effect kon hebben. Als de belofte iets aan een derde te geven, niet werd nagekomen, kon de derde de prestatie slechts bij hoge uitzondering<sup>6</sup> afdwingen. In de regel kwam aan de derde noch een vordering tot nakoming, noch een vordering tot schadevergoeding toe.

<sup>3</sup> Rb Arnhem 28 december 1865, W. 2789. Zie daarover verder J.J. van Troostenburg de Bruijn, *De Nederlandsche rechtspraak omtrent overeenkomsten ten behoeve van derden* (Dissertatie Leiden 1892, Amsterdam 1892), p. 37 e.v.

<sup>4</sup> Kortheidshalve spreken wij verder van het beding, iets aan de derde te geven; het beding iets voor een derde te doen, heeft juridisch geen andere gevolgen.

<sup>5</sup> Het antwoord op de vraag of partijen dit beogen, hangt af van de uitleg van het contract. Dat van 'een beding van die strekking' sprake is, zou kunnen worden afgeleid uit het feit dat de prestatie enkel in het belang van de derde is. Het is echter denkbaar dat partijen – ook in zo'n geval – willen dat niet de derde een recht op de prestatie heeft, maar de bedinger zelf. Dan is van een derdenbeding geen sprake, ook al kan de uitvoering van de overeenkomst de derde feitelijk baten. Soms lijkt het slechts alsof sprake is van een derdenbeding, maar bedingt iemand in werkelijkheid enkel voor (en ten voordele van) zichzelf. Tot deze conclusie kwam bijvoorbeeld de Rechtbank Utrecht (29 september 1854; *Regtsgeleerd Bijblad IV*, 854, 593), toen de gemeente Utrecht bij de verpachting van de sluis- en bruggelden, voor het geval een te hoog bruggeld zou worden geïnd een boete had bedongen 'telkenreize te verbeuren, de helft voor den aanbrenger en de wederhelft ten voordeele van de algemeene armen der Stad Utrecht'. Uit deze formulering bleek volgens de rechtbank slechts de bestemming die de gemeente aan de geïnde boete zou geven.

<sup>6</sup> De belangrijkste zijn de last, iets aan een derde te geven, bij een schenking (C. 8.54(55).3), de stipulatie bij het geven van een bruidsschat, deze na beëindiging van het huwelijk aan een derde te restitueren, en het pactum bij bewaarneming, de zaak na overlijden van de bewaargever te restitueren aan een derde (D. 16.3.26pr). Vgl. Ankum, *De voorouders*, p. 15 e.v.

De rechtsgeleerden kwamen tot deze conclusie, omdat het met romeinsrechtelijke dogmatiek niet verdedigbaar is, dat er een verbintenis zou bestaan tussen de belover en de derde. De belover heeft immers geen overeenkomst met de derde gesloten, hij heeft niet onrechtmatig gehandeld jegens de derde, evenmin heeft de belover het belang van de derde willen waarnemen. Er ontstaat derhalve geen recht voor de derde. Door handelingen van anderen – in dit geval de overeenkomst tussen de bedinger en de belover – verkrijgt men geen rechten.<sup>7</sup>

#### *Dogmatische bezwaren tegen een vordering voor de bedinger*

Als in de romanistische traditie de beloofde prestatie niet kon worden afgedwongen door de derde zelf, zou dan misschien de contractspartij, de bedinger, kunnen afdwingen dat aan de derde werd gegeven wat was afgesproken? Zo zou het beoogde effect met een omweg zijn bereikt, namelijk dat de derde kreeg wat was beloofd.

De kortste omweg zou een vordering tot nakoming zijn, dit is een vordering tot nakoming aan de derde; zo nodig zou de bedinger aan de rechter verlot kunnen vragen de prestatie op kosten van de belover te laten verrichten. Kan nakoming niet worden afgedwongen,<sup>8</sup> dan zou de bedinger het doel meer indirect kunnen bereiken, bijvoorbeeld door te dreigen met een vordering tot vergoeding van (zijn eigen) schade of met het invorderen van een contractuele boete, zo die bedongen zou zijn. Tenslotte is denkbaar dat de bedinger dreigt de overeenkomst te ontbinden, als de belover zijn woord niet gestand doet.

Ook hier doet zich een dogmatisch probleem voor bij alle bedingen die feitelijk een derde tot voordeel strekken, ook als partijen de derde geen recht op de prestatie toededen. Immers, in beginsel heeft een bedinger geen belang bij het feit dat aan een derde iets wordt gegeven. Dus doet de afspraak om iets aan een derde te geven, geen verbintenis tussen partijen ontstaan. Dit is al verwoord in Inst. 3.19.19: *alteri stipulari nemo potest*: niemand kan iets voor een derde bedingen. In de praktijk echter heeft de bedinger meestal wel een financieel belang, maar niet altijd. Soms wordt het beding gemaakt uit vrijgevigheid. De bedinger wil op die manier iets schenken aan de derde. Soms ook voldoet hij zo aan een natuurlijke verbintenis. Dan heeft het beding geen effect.

<sup>7</sup> Dit beginsel is al verwoord in Inst. 2.9.5: *Per extraneam personam nihil acquiri potest*.

<sup>8</sup> Eeuwenlang was omstrede of reële executie mogelijk was bij verbintenissen om iets te doen. Vgl. H. Dilcher, 'Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie', *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 78 (1961), p. 278 e.v. De middeleeuwse juristen lieten de crediteur eerst de keuze tussen een vordering tot nakoming en een vordering tot schadevergoeding, maar langzamerhand kreeg de gedachte de overhand dat de debiteur niet tot nakoming kon worden gedwongen. Aanknopingspunten voor beide vindt men in het OBW, zodat reële executie lang omstrede bleef. Vgl. daarover, A. Philips, *Reële executie* (Dissertatie Leiden 1889, Leiden 1889); H.F.W.D. Fischer, *De geschiedenis van de reële executie bij koop* (Haarlem 1934).

### Een afwijkende rechtspraktijk

Vanaf de zestiende eeuw wees men erop, dat het geleerde recht en de praktijk verschilden. In allerlei situaties bleek de derde in de praktijk een vordering te hebben tegen iemand die had beloofd hem iets te geven. Kennelijk deed niet ter zake, dat dit niet was beloofd aan de derde zelf, maar aan een ander, de bedinger, die het aanbod, iets aan de derde te geven, had geaccepteerd. De rechtsgeleerden merkten dan ook op dat de regel *alteri stipulari nemo potest* in de praktijk geen toepassing vond.

Onderzoekt men hun commentaar nader, dan blijken de schrijvers gevallen op het oog te hebben die wij tegenwoordig heel verschillend zouden kwalificeren, afhankelijk van de vraag of de bedinger handelde op eigen naam of op andermans naam, namelijk als derdenbeding en als vertegenwoordiging. Ook dit is het gevolg van hun romeinsrechtelijke scholing. Het Romeinse recht kende geen vertegenwoordiging. Partij bij een overeenkomst waren zij die feitelijk handelden, de belover en de bedinger.

Het was Hugo de Groot (1583-1645), die als eerste principieel twee wijzen van bedingen voor een ander onderscheidde: vertegenwoordiging en het derdenbeding, maar dit onderscheid, dat hij alleen in zijn *De iure belli ac pacis*<sup>9</sup> maakt, hebben de rechtsgeleerden niet direct overgenomen.

Wanneer zij, zoals Pothier (1699-1772), het onderscheid wel hanteren, verzetten zij zich sterk tegen de gedachte dat de overeenkomst tussen partijen (de belover en bedinger handelen op eigen naam) een recht voor een derde zou doen ontstaan. In Duitsland, België en Nederland blijft het derdenbeding als zelfstandige rechtsfiguur tot het eind van de negentiende eeuw betwist.

### Verklaringen waarom de derde een vordering heeft

Het is niet eenvoudig dogmatisch te verklaren, waarom in de praktijk de derde een vordering heeft, als iets in zijn voordeel is bedongen. Toch hebben de rechtsgeleerden dit geprobeerd, zowel de natuurrechtsgeleerden als de Rooms-Hollandse schrijvers.

Velen hebben daarbij zoveel mogelijk vastgehouden aan de romeinsrechtelijke dogmatiek. In hun gedachtengang kon de overeenkomst die een beding ten voordele van een derde bevat, niet rechtvaardigen dat de derde een vorderingsrecht toekwam. De derde is geen partij

9 Hugo de Groot, *De iure belli ac pacis* 2.11.18 [1] (edd. De Kanter-Hettinga Tromp Leiden 1939, herdr. Aalen 1993), p. 337-338: 'Solent et controversiae incidere de acceptatione pro alteri facta. in quibus distinguendum est inter promissionem mihi factam de re danda alteri, et inter promissionem in ipsius nomen collatam cui res danda est. Si mihi facta est promissio, ommissa inspectione an mea privatum intersit, quam introduxit ius Romanum, naturaliter videtur mihi acceptanti ius dari efficiendi ut ad alterum ius perveniat, si et is acceptet; ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit, sed ego cui facta est promissio eam possim remittere'. Vertaling: 'Meningsverschillen ontstaan gewoonlijk ook over het aannemen (van een toezegging) voor een ander. Daarbij moet onderscheiden worden tussen de toezegging die aan mij is gedaan om een ander een zaak te geven, en de toezegging gedaan op naam van degene aan wie de zaak moet worden worden. Als de toezegging aan mij gedaan is, lijkt me dat mij, die accepteert, van nature het recht gegeven wordt – zonder de controle die het Romeinse recht heeft geïntroduceerd of ik wel belang heb (bij de toezegging) – te bewerken dat de derde een recht toekomt, als ook hij aanvaardt, en wel zo dat in de tussentijd de toezegging niet kan worden herroepen door degene die beloofde, maar ik – aan mij is de toezegging immers gedaan – hem wel (van zijn belofte) kan ontslaan'.

bij die overeenkomst, zodat hij daaraan kan geen recht kan ontleen. Dus zochten zij een andere basis binnen de grenzen van de romeinsrechtelijke dogmatiek. Twee noemen wij hier:

Sommige rechtsgeleerden lazen in de overeenkomst van partijen een aanbod van de belover (of van partijen) aan de derde. Als de derde dit aanbod aanvaardt, ontstaat er een contract tussen hem en de belover (of een drie-partijen overeenkomst). Deze verklaring, die teruggaat op Hugo de Groot,<sup>10</sup> vindt men later vooral bij Nederlandse schrijvers, vrijwel niet bij Franse of Duitse.<sup>11</sup>

Anderen stellen dat, als de derde een vordering heeft, deze vordering de vordering moet zijn die de bedinger tegen de belover kon instellen op grond van de overeenkomst. Elke bedinger kan zijn vordering 'cederen',<sup>12</sup> dus kan de bedinger, die bedong iets aan een derde te geven, dat ook. Zo nodig werd deze 'cessie' gefingeerd: uit de rechtsverhouding tussen de bedinger en de derde werd afgeleid dat de derde bevoegd was de vordering in te stellen. Deze verklaring, die teruggaat op Johannes Balthasar Wernherr (1607-1671) en Christian Wolff (1679-1754)<sup>13</sup>, vindt men later vooral bij Duitse schrijvers.

Niet ieder probeert een dogmatische verklaring te geven voor het feit dat de derde een vordering heeft. Sommige juristen constateren eenvoudigweg dat de derde een vordering heeft en laten een dogmatische verklaring achterwege. Anderen trachten een dogmatische verklaring te geven zonder het Romeinse recht als uitgangspunt te nemen.<sup>14</sup> Van deze

<sup>10</sup> Zie noot 33. Strikt geredeneerd is deze verklaring niet gebaseerd op het Romeinse recht. Zij is immers gebaseerd op de gedachte dat een overeenkomst niet tot stand komt door consensus, maar door aanbod en de daarop volgende acceptatie. Vgl. over de invloed van Hugo de Groot: R. Feenstra, 'Pact and Contract in the Low Countries from the 16th to the 18th century', in: J. Barton (ed.), *Towards a general law of contract* (Berlin 1990), p. 197-213.

<sup>11</sup> Van der Keessel, Kemper, Van Troostenburg de Bruijn, Lohman, Suijling, Eggens. Na 1900 spreekt men liever niet meer van een aanbod en aanvaarding, omdat de belover niet de bedoeling heeft een contract te sluiten met de derde. In Frankrijk alleen Larombière. Het *Allgemeines Landrecht Preussen* (ALR I.5.74 e.v) gaat uit van een ander beginsel. Partijen sluiten een overeenkomst in het voordeel van een derde en doen hem vervolgens een aanbod tot de overeenkomst toe te treden (Beitritt).

<sup>12</sup> Van cessie in moderne zin is geen sprake. De bedinger droeg zijn recht niet over, maar creëerde een tweede vordering naast de zijne. De debiteur kon ook nog steeds bevrijdend betalen aan de bedinger (zijn crediteur), tenzij hij van de 'cessie' op de hoogte is gebracht. Zie C. 8.41.3. De mededeling aan de debiteur zag men daarom wel als het moment waarop de vordering werd overgedragen, ook al stond vast dat de cessionaris, de derde, ook daarvoor al bevoegd was te procederen met een *actio utilis*, in alle gevallen waar partijen overeenkwamen vordering(en) te 'cederen', bijv. na verkoop van een nalatenschap. Vgl. R. Zimmermann, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition* (Kaapstad etc. 1990), p. 62 e.v. De Duitse rechtsgeleerden aan het begin van de negentiende eeuw gingen nog verder onder invloed van C.F. Mühlbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts dargestellt* (Greifswald 1836). Iedere crediteur (de derde) zou kunnen afdwingen, dat zijn debiteur (de bedinger) de vordering (op de belover) 'cedeert', dus kwam hem een actio utilis toe. Zo bijvoorbeeld ook Savigny (1853), die daarom het derdenbeding als afzonderlijke rechtsfiguur overbodig achtte.

<sup>13</sup> Anders dan Hugo de Groot nemen zij aan dat de bedinger een recht voor zichzelf bedingt, namelijk om te vorderen dat het beoefde aan de derde wordt gegeven of voor hem gedaan, tenzij deze zich daartegen verzet. Vanzelfsprekend volgt daaruit dat de bedinger het recht verwerft, zijn recht op nakoming aan de derde te cederen. Hij doet dit als de derde zijn aanbod daartoe aanvaardt. Aldus ontleen wij aan J.P. Moltzer, *De overeenkomst ten behoeve van derden* (Dissertatie Leiden 1876, Amsterdam 1876), p. 240. Hij verwijst naar Christian Wolff, *Institutiones iuris naturae et gentium* (Lateinische Schriften 26; ed. M. Thomann; Hildesheim 1969), § 433, en Wernherr, *Analecta iuris naturae et gentium seu Annotationes succintae ad Hug. Grot de Iure belli et pacis, et Sam. Pufendorf. de Officio homines et civis, I* (Wittenberg 1721), observ. 182 nr. 10.

<sup>14</sup> Daartoe behoort ook de verklaring, die Demolombe geeft. Hij fingeert dat de bedinger op naam van de derde handelt, zodat de derde als vertegenwoordigde een vordering heeft. Dit noemen Hoogerhuis en Rutten de 'theorie van de zaakwaarneming'. Het zou juist zijn te spreken van de theorie van vertegenwoordiging. Demolombe hanteert deze overigens slechts in één specifiek geval, namelijk waar uit vrijgevigheid voor de derde is bedongen. Vgl. C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, XXIV (Paris 18873), nr. 203 e.v.; H.L. Hoogenhuis, *Voorwaarden en rechtsgrond van het recht van den derde bij de overeenkomst ten behoeve van een derde* (Dissertatie Leiden 1933, Amsterdam 1933), p. 70; Asser-Rutten, *Verbindenissenrecht II* (Overeenkomst en verbindenis uit de wet; Zwolle 1954).

beide benaderingswijzen worden hierna een vertegenwoordiger behandeld: de Utrechtse hoogleraar Jacobus Voorda en de Amsterdamse hoogleraar Jacob Pieter Moltzer.

### Jacobus Voorda

Jacobus Voorda werd geboren op 28 januari 1698 te Harlingen. Zijn ouders waren de notaris en advocaat Joost Voorda en Maria Suringar. Vanaf 1713 studeerde Jacobus rechten in Franeker bij Zacharias Huber (1669-1732) en Johannes Ortwin Westenberg (1667-1737). Aldaar promoveerde hij ook in 1718. In 1730 werd Voorda benoemd tot hoogleraar *ius civile* aan de Universiteit Utrecht. In 1737 werd het *ius hodiernum* aan zijn leeropdracht toegevoegd. Tot 1760 heeft hij in Utrecht onderwijs gegeven in deze vakken. In 1759 voelde hij zich verzwakt en vroeg om ontheffing van de verplichting om openbare colleges te geven. Op 15 september 1760 werd hem op eigen verzoek het emeritaat verleend. Daarna vestigde hij zich te Leeuwarden, waar hij op 10 juni 1768 is overleden.<sup>15</sup>

Uitgangspunt voor Voorda's onderwijs te Utrecht in het 'hedendaagse' privaatrecht vormde een boekje, dat hij anoniem had gepubliceerd onder de titel *Differentiae iuris Romani et Belgici secundum ordinem digestorum*.<sup>16</sup> Daarin volgt hij de in zijn dagen gebruikelijke methode en behandelt de verschillende privaatrechtelijke onderwerpen volgens de volgorde van de Digestentitels en geeft steeds zeer beknopt weer wat de verschillen zijn tussen Romeins recht en hedendaags recht.<sup>17</sup> In de colleges, die hij in Utrecht tussen 1744 en 1760 heeft gegeven, gaat Voorda veel uitvoeriger op deze verschillen in.<sup>18</sup> Eén van die verschillen betreft de regel *alteri stipulari nemo potest*.

### Bedingen voor een ander bij Voorda

Voorda begint zijn behandeling met de beschrijving van het recht van het gewest Holland.<sup>19</sup> Daar was het toen mogelijk iets te bedingen voor een ander, zoals blijkt uit het com-

<sup>15</sup> Gegevens zijn ontleend aan G.J. Loncq, *Historische schets der Utrechtsche Hoogeschool* (Utrecht 1886), L. Miedema, *Resolutiën van de vroedschap van Utrecht betreffende de academie, vervolg over 1693-1812* (Werken Historisch Genootschap, nieuwe serie 52; Utrecht 1900), en G.W. Kernkamp, *Acta et Decreta senatus, vroedschapsresolutiën en andere bescheiden betreffende de Utrechtsche academie, deel II* (Utrecht 1936). Meer biografische gegevens zijn te vinden in W.B.S. Boeles, *Frieslands Hoogeschool en het Rijks Athenaeum te Franeker II,2* (Leeuwarden 1889), p. 421-423, van der AA en NNBW III, kolom 1338-1339; G.C.J.J. van den Bergh, *Die holländische elegante Schule; Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800* [Ius commune SH, 148] (Frankfurt am Main 2002), p. 210-212; een bibliografie is te vinden in M. Ahsmann, *Bibliografie van de hoogleraren in de rechten aan de Utrechtsche Universiteit tot 1811* (Amsterdam etc. 1993), p. 149-152.

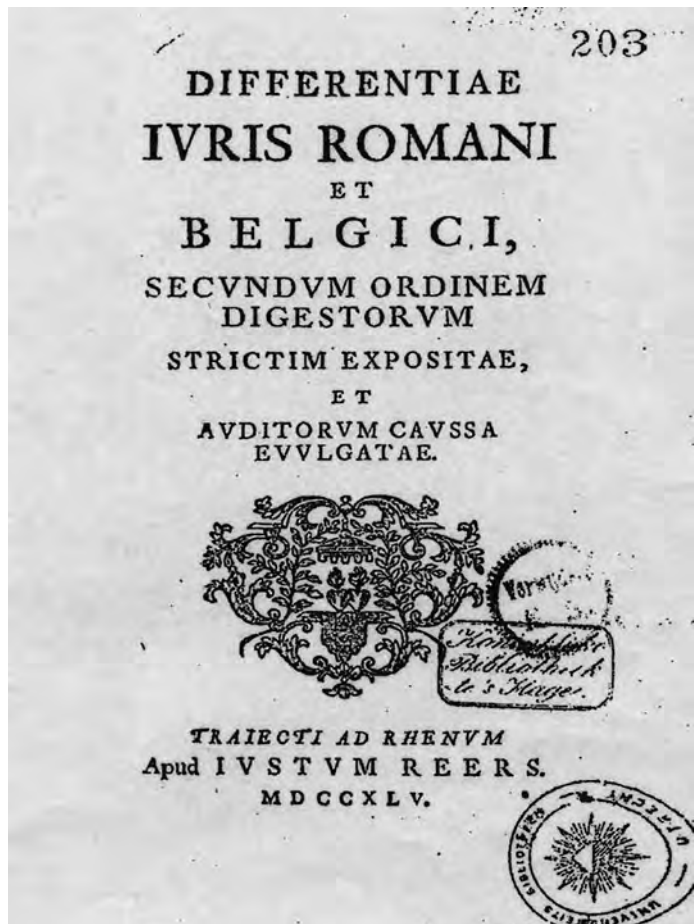
<sup>16</sup> J. Voorda, *Differentiae iuris Romani et Belgici secundum ordinem digestorum strictim expositae et auditorum causa evulgatae* (Utrecht 1744, Utrecht 1745 en Leiden 1769).

<sup>17</sup> Cf. M. Ahsmann, 'Teaching the *ius hodiernum*: Legal education of advocates in the Northern Netherlands (1575-1800)', in: *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis* 65 (1997), p. 423-457.

<sup>18</sup> Verschillende collegedictaten zijn bewaard gebleven in handschrift zowel in Nederland als in Zuid-Afrika. Er is slechts één autograaf bekend die zich bevindt te Leeuwarden (Provinciale Bibliotheek van Fryslân, Hs Hof 33). Een deel van de Latijnse tekst is uitgegeven naar dit handschrift als *Dictata ad jus hodiernum Jacobi Voordae secundum librum quod appellatur 'Differentiae iuris Romani et Belgici'*, Pars I (ed. Ph.J. Thomas-P. van Warmelo; Pretoria 1992), Pars II (ed. M.L. Hewett-Ph.J. Thomas-Paul van Warmelo; Pretoria 1996). Een volledige tekstuitgave voorzien van Engelse vertaling wordt thans voorbereid door M.L. Hewett te Kaapstad.

<sup>19</sup> De Latijnse tekst is te vinden in deel I van de editie Thomas-Van Warmelo, p. 191-192.





mentaar van Vinnius, Groenewegen en Johannes Voet.<sup>20</sup> Voorda vervolgt zijn dictaat met de constatering dat de door hem aangehaalde autoriteiten allen Hollandse schrijvers zijn en vraagt zich af hoe het zit in andere gewesten, waar het *ius civile* evenmin strikt in acht wordt genomen. Hij meent vervolgens, dat overal waar inheems recht en gewoonterecht zijn aanvaard, het mogelijk is iets voor een derde te bedingen.

Zo kon ook in Utrecht iemand iets bedingen voor een ander. Om dit duidelijk te maken verwijst Voorda naar twee schrijvers, namelijk Bernard van Zutphen († 1685), advocaat bij het Hof van Utrecht,<sup>21</sup> en Paulus Voet (1619-1667), vanaf 1654 hoogleraar in de rechten te Utrecht. Daarbij moet worden opgemerkt dat de passage bij Van Zutphen uitsluitend handelt over vertegen-

<sup>20</sup> Voorda verwijst naar Vinnius, *In quattuor, ad Inst. 3.19.4. nr. 3* (zie noot 34); Groenewegen, *De legibus abrogatis, ad Inst. 3.19.19* (zie noot 36) en Johannes Voet, *De beginselen des rechts volgens de schikking van de vier boeken ... van den keizer Justiniaan* (Den Haag 1729), p. 411-413 (ad Inst. 3.19.19 n. 10); de tekst van Voet is voor een deel ontleend aan Vinnius. In de passages waarnaar Voorda verwijst kwam de 'derde' – waarmee ook de vertegenwoordigde kon zijn bedoeld – een vordering toe.

<sup>21</sup> Bernardus a Zutphen, *Practycke der Nederlandsche rechten van de daghelijksche soo civile als criminele questien*, tit. de Contractu § 17, in de editie Leeuwarden 1664 p. 144.

woordiging. Dit wordt bevestigd door de passages waar Van Zutphen op zijn beurt naar verwijst.<sup>22</sup> Ook kan men bij Voet niet lezen of naar diens oordeel de derde een vordering verkrijgt.<sup>23</sup>

Voor Friesland, de *custos religiosissima juris civilis*, waar het Romeins recht sterker was gerecipieerd dan in de andere gewesten, spreekt Voorda zijn twijfels uit. Weliswaar schrijft Ulrik Huber (1636-1694) in zijn *Heedendaegse Rechtsgeleertheit*, aldus Voorda, dat de derde het beding dat voor hem is gemaakt, kan bekrachtigen en daarmee een actie kan verkrijgen<sup>24</sup> en wellicht is dit in overeenstemming met de oude Friese gebruiken, die inmiddels naar de achtergrond zijn verdrongen door het gerecipieerde Romeinse recht. Huber verwijst alleen naar schrijvers buiten Friesland.<sup>25</sup> Bovendien schrijft Huber elders, zo vervolgt Voorda, dat een debiteur (de derde) geen verweermiddel heeft, als zijn crediteur (de belover) aan een ander (de bedinger) heeft toegezegd, de schuld niet te zullen innen.<sup>26</sup> Tegenwoordig heeft de derde kennelijk geen verweermiddel in Friesland, maar in de andere gewesten, waar de derde zelfs een vordering toekomt, heeft hij dat zeker.<sup>27</sup>

#### Is het derdenbeding als rechtsfiguur erkend?

Uit de enkele mededeling dat men in Holland kan bedingen voor een ander, kan nog niet worden afgeleid dat het derdenbeding werd aanvaard. Mogelijk geeft Voorda slechts aan de overeenkomst bindend is, ook al verplicht zij tot een prestatie aan een ander dan de bedinger.<sup>28</sup> Het betekent niet per se dat aan de derde een vordering wordt toegekend.

Dit blijkt uit het verslag van de discussie in de raadkamer ter voorbereiding van een sententie van de Hoge Raad van Holland en Zeeland van 27 oktober 1733, beschreven door Cornelis van Bijnckershoek (1673-1743). Toen twee broers, als onderdeel van een schikking, hadden afgesproken, dat één van hen jaarlijks een bepaald bedrag zou betalen aan hun drie zusters, hield deze broer op met betalen na het overlijden van de bedinger. De Hoge Raad oordeelde, dat de zusters voortzetting van de betaling konden vorderen. Sommige raadsheren hadden zich daartegen verzet, zo meldt Bijnckershoek. Zij waren het met de anderen eens, dat de regel *alteri stipulari nemo potest* in Holland niet gold. Maar dit betekende volgens hen dat de broer, de bedinger, een vordering toekwam, ook al had hij geen enkel financieel belang bij de prestatie aan zijn zusters. Zij zouden enkel een vordering kunnen hebben, als zij de bedinger vertegenwoordigden, maar dat deden zij niet.<sup>29</sup>

22 Alexander Imolensis, *Consilia* 5, consilium 24 n. 6, Bartolus ad C. 4.2.4 n. 3 en Bartolus ad D. 19.1.7.

23 Paulus Voet, *In quatuor libros Institutionum commentarius*, Pars posterior ad Inst. 3.19.18, in de editie Utrecht 1668 p. 195.

24 Ulrik Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheit*, III. Boek, XXI. kapittel n. 40, in de uitgave Amsterdam 1768 p. 444-445.

25 Johann Schneidewein (Oinotomos 1519-1568), Vinnius en Voet.

26 Ulrik Huber, *Eunomia Romana* ad D. 2.14.17.4, in de uitgave Amsterdam 1724, p. 118.

27 Hierbij wordt verwezen naar het adagium van D. 50.17.156.1.

28 In hun commentaar op de regel *alteri stipulari nemo potest* bespreken de Rooms-Hollandse schrijvers niet alleen situaties, waarin wij tegenwoordig van een derdenbeding spreken, maar ook gevallen van directe vertegenwoordiging. Hetzelfde geldt, wanneer zij aangeven dat de rechtspraktijk op dit punt afwijkt van het geleerde recht. Als de juristen tot de conclusie komen, dat men in de praktijk voor een ander kon bedingen en dat die ander een vordering had, dan kunnen zij situaties op het oog hebben, waarin wij tegenwoordig een voorbeeld van vertegenwoordiging zien.

29 Cornelis van Bijnckershoek, *Observationes tumultuariae* 3 (ed. Meijers e.a., Haarlem 1946), p. 569 (nr. 2792).

Pand. L. 11. §. 34.

nudo? Wysembecis in Parat. ad h. t. §. 9. actionem illam ex  
 potest condictionem ex lege, et quodam ex lege a Pontificis  
 by constituta in c. 1 et 3. de pact. §. 3 fut iudice ad-  
 huc lis e, an Pontifices istis in locis actionem ex nudis  
 pactis privatim concedant: id en. negant multi et obto  
 ad Diff. Bochelm. c. 35. §. 1. n. 3. 2) Recte huc applicantur  
 condictiones certi et incerti, q̄ dabantur olim ex stipula-  
 tionibus: n̄ pacta, sicut olim q̄ proximis accedebant  
 ad stipulationis similitudinem, ita moribus hodiernis -  
 ab eis nihil differunt, et habent vim stipulationis. Ita  
 quoq̄ Huber ad h. t. §. 35.

§. 11. Nunc alter alteri, scribit Wern. ad h. q. inst. de inst. stip. n. 3.  
 ubiq̄ forme locor̄ inualuisse errorem veteris interpretis, receptor̄  
 et, ut notarii aliis recte stipulantur (h. e. paciscantur, n̄ in  
 dictis stipulationibus hodie d̄ utimur) et stipulando actionem  
 accipiunt: hinc addit, moribus huc tamē id possum obtine-  
 re, ut quilibet alteri in extraneo recte stipuletur h. e. paciscatur,  
 ei, volenti et promissis acceptanti obligationem et actionem  
 accipiat: q̄ illud ē contrarium, d̄ bene congruit iuri nat̄:  
 et q̄ mea nihil in, alteri q̄ me beneficio officii. Similiter  
Groeneweg. ad §. 9. inst. eod. n. 6. et Voet ad h. t. §. 12. in fin.  
 alteri alteri hodie pacisci, atq̄ ita obligationem acquirere  
 pot̄. Quae am̄ illi scriptores in Hollandia sunt, iurisq̄ Hol-  
landici fuerint quibusdā: vis ad ea q̄dem ambigenda,  
 q̄ in Hollandia alter alteri recte paciscatur et stipuletur.  
 Neq̄ dubito, q̄ idem obtineat ceteris in locis, ubi civile ius  
 ē ferite observatur, d̄ non q̄tis convenit legibus moribusq̄ pa-  
 tris, aut usi recepti ē. Nam ubi forme locor̄ alter alteri  
 nunc recte stipulatur, ubi apparet ex scriptoris laudatis

ca

† id vero q̄ max̄ ē erro-  
 res ē, ostendit Har-  
ber Decad. 47. c. 2.

Autograaf van het collegedictaat van Jacobus Voorda (Provinciale Bibliotheek fan Fryslân MS Hof 33, p. 116).

Blijkt uit de colleges van Voorda dat in het Rooms-Hollandse recht het derdenbeding als rechtsfiguur werd erkend? Met andere woorden: is uit zijn commentaar af te leiden, dat de derde een recht ontleent aan de overeenkomst tussen partijen?

In de passages bij Vinnius, Groenewegen en Voet, waarnaar Voorda verwijst, blijkt dat de derde een vordering toekwam, als voor hem iets was bedongen. Al in de zestiende eeuw was gewezen op het feit dat in sommige gebieden in Europa de ‘derde’ (de vertegenwoordigde daaronder begrepen) kon procederen in gevallen waarin het Romeinse recht dat niet toestond. Spanje bijvoorbeeld kende sinds 1348 afwijkende wetgeving. In Frankrijk en Duitsland kenden sommige streken meer uitzonderingen op de regel *alteri stipulari nemo potest*. Ook in het gewest Holland kwam de derde een vordering toe buiten die gevallen die al in het Corpus iuris zelf zijn opgesomd. Hierop had Hugo de Groot in zijn *Inleidinge in de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* als eerste gewezen:

‘Maer alzo by ons meer werd gezien op de billyckheid als op scherpheid van rechten, zoude oock buiten deze uitzonderingen een derde de toezegging moghen aennemen, ende alzo recht bekoomen, ten waer den toezegger voor de aenneming van de derde zulcks hadde wederroepen’.<sup>30</sup>

Hier onderscheidde Hugo de Groot niet tussen handelen op andermans naam (vertegenwoordiging) en handelen op eigen naam (bedingen voor een derde).<sup>31</sup> De andere Rooms-Hollandse schrijvers deden dat evenmin. Zij constateerden slechts dat de derde in de praktijk wel een vordering had en verwezen daarbij ondermeer naar het veelvuldig gebruik van wissels in handelskringen.<sup>32</sup> Uit het gegeven voorbeeld blijkt dat zij niet alleen overeenkomsten op het oog hebben, die wij nu als overeenkomsten gesloten door een vertegenwoordiger zouden kwalificeren, maar ook het beding voor een derde waarbij partijen bogen dat deze derde een recht op de prestatie krijgt.

Ontleende de derde een recht aan de overeenkomst tussen partijen? Volgens Hugo de Groot niet, zo blijkt uit het zojuist gegeven citaat. Hij neemt aan dat de belover een aanbod (‘toezegging’) doet aan de derde, als hij met de bedinger overeenkomt iets aan de derde te geven. Er ontstaat pas een verbintenis tussen de belover en de derde, zodra de derde dit aanbod aanvaardt. Tot dat moment kan de belover zijn ‘toezegging wederroepen’.<sup>33</sup> Kennelijk

<sup>30</sup> Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* 3.3. § 38 (edd. F. Doring-H.F.W.D. Fischer- E.M. Meijers, Leiden 1965), p. 213.

<sup>31</sup> Zoals gezegd, maakte Hugo de Groot (1583-1645) dit onderscheid wel in *De iure belli ac pacis*. Zie nt 9.

<sup>32</sup> Zij verwijzen daarbij naar een passage van Damhouder, *Praxis civilis*, c.95 & 133, waar deze de wissel bespreekt. De bezitter van de wissel – de ‘brenger deses briefs’ – hoeft niet te bewijzen hoe hij de vordering heeft verkregen. Vgl. Simon Groenewegen, *De legibus abrogatis* (ed. Beinat) I, p. 77 (ad Inst. 3.19.19 nr. 7), Simon van Leeuwen, *Censura Forensis* (Leiden 1662), 4.16.8 en Johannes Voet, *Commentarius*, ad D. 45.1 nr. 3.

<sup>33</sup> Hierin verschilt de *Inleidinge* van *De iure belli ac pacis*. Daar onderscheidt Hugo de Groot tussen vertegenwoordiging en het derdenbeding. In beide gevallen is sprake van een aanbod, iets aan een derde te geven, dat de bedinger accepteert. Accepteert hij voor die derde, dan ontstaat een verbintenis tussen de belover en die derde. Accepteert hij op eigen naam, dan kan de belover het aanbod niet meer herroepen en krijgt de derde een recht zodra ook hij accepteert. Zie noot 9. In de tussenliggende tijd heeft de bedinger het recht te bewerkstelligen dat de derde een recht verkrijgt, als ook hij aanvaardt (*ius efficiendi ut ad alterum ius perveniat, si et is accipit*). Ten onrechte lezen sommigen in deze formulering dat de bedinger het recht heeft te bewerkstelligen dat de derde de

is het recht van de derde niet gebaseerd op een toezegging van de belover (als eenzijdige bindende belofte) en evenmin op de overeenkomst tussen de bedinger en de belover.

Van de auteurs naar wie Voorda verwijst, gaf alleen Arnoldus Vinnius (1588-1657) dezelfde verklaring als Hugo de Groot.<sup>34</sup> Simon Groenewegen en Johannes Voet vermeldden dat de 'derde' een vordering heeft, maar zwegen over een eventuele noodzaak voor hem om het derdenbeding te accepteren.<sup>35</sup> Waarom de derde een vordering heeft, kunnen zij niet met romeinsrechtelijke dogmatiek verklaren.<sup>36</sup>

### De voorgeschiedenis van artikel 1353 BW (1838)

Sterker dan uit het commentaar van Voorda blijkt, bleef het in de Nederlanden omstreden wanneer precies de derde een vordering toekwam, als iemand had beloofd hem iets te geven maar een ander dan hijzelf dit aanbod had geaccepteerd. Nog aan het eind van de achttiende eeuw wijst Van der Keessel (1738-1816) er op, dat in het Rooms-Hollandse recht de derde geen recht kan ontlenen aan de overeenkomst zelf. De derde moet het in die overeenkomst vervatte aanbod van de belover accepteren, dan verkrijgt hij een recht.<sup>37</sup>

De wettelijke regeling voorafgaand aan het Burgerlijk Wetboek van 1838 was onhelder, zowel die in het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (1809-1811) als die in de Code civil (1811-1838). Artikel 1121 Cc, tweede lid, bepaalde slechts dat de bedinger 'hetselve niet meer [kan] herroepen, indien de derde verklaard heeft, daar van gebruik te willen maken'.<sup>38</sup> Helaas heeft de wetgever van 1838 deze bepaling verkozen boven de heldere regeling uit het Ontwerp Kemper.<sup>39</sup>

Hierdoor werd, meer nog dan in de achttiende eeuw, omstreden of de derde een recht toekwam. In 1857 ontkende Diephuis (1817-1892) dit bijvoorbeeld: de overeenkomst kan feite-

prestatie verkrijgt, dit is een recht op nakoming aan de derde. Zo Ankum (*De voorouders*, p. 29); Moltzer (*De overeenkomst*, p. 237) en U. Müller, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter: ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre von der unmittelbaren Drittberechtigung und Drittverpflichtung* (Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte 3; Stuttgart 1969), p. 128.

<sup>34</sup> In de tweede druk van zijn *Institutencommentaar* (1655). Vgl. Arnoldus Vinnius, *In quattuor libros Institutionum commentarius* (Amsterdam 1655), p. 621 (ad. Inst. 3.19.4 nr. 3).

<sup>35</sup> Hierop wijzen Huber, *Praelectiones* 1.3.20 nr. 6 en Van der Keessel, *Theses selectae*, nr. 510 (zie nt. 37).

<sup>36</sup> Groenewegen vergelijkt de toezegging die geaccepteerd is door een ander, de bedinger die feitelijk het contract sluit, met een *pactum nudum*, een afspraak die niet bindend is, omdat zij niet voldoet aan de eisen die het geleerde recht stelt. In het inheemse recht is elk *pactum* (elk aanbod dat is geaccepteerd) bindend en kan men voor een ander bedingen, zodat deze 'derde' (de vertegenwoordigde inbegrepen) een vordering heeft. Vgl. Simon Groenewegen, *De legibus abrogatis*, (ed. Beinart) I, p. 76 (ad Inst. 3.19.19 nr. 6). Het idee dat er onafhankelijk van enige consensus een *pactum* kan ontstaan tussen de promissor en de derde is niet verenigbaar met de grondbeginselen van het Romeinse recht. Wellicht kan wel aansluiting worden gezocht bij de leer van het canonieke recht, dat de eenzijdige belofte (*votum*) of de eenzijdige toezegging bekrachtigd met een eed weliswaar geen verbintenis doet ontstaan, maar wel een persoonlijke verplichting en bepaalde procesrechtelijke gevolgen heeft. Zie daarover J. Hallebeek, 'Actio ex iuramento: The legal enforcement of oaths', in: *Ius Commune, Zeitschrift für europäische Rechtsgeschichte* 17 (1990), p. 69-88.

<sup>37</sup> D.G. van der Keessel, *Theses selectae juris Hollandici et Zelandici*, (Amsterdam 1860), nr. 510.

<sup>38</sup> Art. 1034 van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland: 'Zodra die derde verklaard heeft van het beding gebruik te maken, is hetzelfde onherroepelijk'. Wie het beding niet meer kan herroepen, de bedinger of de belover, blijkt hier niet.

<sup>39</sup> Deze is dezelfde in de ontwerpen van 1816 en 1820: De overeenkomst tussen partijen doet geen recht op de prestatie ontstaan. Wel wordt daaruit een aanbod van partijen aan de derde afgeleid. De derde is bevoegd dit aanbod te accepteren, maar tussentijds kunnen zowel de belover als de bedinger dit aanbod herroepen. Als de derde aanvaardt, wordt hij geacht dit zelf met de belover te zijn overeengekomen. Vgl. Ontwerp Kemper 1820, art. 2313 e.v.

lijk de derde baten, maar een vordering tegen de belover heeft de derde niet.<sup>40</sup> Opzoomer (1821-1892) kende de derde na diens aanvaarding wel een vordering toe<sup>41</sup> in het geval omschreven in artikel 1353 OBW: ‘wanneer een beding hetwelk men voor zichzelf maakt of eene gift die men aan een ander doet, zulk eene voorwaarde<sup>42</sup> bevat.’ Ook de rechter oordeelde verschillend. De rechtbank te Arnhem wees in 1865 de vordering van de diaconie te Otterloo toe. De vordering van de geadresseerden bij een vrachtovereenkomst wees de rechtbank te Amsterdam steeds toe,<sup>43</sup> maar de vordering van de cargadoor wees zij af in 1848, 1852 en 1864.<sup>44</sup>

### Jacob Pieter Moltzer

Moltzer wordt wel gekarakteriseerd als één van de juristen die de rechtswetenschap aan het eind van de negentiende eeuw nieuw leven hebben ingeblazen.<sup>45</sup> Dit geldt zeker voor het derdenbeding. Moltzer, geboren in 1850, was van 1881 tot 1895 hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit van Amsterdam. Hij was een voorstander van de inductieve methode, zoals al blijkt uit in zijn inaugurele rede *Door het recht tot den regel*. Hij vroeg grotere aandacht voor de rechtspraktijk en wilde via het handelsrecht en de gewoonte tot een eigen zelfstandig privaatrecht te komen. Zijn slechte gezondheid dwong Moltzer in 1895 zijn hoogleraarschap vervroegd neer te leggen, waarna hij lid werd van de Raad van State.

Moltzer publiceerde over heel uitlopende onderwerpen: de oorzaak van de verbintenis (1889), het landbouwkrediet in Nederlands-Indië (1886), grondrente als alternatief voor de hypotheek als kredietmiddel in de landbouw (1892) en maatregelen om versnippering van land tegen te gaan (1887),<sup>46</sup> de vaderschapsaktie (1899), de rechtspersoonlijkheid van de maatschap (1897) en het bewijsrecht. Zijn proefschrift vormt zijn eerste publicatie. Hij promoveerde in Leiden in 1876 op de overeenkomst ten behoeve van derden.<sup>47</sup>

### Het derdenbeding bij Moltzer

Moltzer bepleit in zijn dissertatie een algemene erkenning van het derdenbeding als bron van de verbintenis tussen belover en derde. Hij acht dit ook economisch dringend noodza-

40 G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, VI (Groningen 1857), nr. 459-460.

41 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek, aantekening op artikelen die thans nog verklaring behoeven* (Amsterdam 1857<sup>2</sup>), p. 82.

42 Hieronder verstaat Opzoomer een last.

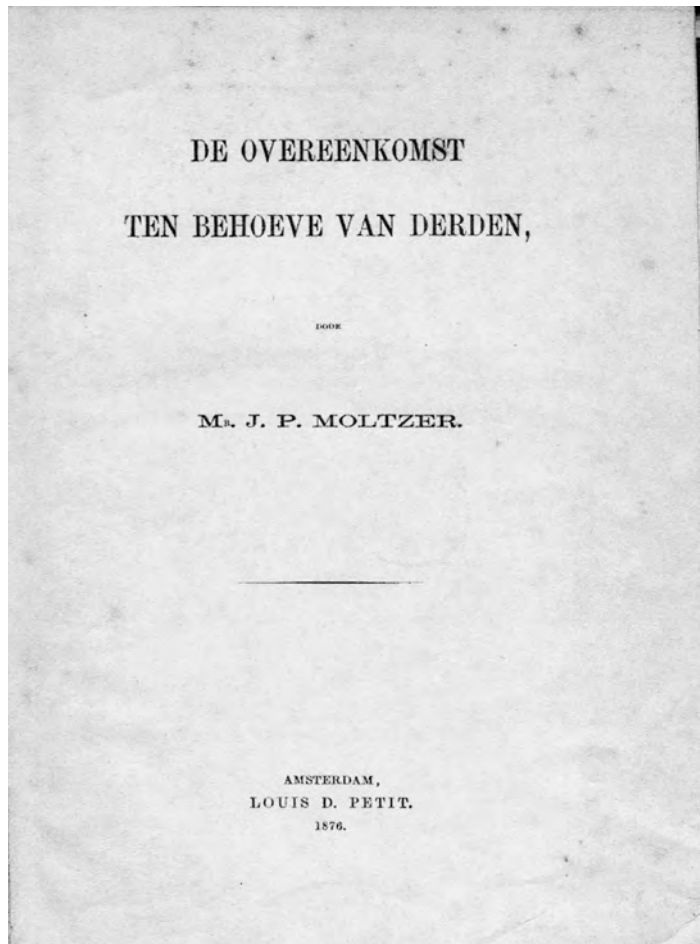
43 Rb. Amsterdam 7 november 1845, W. 658. Voor soortgelijke voorbeelden zie Troostenburg de Bruijn, *De rechtspraak*, p. 59 e.v.

44 Rb. Amsterdam 23 juni 1848 Mag. Handelsrecht 1859, p. 251; 1 december 1848, W 990; 5 februari 1852, W. 1321; 21 januari 1864 W 2575. De makelaar (cargadoor, shipbroker) liet vaak in vrachtovereenkomsten waarbij hij had bemiddeld, een zgn. cargadoorsclausule opnemen, dat de schipper zich bij aankomst voor een nieuwe vracht tegen het gebruikelijke tarief zou wenden tot hetzelfde makelaarskantoor. De vonnissen zijn besproken in Van Troostenburg de Bruijn, *De rechtspraak*, p. 50 e.v.

45 E.H. Hondius, ‘Jacob Pieter Moltzer’, in: T.J. Veen, P.C. Kop (ed.), *Zestig juristen, bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap* (Zwolle 1987), p. 236 e.v.

46 Vgl. P.L. Nève, ‘De publicaties van prof. mr. L.J. van Apeldoorn in de jaren 1940-44’, in: A.M.J.A. Berkvens, G.H.A. Venner (ed.), *Om daarmee vrijelijk te doen naer wil ende welgevallen. Rechtshistorische opstellen aangeboden aan prof. mr. A.Fl. Gehlen* (Maastricht 1998), p. 267, 307.

47 J.P. Moltzer, *De overeenkomst ten behoeve van derden* (Dissertatie Leiden 1876, Amsterdam 1876).



kelijk, vooral voor de ontwikkeling van de levensverzekering<sup>48</sup> en het betalingsverkeer (cheques).

Na tweehonderd pagina's lang het Romeinse recht en de romanistische traditie tot aan de codificaties te hebben geschetst, ziet hij ervan af 'als een zutphense boer' alle dwaalwegen van zijn tijdgenoten te behandelen, alleen om aan te geven dat zijn lezer 'daor niet most wèhsen'.<sup>49</sup> Hij stevent recht op zijn doel af: een nieuwe uitleg van de artikelen 1351 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek (1838).

<sup>48</sup> Het was zeer omstrede of het recht op de verzekerde som tot de boedel van de verzekeringnemer behoorde (dan had deze iets voor zichzelf bedongen) of tot de boedel van de begunstigde. Volgens Boas, Moltzer en Levy verkreeg de derde onmiddellijk een recht. Vgl. L.S. Boas, 'De rechthebbende bij levensverzekering', *Themis* 49 (1886), p. 216 e.v.; Molengraaff en De Savornin Lohman leerden, dat de begunstigde pas bij overlijden van de verzekeringnemer een recht verkreeg. W.H. de Savornin Lohman, *De rechten van derden bij de overeenkomst van levensverzekering* (Dissertatie Utrecht 1886, Den Haag 1886); W.P.L.A. Molengraaff, 'Eïsschen de wettelijke bepalingen omtrent de overeenkomst van levensverzekering herziening? Zo ja in welken zin' (Preadvies voor de Nederlandsche Juristen Vereeniging), *Handelingen der Nederlandsche Juristen Vereeniging* 19 (1888). Ook de rechtspraak was verdeeld. Vgl. Van Troostenburg de Bruijn, *De rechtspraak*, p. 81 e.v.

<sup>49</sup> Zie Moltzer, *De overeenkomst*, p. 288.

OBW 1351: 'In het algemeen kan niemand zich op zijnen eigen naam verbinden, of iets bedingen, dan voor zich zelve.'

OBW 1353: 'Men kan ook ten behoeve van eenen derde iets bedingen, wanneer een beding, hetwelk men voor zich zelve maakt, of eene gift die men aan een ander doet, zulk eene voorwaarde bevat. Die zoodanig beding gemaakt heeft, kan hetzelfde niet meer herroepen, indien die derde verklaard heeft daarvan te willen gebruik maken.'

Om deze artikelen te begrijpen acht Moltzer het onnodig verder terug te gaan dan de Code civil,<sup>50</sup> waar deze artikelen aan zijn ontleend.<sup>51</sup> Hij raadt aan het Corpus iuris verder ongeopend te laten.<sup>52</sup> Hooguit heeft het nog zin Pothier (1699-1772) te lezen, maar dan slechts om te begrijpen, dat de Franse wetgever Pothier niet volgt, maar voor een andere regeling kiest.

Niet voor niets raadt Moltzer aan het Corpus iuris dicht te laten. Het vormt de basis voor de dwaalwegen die hij niet wil bewandelen. De meeste schrijvers leggen artikel 1351 OBW (1119 Cc) uit met behulp van het beginsel *alteri stipulari nemo potest*. Met de regel 'in het algemeen kan niemand op eigen naam iets bedingen dan voor zichzelf' geeft de wetgever volgens hen aan, dat in beginsel de overeenkomst slechts dan een verbintenis tussen partijen doet ontstaan, als zij overeenkomen dat de belover iets geeft aan de bedinger of voor hem doet. Iets doen voor de bedinger kan bestaan uit iets geven aan een derde. Maar dan moet de bedinger belang hebben bij die prestatie, zodat hij 'voor zich zelve' bedingt.<sup>53</sup>

Volgens Moltzer is deze uitleg van artikel 1351 onjuist, omdat zij gebaseerd zou zijn op een verouderde opvatting over reële executie bij verbintenissen om iets te doen.<sup>54</sup> Naar Frans en Nederlands recht lossen deze verbintenissen zich bij wanprestatie niet meer op in een verbintenis tot schadevergoeding. Daarmee is de basis voor toepassing van het beginsel *alteri stipulari nemo potest* weggefallen. Vóór de Code Civil had het beding ten voordele van een derde geen effect, zoals Pothier verklaarde, omdat de bedinger in zo'n situatie bij gebreke aan schade geen vordering (tot schadevergoeding) toekwam.<sup>55</sup> Maar naar Frans en Nederlands recht (Cc 1144; OBW 1277) kan hij een rechterlijke machtiging vorderen om de prestatie aan de derde op kosten van de belover te laten verrichten.

Moltzer interpreteert artikel 1351 OBW daarom anders. Niets belet partijen een prestatie aan een derde te bedingen, ook al heeft de bedinger geen enkel belang bij de prestatie aan de derde, maar zij kunnen geen recht voor een derde bedingen, tenzij voldaan is aan de vereisten die artikel 1353 stelt. Volgens Moltzer heeft artikel 1351 dezelfde betekenis als arti-

50 Vgl. Cc. 1119: 'On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler, en son propre nom, que pour soi-même. [1121] On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut pas la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter'.

51 Het werd niet betwist, dat de Nederlandse wetgever in 1830 en 1838 geen wijziging heeft willen brengen in de artt. 1119-1121 Cc, die hij overnam.

52 Moltzer, *De overeenkomst*, p. 294.

53 Aldus Delvincourt (1813 en 1819), Toullier (1824), Duranton (1836), Larombière (1857). Diephuis (1849 en 1857) acht hun uitleg te ruim, omdat deze ook de zaakwaarnemer een vordering geeft. Volgens hem kan men slechts bedingen, waartoe men zelf al tegenover de derde verplicht was. Vgl. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht*, nr. 458.

54 Vgl. Moltzer, *De overeenkomst* p. 295-315; vgl. over de reële executie ook noot 8.

55 R. Pothier, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur* (Paris 1764), nr. 54.



kel 1376 OBW: 'Overeenkomsten zijn alleen van kracht tussen de handelende partijen. ... Zij kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen, dan alleen in het geval voorzien bij artikel 1353.' Zo opgevat blijkt uit artikel 1351 dat de overeenkomst geen geschikt middel is om een verbintenis tussen de belover en de derde te creëren, tenzij voldaan is aan de vereisten die artikel 1353 stelt.

Het derdenbeding<sup>56</sup> doet volgens Moltzer twee verbintenissen ontstaan. Er ontstaat altijd een verbintenis tussen de bedinger en de belover. Als voldaan is aan de vereisten die artikel 1353 stelt, ontstaat er eveneens een verbintenis tussen de belover en de derde.

'Men kan ten behoeve van een derde iets bedingen, wanneer een beding dat men voor zichzelf maakt, of een gift die men aan een ander doet, zulk eene voorwaarde bevat' luidt art. 1353 OBW. Het lijkt alsof 'gift' en 'beding' hier tegenover elkaar staan: de schenking in het voordeel van de belover, het beding in het voordeel van de bedinger. Maar zo mag artikel 1353 niet worden uitgelegd volgens Moltzer. Uit de wetsgeschiedenis van de Code civil blijkt dat de wetgever met *stipulation pour soi-même* niet vereist, dat iets in het voordeel van de bedinger is bedongen,<sup>57</sup> maar dat er een overeenkomst (*stipulation*) is tussen de bedinger en de belover: de bedinger belooft zijnerzijds te presteren, als de belover een prestatie aan de derde verricht.<sup>58</sup> Zo uitgelegd, stelt artikel 1353 als voorwaarde dat de bedinger (van het derdenbeding) een contraprestatie belooft voor de prestatie aan de derde. De prestatie aan de derde kan het enige zijn, dat de belover toezegt.

Deze uitleg van artikel 1353 maakt het mogelijk dat de derde een recht heeft op de voor hem bedongen prestatie, als bijvoorbeeld de verkoper bedongen heeft de gehele koopprijs aan een derde te betalen, zoals een weduwe bij de verkoop van de echtelijke woning kort voor haar overlijden deed: 'f 1.200 te voldoen aan de armen te Vlierden en f 2.200 te besteden aan missen tot lafenis van de ziel van de verkoopster'.<sup>59</sup> Belangrijker voor de rechtspraktijk is het feit dat de uitleg van Moltzer de begunstigde van een levensverzekering een eigen recht geeft tegenover de verzekeraar; een recht dat vrij is van successierechten, omdat het geen deel uitmaakte van de boedel van de verzekeringnemer.

56 Moltzer, *De overeenkomst*, p. 4, 26, definieert het derdenbeding – hij noemt dit een overeenkomst ten behoeve van derden – als 'een overeenkomst waarbij partijen (*stipulator* en *promittens*) overeenkomen, om aan eenen derde een eigen oorspronkelijk recht te verschaffen tegen een hunner (de *promittens*) op eene prestatie, welke de ander (de *stipulator*) in eigen naam handelende van de promittor bedingt om aan de derde te doen'. De belover wil zich zowel tegenover de bedinger, als tegenover de derde verplichten.

57 Een letterlijke uitleg van 'beding voor zich zelve' acht Moltzer (*De overeenkomst*, p. 321) onbevredigend. In die interpretatie zou het derdenbeding de voorwaarde moeten zijn van iets wat ik voor mijzelf beding. 'Belooft u mij aan een derde 100 te geven' heeft geen enkel effect, maar 'Belooft u mij 100 te geven, als u de derde 100 geeft' heeft dat wel. Ik kan 100 vorderen en de derde ook. Maar dan moet u 200 betalen, 100 aan de derde en – als straf – 100 aan mij, omdat u 100 betaalt aan de derde.

58 Vgl. Moltzer, *De overeenkomst*, p. 318 e.v.

59 Vgl. Rb. Roermond, 2 februari 1888. W 5443. Vgl. Van Troostenburg de Bruijn, *De rechtspraak*, p. 100. De rechtbank wees de vordering van de erfgenamen toe, die fl. 1.600 eisten van de koper omdat de weduwe krachtens testament onbevoegd was de opbrengst van het huis weg te schenken.

### Moltzers verklaring waarom de derde een recht heeft

Het vorderingsrecht van de derde ontstaat volgens Moltzer niet pas op het moment dat hij aangeeft van het beding gebruik te willen maken, maar direct door het derdenbeding. De mededeling van de derde heeft wel tot gevolg dat de bedinger het recht van de derde niet meer kan herroepen.<sup>60</sup> Hiervoor beroept Moltzer zich ditmaal op Pothier, niet op de wetsgeschiedenis van de Code civil die eerder in tegengestelde richting wees.<sup>61</sup>

Volgens Moltzer is het recht van de derde gebaseerd op de eenzijdige wilsverklaring van de belover. De toezegging van de belover is immers gericht tot de derde, ook al wordt deze geuit tegenover de bedinger. Voorzover de derde vroeger een vordering had – in het canonieke en inheemse recht – kon deze ook slechts worden verklaard met een beroep op het effect dat aan de eenzijdige belofte (zeker wanneer deze met een eed was bekrachtigd) werd toegekend in het canonieke recht en inheemse recht.

Niet de overeenkomst (noch die met de bedinger, noch die met de derde), maar de eenzijdige rechtshandeling is de bron van de verbintenis tussen de belover en de derde. Het derdenbeding is één van de gevallen waar ‘de enkele belofte, ook al is zij niet aangenomen, reeds voldoende is om eene verbintenis te doen ontstaan voor hem, die haar deed, en een recht voor dengene tot wie zij was gericht’. Andere voorbeelden zijn ondermeer het onherroepelijk aanbod bij de veiling en de order- en toonderpapieren (wissels, cognosseminten).<sup>62</sup> Naast verbintenissen uit overeenkomst en onrechtmatige daad bestaan er volgens Moltzer verbintenissen uit ‘de enkele wilsverklaring van zich te willen verbinden’.<sup>63</sup>

‘Zoo het Romeinse recht op onze moderne maatschappij niet langzamerhand den knelenden druk eener misvormende chineesche vrouwenschoen wil gaan oefenen, dan wordt het werkelijk tijd dat men nu eens eindige met op grond van de zeer beperkte geldigheid der romeinsche *pollicitatio* ook voor onze maatschappij aan de niet aangenomen belofte erkenning als rechtsfeit te weigeren’.<sup>64</sup>

### Conclusie

Noch in de dagen van Voorda, noch in die van Moltzer was het derdenbeding onomstreden. Voorda beschrijft het recht van onze gewesten aan de vooravond van de codificatie.

60 Vgl. artikel 1353 OBW (1121 Cc) lid 2: ‘Die zoodanig beding gemaakt heeft, kan hetzelfde niet meer herroepen, indien die derde verklaard heeft daar van te willen gebruik maken.’

61 Hierop wees Van Troostenburg de Bruijn, *De rechtspraak*, p. 26, 27.

62 Moltzer, *De overeenkomst*, p. 361 e.v. Verdere Duitse voorbeelden ontleent Moltzer aan H. Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht: eine germanistische Studie* (Berlin 1873).

63 Moltzer, *De overeenkomst*, p. 365 nt. 1. Zijn Amsterdamse studenten wezen ook op het feit dat Moltzer uitvoerig aandacht besteedde aan de eenzijdige wilsuitingen ‘die in de praktijk en het maatschappelijk verkeer zulk een groote rol spelen’. Vgl. C.J.H. Jansen en R.J.Q. Klomp, *Hoogleraren aan het werk, impressies van het juridisch onderwijs aan de Universiteit van Amsterdam tussen 1876 en 1915* (Nijmegen 1993), p. 19.

64 Moltzer, *De overeenkomst*, p. 367.

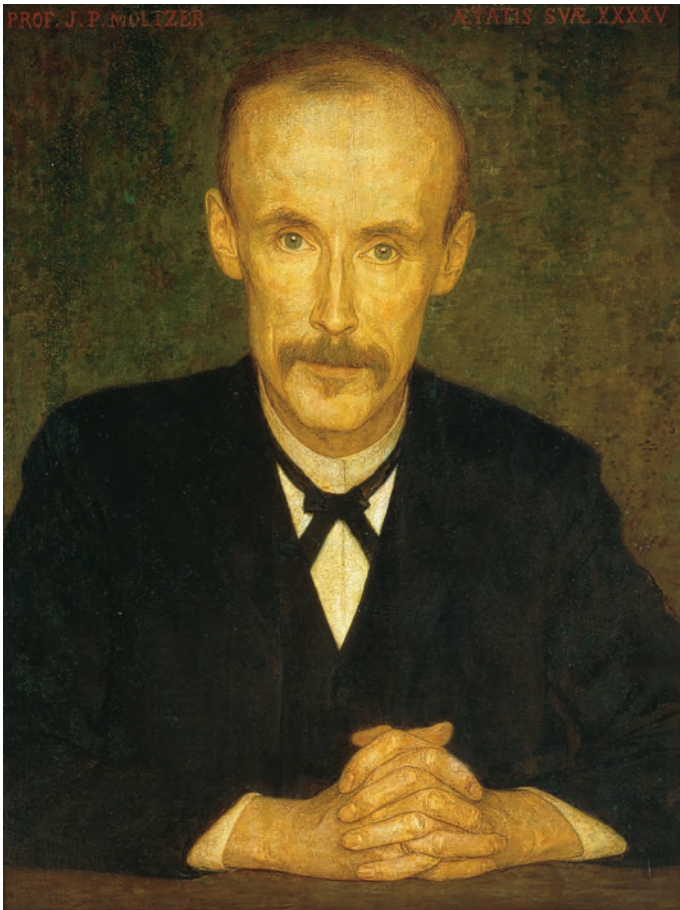
Jacobus Voorda (1698-1768), lector (1723) en buitengewoon hoogleraar in de rechten (1727) te Franeker, gewoon hoogleraar aan de Utrechtse juridische faculteit (1730-1760). Collectie Universiteitsmuseum Utrecht.



Dit recht wordt gekenmerkt door een zekere spanning tussen het inheemse recht, waarin men voor een ander kon bedingen<sup>65</sup> en het ‘gemene recht’, dat aan het beding ten voordele van een derde in beginsel geen gevolgen toekende en in ieder geval de derde een actie onthield. Moltzer beschrijft het gecodificeerde recht van het BW van 1838, dat het beding ten voordele van een derde had geregeld in art. 1353. De formulering van dit artikel, ontleend aan de Franse Code civil, was echter niet helder en voor meerdere uitleg vatbaar. Zowel Voorda als Moltzer menen dat naar geldend recht de derde recht heeft op de bedongen prestatie, zonder dat zij daarbij steun zoeken in romeinsrechtelijke dogmatiek. Voorda constateert het gewoonweg voor het recht van Holland en Utrecht en maakt slechts een voorbehoud voor Friesland. Moltzer introduceert daartoe een nieuwe uitleg van het tweede lid van artikel 1353.

Er zijn ook belangrijke verschillen in de benaderingswijze van de twee juristen. Voorda is zeker geen dogmaticus. Het is bekend dat hij kritisch stond tegenover de overheersende

<sup>65</sup> Volgens sommigen kende het oorspronkelijke inheemse recht het derdenbeding. Aldus nog A.S. de Blécourt-H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht* (Groningen 19677), p. 290 e.v. Deze opvatting is weerlegd door G. Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritten* (Forschungen zum römischen Recht I.2; Weimar 1949), p. 15.



Jacob Pieter Moltzer (1850-1907), hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam 1881-1895, lid van de Raad van State 1895-1907, op 46-jarige leeftijd (1896). Olieverfop paneel door Jan Veth. Collectie Universiteitsmuseum De Agnietenkapel, Amsterdam.

rol van de romeinsrechtelijke doctrine. In de rede waarmee hij op 28 maart 1755 het rectoraat van de Universiteit Utrecht overdroeg, keerde hij zich uitdrukkelijk tegen de dominerende plaats in onderwijs en wetenschap van de Instituten en de Digesten met hun vele onheldere definities, interne tegenstrijdigheden en obsoleete bepalingen.<sup>66</sup> Men heeft daarom wel gemeend, dat Voorda zich er tegen heeft verzet om het inheemse recht te persen in keurslijf van de Romeinse dogmatiek.<sup>67</sup> Wat daar ook van waar zij, Voorda's behandeling van het beding ten behoeve van een derde laat geen enkel spoor van dogmatiek zien, geen romeinsrechtelijke dogmatiek, maar ook geen andere. Voorda lijkt veeleer een pragmaticus en comparatist te zijn. Hij beschrijft en vergelijkt het recht in de verschillende gewesten, die wat hun privaatrecht betreft soeverein waren. Hij is niet op zoek naar achterlig-

66 J. Voorda, *Oratio in Jus Justinianaenum*, bewaard als handschrift in Leiden, Universiteitsbibliotheek BPL 2244 (J. Voorda, *Oraties en aantekeningen*); zie over deze rede C.J.H. Jansen, *Natuurrecht of Romeins recht, Een studie over het leven en werk van F.A. van der Marck (1719-1800) in het licht van de opvattingen van zijn tijd* (Rechtshistorische Studies, 12; Leiden 1987), p. 157.

67 Zie Boeles, *Frieslands Hoogeschool*, II, p. 423, noot 1: 'Wij gissen dat hij de zucht om het vaderlandsch regt te vervormen naar het Romeinsche wilde bestrijden'.

gende uitgangspunten of grondbeginselen. Hij onderneemt geen pogingen te verklaren waarom het recht is zoals het is. Door deze pragmatische en descriptieve houding en door het feit dat zijn *Ius Hodiernum* niet in druk is verschenen, kan Voorda niet worden geacht veel invloed te hebben uitgeoefend op de rechtswetenschap van zijn dagen of die van latere generaties.

Het werk van Moltzer laat een totaal ander beeld zien. Net als Voorda gaat hij comparatief te werk en vergelijkt hij Frans, Duits en Nederlands recht. Maar hij biedt wél een dogmatische verklaring voor het vorderingsrecht van de derde. Hij verklaart dat recht niet vanuit romeinsrechtelijke dogmatiek, maar zoekt als voorstander van de inductieve methode naar de rechtsregels die liggen achter de rechtspraktijk. Moltzer redeneert met grote overtuigingskracht. Zijn dissertatie is 'zoo grondig doordacht en in zoo goeden vorm gekleed, dat er slechts weinige waard zijn met haar gelijk gesteld te worden'.<sup>68</sup> Al vond de dogmatische verklaring van Moltzer vrijwel geen navolging, zijn uitleg van het 'beding voor zich zelve' werd al snel door velen aanvaard,<sup>69</sup> al bleef hij omstreden. Met name Meijers verzette zich tegen deze interpretatie, omdat hij haar gekunsteld achtte. De wetgever heeft met 'beding' ook een 'beding' bedoeld, geen belofte, zoals Moltzer meent. Meijers raadt aan ook hier Pothier als leidraad te nemen. Het derdenbeding heeft volgens Meijers dus slechts effect, wanneer het als nevenbeding (last) aan een overeenkomst wordt toegevoegd. Met andere woorden: de prestatie aan de derde is niet het enige dat de belover toezegt. De bedinger moet ook iets 'voor zich zelve' bedingen, iets waarbij enkel hij belang heeft.<sup>70</sup>

Uiteindelijk volgt de Hoge Raad in 1914 Meijers.<sup>71</sup> Dit had tot gevolg dat tot 1992 effect werd ontzegd aan het derdenbeding, wanneer het derdenbeding geen nevenbeding, maar een zelfstandige overeenkomst vormde. Zo bleef het tot de inwerkingtreding van ons huidige BW onmogelijk, wat partijen beoogden, als zij overeenkwamen iets aan een derde te geven.

68 Aldus Opzoomer in zijn bespreking in *Themis* 38 (1877), p. 488.

69 Uitzonderingen zijn Diephuis (1886), Meijers (1905) en De Savornin Lohman (1907). Het moment waarop het recht voor de derde ontstond bleef omstreden. Uit de discussie rond het recht van de begunstigde bij de levensverzekering blijkt dat Boas (1887) en Levy (1888), Eyssell (1905) en Scholten (1916) Moltzer volgen. Vgl. L.S. Boas, *De rechthebbende*, p. 219; A.P.Th. Eijssell, *Themis* 96 (1905), p. 99; P. Scholten, 'Het recht van den bevoordeelde bij levensverzekering', *WPNR* 2441 (VPO IV), p. 293.

70 E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 96 (1905), p. 432-436.

71 HR 26 juni 1914, W. 9713, NJ 1914, 1028.

## DE OMSLAG VAN ZOENGELD OVER DE VERWANTEN VAN EEN DOODSLAGER VOLGENS HET RECHTSBOEK VAN DEN BRIEL

### Inleiding

Op 18 november 1462 bepaalde Filips de Goede, op verzoek van de Staten van Holland, dat het geldbedrag waarmee een doodslag of verwonding verzoend moest worden, opgebracht diende te worden door alléén de dader en diens eventuele helpers. Van onschuldige bloedverwanten mocht in het vervolg geen bijdrage meer geëist worden.<sup>1</sup> Dit betekende de formele afschaffing van een eeuwenoude rechtsinstelling, namelijk die der aansprakelijkheid voor doodslag gepleegd door een bloedverwant.

Deze aansprakelijkheid vond haar oorsprong in het Germaanse strafrecht, dat aan private partijen (families) de vrije keuze liet een aangedaan onrecht te wreken, dan wel te verzoenen. Misdrijven tegen de persoon, zoals belediging, verwonding en vooral doodslag, leidden een toestand van vijandschap in tussen de families van dader en slachtoffer waarin over en weer wraak genomen kon worden (vete). De beëindiging van een vete nu werd bewerkstelligd door de verzoening, waarbij de familie van de dader een bedrag aan geld of goederen betaalde aan de familie van het slachtoffer. Daarbij waren de verwanten van de dader verplicht aan de afkoopsom een bijdrage te leveren. Vanaf de late Middeleeuwen zijn landsheerlijke en stedelijke overheden zich tegen de vete te weer gaan stellen. Enerzijds trachtten zij partijen te verbieden om conflicten op gewelddadige wijze te beslechten, anderzijds poogden zij de aansprakelijkheid van de bloedverwanten in te perken. Gezien het verzoek van de Staten van Holland aan Filips de Goede moet deze aansprakelijkheid halverwege de vijftiende eeuw echter nog steeds als belastend ervaren zijn.<sup>2</sup>

Om een indruk te krijgen van de zwaarte van de familieplicht bij de vergoeding van doodslag zal ik in dit opstel een aantal passages uit het vroeg-vijftiende-eeuwse *Rechtsboek van Den Briel* onder de loupe nemen.<sup>3</sup> In het vijfde tractaat van deze bron, dat handelt over zoenlike zaken (zaken die betrekking hebben op de verzoening) komen de regels ten aanzien

1 H. Noordkerk, *Handvesten; ofte privilegien ende octroyen; mitsgaders willekeuren, costuimen, ordonnantien en handelingen der stad Amstelredam... I* (Amsterdam 1748), p. 136-137.

2 Voor de grote lijnen van strafrechtsgeschiedenis: R.C. van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw* (Brussel 1954) en Klaas de Vries, *Bijdrage tot de kennis van het strafprocesrecht in de Nederlandse steden benoorden Maas en Schelde vóór de vestiging van het Bourgondisch gezag* (Groningen, Djakarta 1955). Voor de inperking van de familieplichten in de late Middeleeuwen: S.J. Fockema Andreae, 'Familie-plicht en -recht bij vergoeding van doodslag' (1894), in: idem, *Bijdragen tot de Nederlandsche rechtsgeschiedenis V* (Haarlem, 1914) en P.C.M. Hoppenbrouwers, 'Maagschap en vriendschap. Een beschouwing over de structuur en functies van verwantschapsbetrekkingen in het laat-middeleeuwse Holland', *Hollandse studiën 16 en Holland, regionaal-historisch tijdschrift 17* (1985), p. 69-108; aldaar: p. 81-96.

3 Jan Matthijssen, *Het Rechtsboek van Den Briel beschreven in vijf tractaten*, J.A.Fruin en M.S.Pols (eds), WOVR 1e reeks 1 ('s-Gravenhage, 1880 (hierna te noemen: *Rechtsboek*)).

Filips de Goede (1396-1467). Kopie naar Rogier van der Weyden. Groeningemuseum, Brugge.



van de betaling van het zoengeld uitgebreid aan bod. Ik zal nagaan of zij antwoord kunnen geven op de vraag wélke verwanten wélke bijdrage dienden te leveren aan het zoengeld. Van de twee taken waarvoor de rechtshistoricus zich geplaatst ziet – enerzijds het nagaan van de ontwikkeling van het recht, anderzijds het beschrijven van de bestaande instellingen op een gegeven moment in de geschiedenis – beperk ik mij dus tot de laatste.<sup>4</sup>

Voor de meeste lezers van dit tijdschrift zal het *Rechtsboek van Den Briel*, geschreven tussen de jaren 1404 en 1417 door de Brielse stadsklerk Jan Matthijssen, geen introductie behoeven. Het geldt immers als de meest volledige middeleeuwse optekening van een lokaal gewoonterecht binnen de grenzen van het huidige Nederland. De wens om een publicatie-

4 Zo omschreef Van Caenegem de taak van de rechtshistoricus. *Geschiedenis van het strafrecht*, p. 1.

mogelijkheid voor deze rechtsbron te creëren vormde de aanleiding voor de oprichting van de *Vereeniging tot uitgave der bronnen van het oude vaderlandsche recht* (OVR).

Dat het rechtsboek belangrijke informatie verschaft over de omslag van het zoengeld wordt door velen onderkend.<sup>5</sup> Degene die de moeite neemt desbetreffende passages ter hand te nemen zal dadelijk inzien dat Matthijssen inderdaad tracht uit te leggen volgens welke verdeelsleutel de bloedverwanten van de dader werden aangeslagen. De volgende stap echter, namelijk het begrijpen van Matthijssens woorden, zal aanmerkelijk langer tijd in beslag nemen. Het klassieke artikel in het Nederlandse taalgebied over de betaling van zoengeld, van de hand van S.J. Fockema Andreae, kan moeilijk als toelichting op de tekst gebruikt worden. Dit is namelijk niet op Matthijssen, maar op een aantal Westfriese dingtalen gebaseerd.<sup>6</sup> Betere diensten verleent wat dit betreft een twaalf jaar eerder verschenen opstel van H. Brunner.<sup>7</sup> De interpretatie van Matthijssen die daarin gegeven wordt zal hieronder nog ter sprake komen. Daarbij zal blijken dat deze nog een belangrijke passage in het *Rechtsboek* onverklaard liet. Dit is echter eerst in te zien nadat de informatie die Matthijssen ons verschaft aan een grondige analyse is onderworpen.

## Verwantschapsgraden en vierendelen

De mate waarin iemand aan het zoengeld diende bij te dragen hing af van de mate van verwantschap met de dader. Deze werd berekend aan de hand van twee begrippen: verwantschapsgraden en vierendelen. Zonder kennis van de betekenis hiervan is het onmogelijk te begrijpen hoe de omslag van het zoengeld geregeld was. Het begrip vierendeel veronderstelt Matthijssen bij zijn lezers bekend. De gradenberekening daarentegen voorziet hij van een kleine toelichting:

### citaat 1

‘Voirt is te weten, dat die eerste maechscip, diemen reket, ende die eerste graet der maechscip is susterscip ende broederscip. Die ander graet sijn suster- ende broederkinder, ende heeten oemskinder of moeyenkinder, na deser aert. Die dorde graet heeten achtersusterkinder, ende sijn dieghene die van suster- of broederkinder ghewonnen worden, of die oemskinderen of moeyenkinderen winnen. Die vierde graet heetmen eerste leden, ende sijn dieghene die van achtersusterkinder ghewonnen worden’.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Om maar één voorbeeld te noemen: ‘De beste eigentijdse beschrijving is natuurlijk die van Jan Matthijs sn (*sic*)’, Hoppenbrouwers, ‘Maagschap en vriendschap’, p. 86, n. 102.

<sup>6</sup> S.J. Fockema Andreae, ‘Familie-plicht en -recht’, p. 243-248. Dit werk is overigens niet opgenomen in de literatuurlijst van Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht*.

<sup>7</sup> Heinrich Brunner, ‘Sippe und Wergeld nach niederdeutschen Rechten’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abtheilung*, III (1882), p. 1-101; aldaar: p. 83-84.

<sup>8</sup> *Rechtsboek*, p. 220, r. 33 – p. 221, r. 2.



*vertaling*

Voorts moet u weten dat de eerste groep verwanten die men onderscheidt, en wel de eerstegraads verwanten, bestaat uit broers en zusters. De tweedegraads verwanten zijn zusters- en broerskinderen en heten oomskinderen of tantekinderen, op deze manier. De derdegraads verwanten heten *achtersusterkinder*, en zijn de kinderen van zusters- of broerskinderen, óf de kinderen van oomskinderen of tantekinderen. De vierdegraads verwanten noemt men<sup>9</sup> *eerste leden* en zijn de kinderen van *achtersusterkinder*.

Deze passage geeft uitsluitsel over de verwantschapsgraden van enkele – maar niet alle – familieleden van de dader (figuur 1, rode getallen).<sup>10</sup> De eerste zin leert ons dat broers en zusters eerstegraads bloedverwanten zijn. Hun kinderen (*suster- ende broederkinder*) staan in de tweede graad van verwantschap. Deze laatsten worden kennelijk ook *oemskinder of moeyenkinder* genoemd, getuige de tweede zin van het citaat. Dit levert een interpretatiemoeilijkheid op. Afgezien van ingewikkelde incestueuze situaties kunnen de kinderen van broers en zusters immers nooit dezelfde zijn als de kinderen van ooms en tantes. Het probleem wordt opgelost wanneer we in de woorden van Matthijssen lezen dat zowel oomzeggers (*suster- ende broederkinder*) als volle neven en nichten (*oemskinder of moeyenkinder*) in de tweede graad van bloedverwantschap staan. Het vervolg van het citaat bevat geen onduidelijkheden. Kinderen van tweedegraads verwanten zijn derdegraads verwanten en worden *achtersusterkinder* genoemd. Hun nakomelingen tenslotte zijn bloedverwanten van de vierde graad en worden aangeduid met de term *eerste leden*.<sup>11</sup>

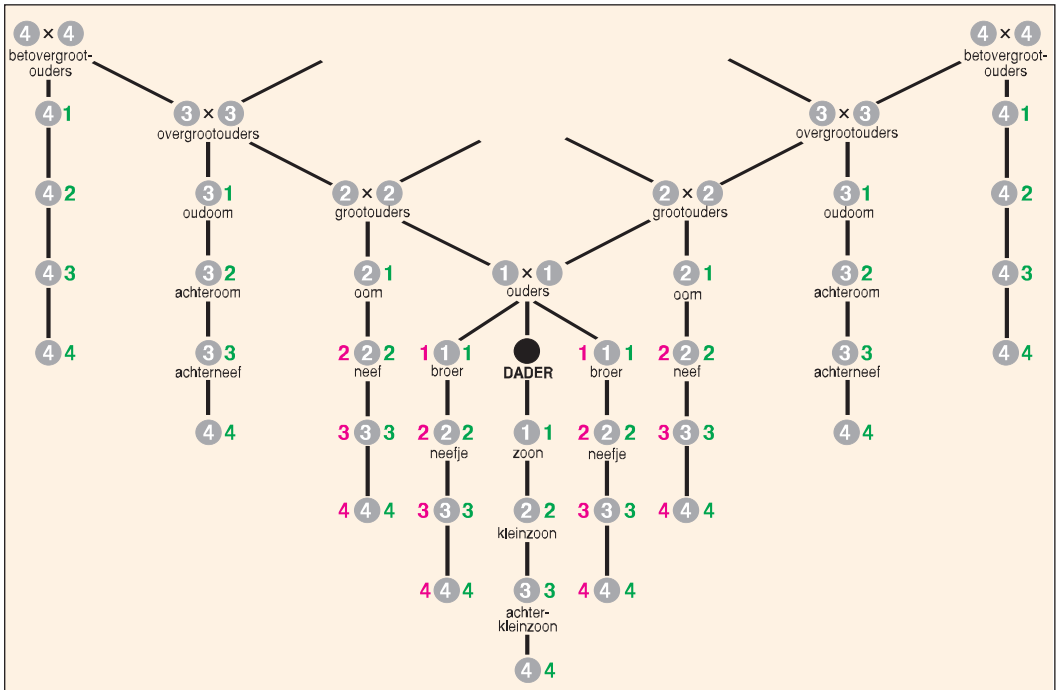
Niet alle familieleden in figuur 1 zijn van een rood getal voorzien. Omdat Matthijssen de oom, oudoom, achteroom en achterneef niet noemt kan aan deze en verdere verwanten slechts door constructie een verwantschapsgraad worden toegekend. Daarbij dienen uiteraard de in rood aangegeven graden eerbiedigd te worden. Uit bovenstaand citaat zou de regelmaat afgeleid kunnen worden dat de kinderen van een familielid *x* altijd één graad verder van de dader verwijderd zijn dan de persoon *x* zelf. Wanneer nu het schema met behulp van deze regel wordt aangevuld ontstaat de door de groene getallen aangegeven constructie. Hierin hebben de bloedverwanten in opgaande lijn, dat wil zeggen de ouders, grootouders, overgrootouders etc., die tezamen de ‘stam’ van de maagschap vormen, geen verwantschapsgraad toebedeeld gekregen. De overige familieleden, die zich in de zijtakken van de stamboom bevinden, hebben een graad die gelijk is aan het aantal stappen dat hen van de stam scheidt.

Het idee dat de graad van bloedverwantschap bepaald wordt door de afstand tot de stam werd reeds door één van de bezorgers van de uitgave van het *Rechtsboek van Den Briel* en wel

<sup>9</sup> Het Middelnederlandse werkwoord *heeten* werd zowel overgankelijk (‘noemen’) als onovergankelijk (‘genoemd worden’, de moderne betekenis van ‘heten’) gebruikt.

<sup>10</sup> Met dank aan Jos Ruks voor het vervaardigen van de figuren.

<sup>11</sup> Op het eerste gezicht mag het vreemd overkomen dat een vierdegraads verwant *eerste lid* genoemd wordt. De achtergrond van deze term moet gezocht worden in de gewoonte de maagschap voor te stellen als een menselijk lichaam, waarbij de bloedverwanten, bij het stijgen der graden, steeds verder van het hoofd op de arm geplaatst worden. De vierdegraads verwanten komen volgens dit systeem op het eerste lid van de middelvinger. Fockema Andreae, ‘Familieplicht en -recht’, p. 242.



Figuur 1 Schematische weergave van de maagschap. Omwille van de duidelijkheid zijn niet alle zijtakken uitgetekend. Van de acht paar betovergrootouders en de vier paar overgrootouders zijn respectievelijk slechts twee paar in het schema opgenomen. De rode getallen geven de graden die uit citaat 1 zijn af te leiden. De groene getallen geven de graden volgens de in de hoofdttekst beschreven constructie. De witte getallen geven de door Jan Matthijssen gehanteerde Germaans-kanonieke graden.

de eerste secretaris van OVR, M.S. Pols, verwoord.<sup>12</sup> Hij kende echter aan de leden van de stam reeds de waarde 1 toe, aan hun kinderen (in de zijtakken) de waarde 2, enzovoort. De gradenberekening volgens Pols verkrijgt men derhalve door in figuur 1 bij alle groene getallen één graad op te tellen. Hierdoor komt het schema echter niet meer overeen met de verwantschapsgraden die met zekerheid uit Matthijssen zijn af te leiden (rood). Pols vermeldde niet waarop hij zich baseerde, maar omdat hij vijf jaar voordat hij deze inzichten publiceerde Jan Matthijssens rechtsboek in het licht had gegeven mogen we aannemen dat dit één van zijn belangrijkste bronnen geweest is.<sup>13</sup> De discrepantie tussen de oplossing van Pols en die van Matthijssen is daarom opmerkelijk.

De reden dat ik deze constructies in dit verhaal heb betrokken is gelegen in het feit dat

<sup>12</sup> M.S. Pols, 'De middeleeuwse rechtspleging in zake van doodslag', *Verslagen en mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, afdeling letterkunde, derde reeks*, II (1885), p. 203-242; aldaar: p. 218-219.

<sup>13</sup> Ten aanzien van de gradenberekening en zijn constructie merkte Pols in een voetnoot op: 'Dit punt levert nog veel duisters, en stof tot verschillende twistvragen die hier niet kunnen besproken worden. Het hier medegedeelde resumé bevat slechts de slotsom van mijne onderzoekingen'. *Ibidem*, p. 218, n. 1.

bij aandachtige lezing van citaat 1 nu eenmaal het idee kan postvatten dat de verwantschapsgraad van kinderen altijd één groter is dan die van hun ouders. Zeker omdat dit idee werd aangehangen door één van de bezorgers van het *Rechtsboek van Den Briel* meende ik dat ik deze suggestie niet onbesproken mocht laten. De vermeende regelmaat is echter afgeleid uit slechts één bronfragment, namelijk citaat 1. Een volgende passage over de opbouw van de maagschap geeft aan dat de oplossing wellicht elders gezocht moet worden.

Matthijssen meldt ons namelijk dat omwille van het sacrament van het huwelijk is vastgelegd dat de maagschap beperkt blijft tot de groep verwanten tot en met de vierde graad. Binnen deze groep wordt door de kerk geen huwelijk toegestaan, hoewel voor grote heren, uit het oogpunt van het landsbelang, een uitzondering op deze regel kan worden gemaakt.<sup>14</sup>

Hoewel de kerkelijke bemoeienis met het vaststellen van de verboden graden teruggaat tot de vierde eeuw, heeft het tot de elfde eeuw geduurd eer er dienaangaande eenduidige richtlijnen werden opgesteld. In 1059 bepaalde paus Nicolaas II dat zevende- en lageregraads bloedverwanten niet met elkaar in het huwelijk mochten treden. De Romeinsrechtelijke gradenberekening die de kerk hierbij hanteerde werd enkele jaren later echter, op aanraden van de hervormer Petrus Damiani, ingewisseld voor een Germaans systeem van gradenberekening, waarbij evenwel de uiterste zevende verboden graad gehandhaafd bleef. Dit had een absurde verveelvoudiging van het aantal personen met wie niet gehuwd mocht worden tot gevolg, daar de zevende Germaans-kanonieke graad overeen komt met de veertiende graad volgens het Romeinse recht (figuur 2). De jurist-paus Innocentius III corrigeerde deze situatie tijdens het Vierde Lateraans Concilie in 1215, door de Germaans-kanonieke gradenberekening te handhaven, maar de reikwijdte van het huwelijksverbod in te perken van de zevende tot de vierde graad.<sup>15</sup> Deze regels zijn tot de invoering van de *Codex Iuris Canonici* in 1917 van kracht gebleven.<sup>16</sup> In figuur 1 zijn de Germaans-kanonieke graden aangegeven met de witte getallen (vgl. de getallen in Romeinse cijfers in figuur 2). De rode getallen blijken precies in het systeem te passen. Vanwege het expliciete verband dat Matthijssen legt tussen de gradenberekening en de kerkelijke huwelijksregelgeving meen ik dat hij de Germaans-kanonieke graden op het oog heeft. In de rest van dit opstel ga ik dan ook van deze graden uit.<sup>17</sup>

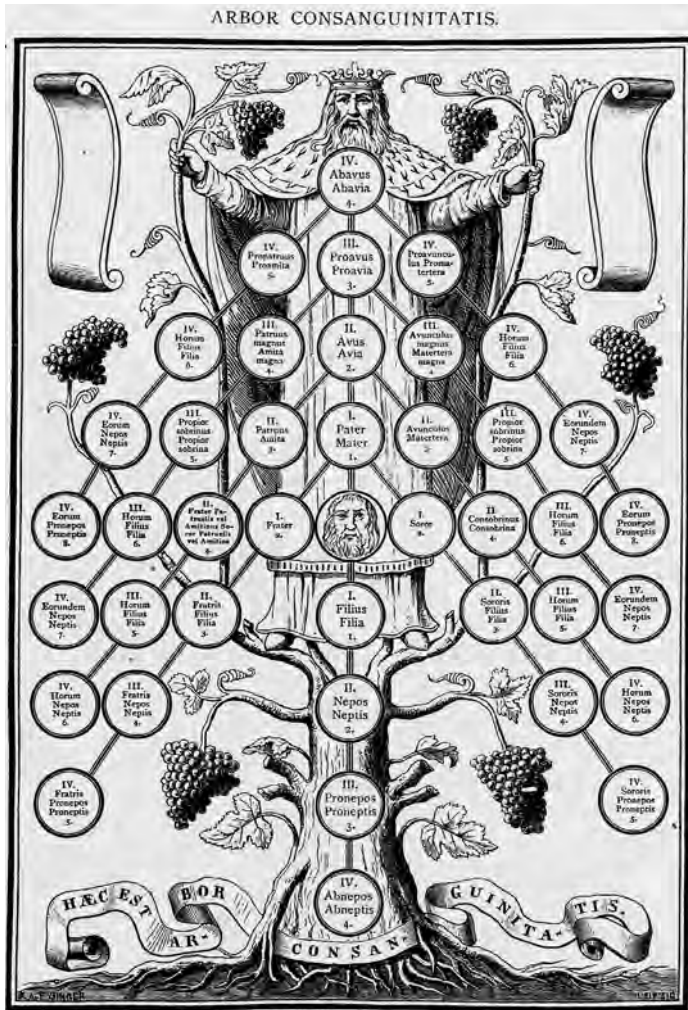
Naast het begrip *graet* speelt het begrip *vierendeel* een belangrijke rol in de opbouw van de maagschap. Omdat Matthijssen deze term niet van een toelichting voorziet zullen we onze toevlucht

14 'Mar dairom ist gheordineert, dat die maechscip uitgaet ten vierden lede, dat is om des sacraments des wittachtich hylic willen, omdat die luden tenden den vierden grade mit malcander souden moghen wittachtich hylic doen. Ende dairenbinnen en consenteert die heylich kerke gheen hylic, tenwair van groten heren, om sonderlinghe zalicheit der landen ende luden, die dairin ghelegen sijn'. *Rechtsboek*, p. 220, r. 26-32. Nota bene: Matthijssen gebruikt in dit citaat het begrip *lit* in dezelfde betekenis als *graet*.

15 Vierde Lateraans Concilie (1215), c. 50. *Conciliorum oecumenicorum decreta*, J. Alberigo et al. (eds) (Bazel/Barcelona/Freiburg/Rome/Wenen, 1962), p. 233-234. Dit decreet is door Gregorius IX opgenomen in het *Liber Extra*, ook wel genoemd de *Decretalen* van Gregorius IX (1234), dat werd toegevoegd aan het *Decretum Gratiani* van ca. 1140. Tezamen met de latere toevoegingen (tot 1503) vormt deze verzameling conciliebesluiten en pauselijke decretalen het *Corpus Iuris Canonici*, dat tot 1917 van kracht is gebleven. Lat. IV c. 50 is in het *Corpus* opgenomen als: cap. 8 X lib. 4, tit. 14. Met de letter X verwijzen kanonisten naar het *Liber Extra*. *Corpus Iuris Canonici*, A. Friedberg (ed.), II (Graz 1959; tweede druk), k. 703-704.

16 J. Goody, *The development of the family and marriage in Europe* (Cambridge 1983), p. 134-139.

17 Zo ook: Hoppenbrouwers, 'Maagschap en vriendschap'.



Figuur 2 De boom der bloedverwantschap, gravure. Corpus Juris Canonici, Friedberg (ed.), I, Graz, 1955 (tweede druk), k. 1425-1426.

Reeds de Instituten van keizer Justinianus uit 534 wezen op de noodzaak om verwantschapsschema's grafisch vorm te geven, 'omdat de waarheid beter via het oog dan via het oor de menselijke geest binnendringt'. Klassieke voorbeelden van dergelijke schema's zijn helaas niet bewaard gebleven. Uit Middeleeuwen en Nieuwe Tijd daarentegen zijn allerhande soorten stemmata overgeleverd, meestal als illustratie in kanonieke of civielrechtelijke verzamelingen en traktaten. Deze schema's kenmerken zich door formele opbouw en decoratieve elementen.

De hier afgebeelde verwantschapboom is van het kanonieke type, dat voor het eerst in de vroege handschriften van het *Decretum Gratiani* opduikt. De zijtakken zijn alle even lang en hangen vanuit de stam schuin naar beneden af, zodanig dat generatiegenoten horizontaal op één lijn komen te staan. De gekroonde achtergrondfiguur

en de boom vormen de belangrijkste decoratieve elementen. Hermann Schadt (*Die Darstellungen der Arbores Consanguinitatis und der Arbores Affinitatis* (Tübingen 1982), p. 168), ziet in de gekroonde dominus arboris, die eerst in de twaalfde eeuw aan de schema's wordt toegevoegd, een verwijzing naar keizer Justinianus, die de Romeinsrechtelijke graden kracht van wet gaf. Hoewel deze notie geleidelijk verloren is gegaan en de kanonieke graden wezenlijk afwijken van de Romeinsrechtelijke, is dit decoratieve element blijven voortleven. Ook het opsieren van de schema's met boomelementen kent een lange voorgeschiedenis. Het woord *arbor* groeide uit tot de term bij uitstek om een verwantschapsschema mee aan te duiden, zelfs wanneer deze was uitgevoerd zonder boommotieven. In juridische traktaten over de *arbores* werd veelvuldig gebruik gemaakt van aan bomen ontleende termen als *truncus*, *stipes*, etc.

Het belangrijkste juridische traktaat over de boom der bloedverwantschap is wel de *Lectura super arboris consanguinitatis et affinitatis* van de kanonist Johannes Andreae (1270-1348). Hierin wordt in navolging van de Instituten gewezen op het primaat van de ogen boven de oren. Johannes zet uitvoerig uiteen hoe de boom geconstrueerd moet worden. Omdat het kanonieke recht verheven is boven het civiele recht moeten in de *cellulae* de kanoniekrechtelijke graden boven de Romeinsrechtelijke graden geplaatst worden. De middelste cel, die van een gezicht is

moeten nemen tot de secundaire literatuur. Hieruit komt echter geen eenduidig beeld te voorschijn. De consensus beperkt zich tot de opvatting dat de maagschap is opgebouwd uit vier vierendelen. Devraag welke magen nu samen één vierendeel vormen wordt verschillend beantwoord.

In hun handboek over het oud-vaderlands burgerlijk recht maakten De Blécourt en Fischer onderscheid tussen twee betekenissen van het begrip vierendeel: enerzijds staat het voor één van de vier paar overgrootouders, anderzijds voor diezelfde overgrootouders met al hun nakomelingen.<sup>18</sup> De linker helft van figuur 3 maakt deze tweede betekenis aanschouwelijk. De overgrootouderparen A en B zijn daarin de stamouders van respectievelijk het zwarte en het groene vierendeel. Ook Hoppenbrouwers hanteert het begrip in twee betekenissen. Hij onderscheidt het 'vierendeel in enge zin' van het 'vierendeel in ruime zin'. Het 'vierendeel in enge zin' valt samen met de tweede betekenis van De Blécourt en Fischer, met dien verstande dat de bloedverwanten uit jongere generaties dan die van de dader niet meetellen.<sup>19</sup> Wat Hoppenbrouwers bedoelt met 'vierendeel in ruime zin' maakt hij op een wel héél cryptische wijze duidelijk. Wij moeten hieronder namelijk verstaan: 'de vier bilineaal-ascendent gerekende lijnen van de familie van ego [in ons geval: de dader, H.H.], twee van de beide zijden van diens vaders ouders en twee van de beide zijden van diens moeders ouders'.<sup>20</sup> Gewapend met enkel deze definitie zou het voor mij een raadsel gebleven zijn hoe het 'vierendeel in ruime zin' voorgesteld moet worden. Een aantal bladzijden na de introductie van deze term wordt echter duidelijk dat het – zoals te verwachten is – als een uitbreiding van het 'vierendeel in enge zin' opgevat moet worden. De familieleden die er aan toegevoegd worden zijn de twee paar betovergrootouders, die boven het overgrootouderpaar staan, met al hun nakomelingen in de zijtakken.<sup>21</sup> Dit wordt aanschouwelijk gemaakt

---

voorzien, heeft Johannes, naar zijn pedel, Petrucius genoemd, in plaats van het tot dan toe gebruikelijke ego of cellula vacua. In de kanonieke literatuur is deze benaming sindsdien in zwang gebleven. Van het traktaat zijn zeer veel manuscripten en drukken overgeleverd en het is regelmatig – samen met een arbor consanguinitatis – aan het Corpus Iuris Canonici toegevoegd, laatstelijk aan de editie van Friedberg.

Willen we de kanonieke graad van een bloedverwant van Petrucius weten, dan moeten we eerst op zoek gaan naar de jongste gemeenschappelijke voorvader. De afstand tussen deze voorvader en degene die het verst van hem afstaat, hetzij Petrucius hetzij de bloedverwant, bepaalt de graad. Aldus is in te zien dat Petrucius' neefje (oomzegger, fratriss filius) een bloedverwant van de tweede graad is. Immers, de jongste gemeenschappelijke voorvader is Petrucius' vader. De afstand van deze laatste tot Petrucius is één, maar tot Petrucius' neefje twee. De Romeinsrechtelijke graad daarentegen wordt bepaald door het aantal stappen tussen twee bloedverwanten. Hetzelfde neefje staat volgens het Romeinse recht derhalve in de derde graad (de stappen: vader, broer, neefje).

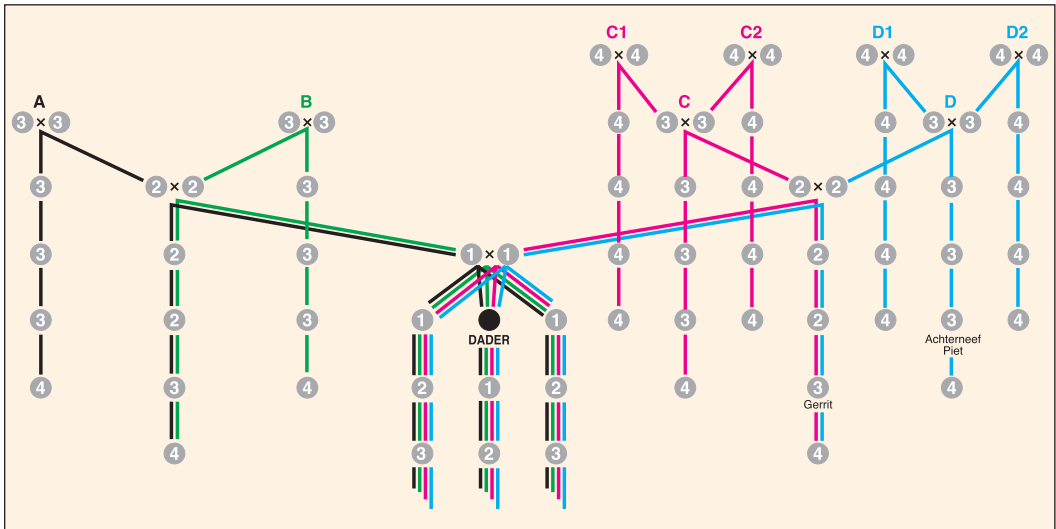
De boom omvat precies de groep personen met wie Petrucius geen huwelijk mag aangaan. Immers, alle bloedverwanten tot en met de vierde Germaans-kanonieke graad (en niet verder) zijn er in opgenomen.

<sup>18</sup> A.S. de Blécourt en H.F.W.D. Fischer, Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht, zesde druk (Groningen/Djakarta 1950), p. 332.

<sup>19</sup> Hoppenbrouwers, 'Maagschap en vriendschap', p. 84-85.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 88.



Figuur 3 De vierdelen van de maagschap. Beide helften maken de twee betekenissen van 'vierendeel', die Matthijssen hanteert aanschouwelijk.

door de rechter helft van figuur 3. Daarin behoren tot het rode vierendeel niet alleen het overgrootouderpaar C en hun nazaten, maar ook de betovergrootouderparen C1 en C2 met de vanuit hen neergaande zijtakken. In afwijking van Hoppenbrouwers' definitie zijn de generaties onder de dader wel in het schema opgenomen.

Ik meen dat Matthijssen evenals De Blécourt/Fischer en Hoppenbrouwers twee betekenissen van het begrip vierendeel hanteert. De beide helften van figuur 3 geven deze schematisch weer. Zij wijken dus af van de vierendelen 'in enge' en 'in ruime zin' volgens de definitie van Hoppenbrouwers.<sup>22</sup> De argumenten voor mijn zienswijze zullen hieronder nog aan bod komen.

De kleuren in het schema maken duidelijk tot welke vierendelen de bloedverwanten van de dader behoren. Wellicht ten overvloede zij er op gewezen dat voor de bepaling van het aantal vierendelen dat men met iemand deelt gekeken moet worden naar het aantal kleuren dat 'van boven komt'. Zo hebben bijvoorbeeld een grootvader en een achterneefzitting in één, de vader en een oom in twee en de broers en diens kinderen in vier vierendelen.

<sup>22</sup> Het is mij onduidelijk waar de opvatting op berust dat verwanten uit jongere generaties dan die van de dader niet tot het vierendeel gerekend worden. Hoppenbrouwers verwijst naar Fockema Andreae, 'Familie-plicht en -recht', p. 247, dat mij evenmin duidelijkheid verschaft. De gedachtegang van Fockema Andreae kan ik trouwens wel vaker niet volgen. Ik zie geen reden de inzichten van Hoppenbrouwers over te nemen.

## De zoenprocedure

Alvorens in te gaan op de rol van verwanten in de verzoening moet eerst duidelijkheid verschaft worden over het verschil tussen straf- en zoenprocedure. Vaste ingrediënten van een strafprocedure zijn een klacht voor de lage of hoge vierschaar, of vervolging *ex officio*<sup>23</sup>, en een proces dat wordt afgesloten door een schepenvonnis. Valt dit uit ten nadele van de aangeklaagde, dan wordt hem een straf opgelegd. Onder de competentie van de lage vierschaar valt de *slechte smarte* (verwonding). Dit delict wordt bestraft met een vermogensstraf, deels te voldoen aan de klagende partij, deels aan de overheid.<sup>24</sup> Zijn de kwetsuren van het slachtoffer na een jaar en een dag nog niet verdwenen, dan kan een klacht wegens *leemten* (blijvend letstel) ingediend worden voor de hoge vierschaar. Ook dit misdrijf geeft aanleiding tot een vermogensstraf.<sup>25</sup> De strafprocedure naar aanleiding van doodslag vindt eveneens plaats voor de hoge vierschaar. Verliest de aangeklaagde het proces, dan vervalt zijn vermogen aan de heer en wordt hij overgeleverd aan de genade van de klagende partij. Deze laatste krijgt namelijk het recht de veroordeelde te doden.<sup>26</sup>

De strafprocedures voor lage en hoge vierschaar worden behandeld in respectievelijk het derde en het vierde tractaat van het *Rechtsboek*, terwijl de zoenprocedures aandacht krijgen in het vijfde tractaat. Door deze indeling suggereert Matthijssen dat we met verschillende instellingen van doen hebben. Wat betreft de verzoening van *slechte smarte* en *leemten* is dat echter helemaal niet zo duidelijk. Het proces dat Matthijssen beschrijft draagt namelijk alle ingrediënten van een gewone strafprocedure in zich. Zo is er sprake van een klager of vervolging door de schout en een schepenvonnis. Het verschil met de strafprocedure is dat aan het schepenvonnis, dat de beklaagde veroordeelt tot een vermogensstraf of vrijspreekt, de bepaling wordt toegevoegd dat de partijen voortaan verzoend zijn. Dat houdt in dat wederzijdse geweldsplegingen tussen de procespartijen om reden van het zojuist beslechte conflict in het vervolg verboden zijn, op straffe van verlies van lijf en goed.<sup>27</sup>

Wat betreft de verzoening van doodslag stelt het *Rechtsboek* ons voor enige vraagtekens. De inhoudsopgave belooft namelijk dat het vierde kapittel van het vijfde tractaat de doodslagzoen zal behandelen.<sup>28</sup> Dit blijkt, althans in het handschrift dat Fruin en Pols in het licht gegeven hebben, een valse belofte te zijn. Het kapittel beslaat slechts enkele regels, in de uitgave van Fruin en Pols zestien in getal. Aan de hand van het voorbeeld dat de here Jezus gegeven heeft bezingt Matthijssen de vergevingsgezindheid. Het is beter Christus te

23 Wanneer er geen klager komt opdagen vordert de schout – in Brielle *rechter* genoemd – van 's heren wege, recht. *Rechtsboek*, p. 181, r. 20-24. De Vries heeft in het *Rechtsboek* meer passages aangetroffen die een inquisitoire procedure beschrijven. K. de Vries, *Bijdrage tot de kennis van het strafprocesrecht*, p. 97.

24 *Rechtsboek*, p. 162-169 (de straf: p. 164, r. 24-p. 165, r. 20; p. 167, r. 10-p.168, r. 5).

25 *Ibidem*, p. 179, r. 10-15.

26 *Ibidem*, p. 179-195 (de straf: p. 188, r. 15-p. 189, r. 3).

27 *Ibidem*, p. 218. Een dergelijke verzoening krachtens extra bepaling bij de uitspraak in het strafproces noemt Van Caenegem 'oneigenlijke zoen'. In de Vlaanderen werden verzoeningen niet bewerkstelligd door de strafrechtbank, maar door een aparte instelling, het zogenaamde college van paisierders. *Geschiedenis van het strafrecht*, p. 307.

28 *Rechtsboek*, p. 21, r. 20-21.

volgen, die degenen die hem doden ende cruysten ende mit valsheden onverdient ter doot brochten, vergaf, dan te wreken.<sup>29</sup> Na deze woorden, die duidelijk een inleiding op de doodslagzoen vormen, zijn in het handschrift enkele regels onbeschreven gelaten en begint het volgende kapittel. Aangezien het Rechtsboek alleen in afschriften is overgeleverd, is niet bekend of Matthijssen zelf nooit verder is gekomen dan deze inleidende zinnen of dat de kopiist bij zijn werkzaamheden een stuk heeft overgeslagen.

Ook zonder de eventueel ontbrekende tekst van Matthijssen is echter wel duidelijk dat er geen sprake kan zijn van een verzoening krachtens een extra bepaling bij het schepenvonnis in het strafproces. In dat geval immers zou de aangeklaagde zowel gedood als verzoend worden. Deze twee bepalingen zijn natuurlijk niet met elkaar te verenigen. Dit probleem treedt niet op bij de berechting van *slechte smarten* en *leemten*, omdat deze delicten slechts aanleiding geven tot vermogensstraffen.

De verzoening van doodslag wordt niet ingeleid door een formele klacht voor de strafrechtbank, maar door de beslissing beider partijen om tot een vergelijk te komen. Daartoe kiezen zij zelf *keersluden* of *seghsluden*, onderhandelaars, om zoenvoorwaarden op te stellen.<sup>30</sup> De zoenovereenkomst – *dat zoensegghen* – wordt op schrift gesteld en in tegenwoordigheid van schout en schepenen voorgelezen, die hiervan, tezamen met de *keersluden*, oorkonde opmaken.<sup>31</sup> De rechtshandeling die daarbij wordt vastgelegd is niet de eigenlijke verzoening, maar de onderwerping van de beide vijandige partijen aan de door de *keersluden* opgestelde zoenregeling. Belangrijke onderdelen hiervan zijn de hoogte van het zoengeld, de vastlegging van de termijnen waarop de verschillende porties van het zoengeld aan de benadeelde partij worden overhandigd, eventueel de bestemming van (een deel van) het zoengeld en de waarborgen voor de uitvoering van hetgeen is overeengekomen.

Matthijssen noemt ten aanzien van het zoengeld nergens vaste bedragen. Hieronder zal blijken dat in de procedure verschillende porties van het zoengeld (namelijk derde delen en kwarten) een belangrijke rol spelen. Matthijssen duidt deze porties aan met *dordendeel* respectievelijk *vierendeel vander zoen*. Hieruit is op te maken dat de hoogte van het zoengeld niet bij voorbaat vast ligt, omdat anders wel geldbedragen genoemd zouden zijn. Kennelijk wordt de hoogte hiervan in vrije onderhandeling door de *keersluden* bepaald.

Tenzij de *keersluden* dienaangaande anders besloten hebben, neemt de hele procedure een jaar in beslag. In drie termijnen van zeventien weken wordt telkens een derde deel van het zoengeld aan de familie van het slachtoffer betaald.<sup>32</sup> Het eerste *dordendeel vander zoene* is de *moetsoen*. Zij is bestemd voor degene die *trecht vanden doden vervolcht heeft*.<sup>33</sup> Het geld is bedoeld om de gemaakte kosten en getrooste moeite te compenseren. Deze *moetsoen* hoeft niet noodzakelijkerwijs aan één iemand toe te komen, daar er meer personen kunnen zijn

<sup>29</sup> Ibidem, p. 219, r. 1-16.

<sup>30</sup> De termen *keersluden* en *seghsluden* gebruikt Matthijssen door elkaar.

<sup>31</sup> Rechtsboek, p. 221, r. 6-18.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 222, r. 23-27.

<sup>33</sup> De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat het gebruik van het werkwoord *vervolghen* toch weer wijst op een strafproces. Ik kan dit niet verklaren. Moeten we *vervolghen* hier wellicht vertalen met: 'initiatief nemen tot een verzoening'?



die kosten hebben gemaakt bij het nemen van de gerechtelijke stappen die tot de verzoening leidden. Op de tweede betaaldag wordt de *erfsoen* overgedragen. Deze is bestemd voor de erfgenamen van het slachtoffer: familieleden die erf en goed met de dode gedeeld hebben, kinderen of verdere verwanten. De laatste portie van het zoengeld, de *maechsoen*, komt toe aan de maagschap van het slachtoffer. Alle magen, inclusief degenen die ook reeds in de *moetsoen* en/of *erfsoen* deelden, krijgen hiervan een gedeelte.<sup>34</sup> Op de verdeelsleutel die daarbij wordt toegepast ga ik hieronder nog in.

Op de middelste betaaldag, dus 34 weken (bijna acht maanden) na het sluiten van de zoenovereenkomst vindt de eigenlijke, plechtige verzoening plaats. Matthijssen schetst in het kort hoe deze plechtigheid in zijn werk gaat. De dader en zijn maagschap kiezen positie in de kerk. De familie van het slachtoffer stelt zich op op het kerkhof, of op een andere, door de *keersluden* aangewezen plaats. De betaling van het voor deze dag bestemde deel van het zoengeld geschiedt via de *keersluden* en eventueel een *overman* (opperscheidsrechter). Hebben dezen het geld ontvangen dan brengen zij dat over aan de magen van het slachtoffer. Daarbij verklaren zij dat de dader met zijn familie aan alle verplichtingen voor die dag, zoals die in de zoenovereenkomst zijn vastgelegd, heeft voldaan, behalve de *voetval* en *overeede* (het plechtig afzweren van vijandschap) te doen. We mogen aannemen dat deze handelingen hierna plaatsvinden.<sup>35</sup>

De erfgenamen van het slachtoffer kunnen het geld dat zij ontvangen aanwenden voor het stichten van zielmissen voor het slachtoffer, of voor *cloesterwinninghe*, indien dat in de zoenovereenkomst is vastgelegd. Met kloosterwinning wordt de ziel van de dode opgenomen in de broederschap of zusterschap van een klooster. In het land tussen *Maze ende Zype* pleegt men van oudsher kloosterwinning te doen bij de abdijen van Lansduinen, Koningsvelde, Ter Loo, Rijnsburg en Egmond.<sup>36</sup>

In het zoenverdrag worden als waarborg sancties opgenomen op het niet naleven van de voorwaarden.<sup>37</sup> Van welke aard die zijn zegt Matthijssen niet. Hij vermeldt wel *wie* er speciaal verantwoordelijk worden gesteld. Voor de uitvoering stelt zich uit elk vierendeel van zowel de dader als het slachtoffer een *achtersusterskint*, dus een bloedverwant in de derde graad, garant. Deze vier *achtersusterskinderen* van respectievelijk dader en slachtoffer mogen onderling niet bloedverwant zijn.<sup>38</sup> Dit houdt in dat elk van hen slechts in één vierendeel zitting mag hebben. Een blik op figuur 3 leert dat achterneef Piet van de dader zich namens het blauwe vierendeel borg kan stellen: hij staat in de derde graad van verwantschap tot de dader en heeft enkel zitting in het blauwe vierendeel. ‘Achteroomzegger’ Gerrit daarentegen komt niet voor deze functie in aanmerking, hoewel hij toch een derdegraads verwant is. Hij heeft namelijk twee vierendelen met de dader gemeen (rood en blauw).

De belangrijkste taken van de vier verantwoordelijke *achtersusterkinderen* van de dader zijn

34 Rechtsboek, p. 223, r. 1-20.

35 Ibidem, p. 224.

36 Ibidem.

37 Ibidem, p. 221, r. 8-11.

38 Ibidem, p. 219, r. 17-24.

de inning van het zoengeld bij hun familieleden en de overdracht van het geld op de drie betaaldagen. In de hierboven beschreven procedure tijdens de middelste betaaldag zijn het deze vier achtersusterkinderen die hun porties van het zoengeld te *borde bringhen* en aan de *keersluden* overdragen.<sup>39</sup> De belangrijkste taak van de andere vier achtersusterkinderen is de verdeling van de maagzoen over de maagschap van het slachtoffer.

### De omslag van het zoengeld: teerste lit gelt den man

Elk vierendeel van de dader moet een kwart van de totale zoensom opbrengen, ongeacht de omvang van de vierendelen. Derhalve geldt: hoe groter het vierendeel, hoe kleiner de gemiddelde bijdrage per persoon.<sup>40</sup> De achtersusterskinder die zich borg gesteld hebben dienen binnen hun eigen vierendeel *álle* verwanten tot en met de vierde graad aan te slaan voor betaling.<sup>41</sup> Niemand, arm noch rijk, mag de plicht tot betaling verzaken, een vergrijp waarmee men zichzelf buiten het familieverband plaatst. De zoenlast gaat namelijk niet alleen de dader, maar zijn hele familie aan, zo schrijft Matthijssen expliciet.<sup>42</sup> Tegen hem die niet kan of wil betalen kunnen dan ook gerechtelijke stappen ondernomen worden. Vanzelfsprekend neemt het achtersusterskint dat voor de inning verantwoordelijk is daartoe het initiatief. Wordt tijdens het proces de familieband – en daarmee derhalve de plicht tot betaling – vastgesteld, dan verkoopt de schout, bij schepenvonnis, de goederen van de wanbetaler. Zijn er geen goederen voorhanden, dan wordt lijfswang toegepast.<sup>43</sup> Tegen deze uitspraak is geen beroep mogelijk daar we met *halslossinghe* te maken hebben. De afbetaling van het zoengeld geniet de prioriteit boven de aflossing van alle andere schulden die iemand heeft.<sup>44</sup>

We moeten nog even stilstaan bij de betekenis van Matthijssens woorden ‘*álle* verwanten tot en met de vierde graad’. In modern Nederlands hebben zij betrekking op zowel mannen als vrouwen. Het is echter de vraag of ook Matthijssen beide seksen op het oog heeft. Hoppenbrouwers heeft gewezen op de ambivalente positie van vrouwen binnen de maagschap in vete. Enerzijds zijn er bronnen overgeleverd die het rechtsprincipe huldigen dat vrouwen aan vete en verzoening geen deel hebben, anderzijds kennen we documenten die wel degelijk een vrouwelijke bijdrage verraden.<sup>45</sup> Matthijssen doet geen expli-

39 Ibidem, p. 222, r. 18-23.

40 ‘mar die last valt ii achtersusterkinder of eerste lede meerre int een vierendel of achtendel dan int ander, na dat die misdadighe meer maghen heeft int een vierendel of achtendel dan int ander’, ibidem, p. 220, r. 1-4.

41 Ibidem, p. 221, r. 23-24.

42 Ibidem, p. 219, r. 28 – p. 220, r. 1; p. 222, r. 1-5.

43 ‘Ende ghebreect dairan, men sal cracht wysen an sinen live’. Rechtsboek, p. 222, r. 15-16. In het zevende kapittel van het derde tractaat, dat de schuldvordering behandelt, gaat Matthijssen uitgebreid in op de gedwongen executieverkoop, waarbij de schout als veilmeester optreedt, en de lijfswang. Is de schuldenaar zo arm dat hij geen goederen bezit en niemand voor hem garant wil staan, dan wordt hij door de schout gevangen gezet. Vervolgens staat hij ter beschikking van de schuldeiser, hetzij de schout, hetzij een privaat persoon. Rechtsboek, p. 170-171. Zie ook art. 13 van de stadsrechttoorkonde van den Briel van 1330 en de artikelen 24 en 37 van het Brielse stadsrecht van 1343. ‘De stadsrechttoorkonden van Brielle (1330 en 1343)’, C.M. Cappon en H. van Engen (eds), *Verslagen en mededelingen nieuwe serie [van de] stichting tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderlandse recht 10* (1999), p. 143, 155-156, 157.

44 Rechtsboek, p. 222, r. 6-18.

45 Hoppenbrouwers, ‘Maagschap en vriendschap’, p. 91.

ciete uitspraak over de positie van vrouwen in de zoenprocedure. In de passages waarin hij de familiestructuur toelicht betreft hij beide geslachten in het verhaal. In het hieronder te behandelen citaat 2, dat de betaling van het zoengeld betreft, worden de woorden ‘van man tot man’ echter niet gevolgd door een vrouwelijk equivalent. Ik denk dat we daaruit kunnen afleiden dat alleen mannen werden aangeslagen.<sup>46</sup>

De verantwoordelijkheid het geld te innen van het blauwe vierendeel berust in ons voorbeeld bij achterneef Piet (figuur 3). De eerste klus die hem te doen staat is natuurlijk om te inventariseren wie er allemaal aangeslagen moeten worden. Zojuist concludeerden we dat dat alle mannelijke bloedverwanten tot en met de vierde graad zijn. Een blik op figuur 3 leert dat hieronder ook de leden van de zijtakken onder D1 en D2 vallen. Hierom meen ik dat deze lieden tot het vierendeel gerekend worden, zoals ik hierboven reeds, zonder argumentatie, gezegd heb. Dat deze bloedverwanten inderdaad moeten meebetelen blijkt ook uit het feit dat Matthijssen het heeft over tot betaling verplichte *achtersusterkinder* en *eerste leden* uit respectievelijk een *vierendeel* en een *achtendeel* van de dader.<sup>47</sup> In *déze* frase wordt *vierendeel* mijns inziens volgens de linker helft van figuur 3 gebruikt, en *achtendeel* analoog daaraan als de groep nazaten van een betovergrootouderpaar.

Zijn alle lieden die hun steentje moeten bijdragen bekend, dan moet Piet bepalen hoe groot het te betalen bedrag per persoon is. Binnen een vierendeel levert namelijk niet elke maag een even grote bijdrage. Bij de verdeling van de last over de verschillende familieleden blijkt het begrip *eerste* lit een cruciale rol te spelen. Het volgende fragment maakt dat duidelijk:

citaat 2

‘Ende wanneer dat dese zoene bescreven ende gheseit is ende verborcht (...) so sullen die iiii achtersusterkinder, die die zoene verborcht hebben, (...) alle sijn maghen die in sijn vierendel den misdadighen bestaen van maechscip, hetsy naerre of vorder, mar niet tenden den vierden graet, doen bescreven van naem te naem ende van man tot man, ende bescreven hoe menich eerste lit elc maech is in dat vierendeel, ende nemen die veelheit vanden eersten leden. Dairna sullen si deelen die zoene an vieren ende bescreven op elc eerst lit effen veel, ende rysen ende dalen dat gelt totdat si comen totter sommen vanden vierendeel vander zoen’.<sup>48</sup>

*gedeeltelijke vertaling*

En wanneer deze zoenovereenkomst is opgeschreven, hardop uitgesproken en gewaarborgd, moet elk van de vier *achtersusterkinder* die zich voor de uitvoering borg hebben gesteld de namen noteren van alle mannelijke familieleden in zijn vierendeel die bloedverwant zijn met de dader – meer of minder verwant, maar niet verder dan de vierde graad –

<sup>46</sup> Ook de hieronder nog ter sprake komende Westfriese Dingtalen maken inzake de betaling van zoengeld slechts van mannelijke verwanten gewag.

<sup>47</sup> Zie noot 40.

<sup>48</sup> Rechtsboek, p. 221, r. 19-30.

ende beschreven hoe menich eerste lit elc maech is in dat vierendeel, en de som nemen van de eerste leden. (...).

In het citaat wordt het onderwerp van de hoofdzin uitgemaakt door de *iiii achtersusterkinder, die die zoene verborcht hebben*. Hierbij is als persoonsvorm een meervoudsvorm van het hulpwerkwoord *sullen* gebruikt. In het gezegde maakt Matthijssen echter een sprong naar het enkelvoud, doordat hij gebruik maakt van de enkelvoudige vorm van het bezittelijk voor-naamwoord (*sijn* i.p.v. *hoir*). Om geen kromzin te krijgen heb ik in de vertaling een enkelvoudig onderwerp gebruikt (elk van de ...). Het zinsdeel *alle sijn maghen die in sijn vierendel den misdadighen bestaen van maechscip* is het object van de handeling: *doen beschreven van naem te naem ende van man tot man*. Ook hier heb ik mij bij de vertaling enige (syntactische) vrijheid veroorloofd. De zinsnede *ende beschreven hoe menich eerste lit elc maech is in dat vierendeel* stelt ons voor een vertaalprobleem. In het hierboven behandelde citaat 1 kwam de term *eerste lit* voor in de betekenis van: vierdegraads verwant. In het tweede citaat levert die vertaling het volgende op:

en opschrijven hoeveel vierdegraads verwant elk familielid is in het vierendeel

Het moge duidelijk zijn dat deze vertaling van *eerste lit* in dit geval onzin oplevert. Er moet van deze term dus nog een andere betekenis bestaan. Wanneer nu *eerste lit* wordt opgevat als een kwalificatie van *maech*, die kan verschillen in grootte, krijgt niet alleen de onvertaald gelaten zin, maar ook de rest van bovenstaand citaat een zinvolle betekenis:

*vervolg vertaling*

en [moet elk van de vier *achtersusterskinder*] opschrijven hoeveel *eerste lit* elk familielid is in het vierendeel en de som nemen van alle *eerste lit*-waardes. Daarna moeten zij het zoengeld door vier delen en elk *eerste lit* belasten met hetzelfde bedrag, dit [bedrag] daarbij net zolang verhogend en verlagend totdat de som uitkomt op een kwart van het zoengeld.

In de tweede zin verraadt Matthijssen dat hij onbekend is met de staartdeling. Hij legt namelijk niets anders uit dan dat een kwart van het zoengeld gedeeld moet worden door het totaal van alle *eerste lit*-waardes van het vierendeel. Volgens Matthijssen moet men ter verkrijging van de uitkomst van deze deling als volgt te werk gaan: maak eerst een schatting van de uitkomst en vermenigvuldig dit vervolgens met het totaal van alle *eerste lit*-waardes van het vierendeel. Ligt dit product nu boven een kwart van het zoengeld, dan moet de uitkomst van de deling dus lager geschat worden, ligt deze er daarentegen onder, dan moet juist hoger ingezet worden, etc. Hiermee moet men net zolang doorgedaan totdat het product precies op een kwart van het zoengeld uitkomt.

De omslag van het zoengeld over de familieleden van de dader in het vierendeel D (D<sub>1</sub>/D<sub>2</sub>) gaat dus als volgt in zijn werk. Piet maakt een inventarisatie van alle tot betaling verplichte magen in zijn vierendeel. Vervolgens bepaalt hij van elke maag 'hoeveel *eerste lit*

hij is'. Hoe deze waarde wordt vastgesteld behandel ik hieronder, hier volstaat het gegeven dat Piet een bepaalde waarde aan elk familielid toekent. Alle *eerste lit*-waardes worden bij elkaar opgeteld en het op te brengen bedrag (een kwart van het zoengeld) wordt gedeeld door het aldus verkregen getal. De uitkomst geeft aan hoeveel men 'per *eerste lit*' moet betalen. Op deze procedure, waarbij het begrip *eerste lit* als rekeneenheid wordt gebruikt, slaan de volgende woorden:

*citaat 3*

'Ende by dien grade [nl. *eerste lit*] reket men ende groot men in zuenen van dootslaghe alle maechscip, ende bewijst men hoe veel elc van des misdadighen maghen sculdich is te ghelden ander zoenen. Dairom ist een oudt woirt: teerste lit gelt den man'.<sup>49</sup>

*vertaling*

En met behulp van het begrip *eerste lit* past men in geval van een doodslagzoen op alle verwanten berekeningen toe en bepaalt men hoeveel elk familielid van de dader moet bijdragen aan het zoengeld. Daarom is het een oud gezegde: het *eerste lit* betaalt de man.

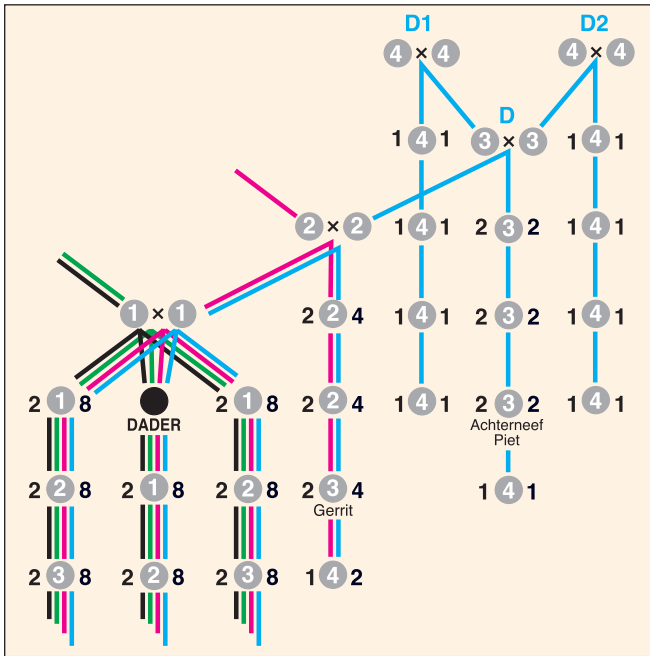
## De verdeelsleutel

De vraag die nog open ligt is die naar de wijze waarop de *eerste lit*-waarde van een bloedverwant bepaald wordt. Brunner heeft een oplossing voorgesteld. Vanzelfsprekend kende hij de vierdegraads verwanten een waarde van één toe: zij worden immers *eerste leden* genoemd. Zonder daarvoor argumenten te geven opperde hij dat de *eerste lit*-waardes van de overige verwanten *vermuthlich* op twee gesteld moeten worden. Dit betekent niet dat een broer evenveel bijdraagt aan het zoengeld als bijvoorbeeld een achterneef. De eerste immers wordt aangeslagen in alle vier de vierendelen en de tweede slechts in één vierendeel. De totale *eerste lit*-waarde van de broer komt derhalve op vier maal twee is acht (figuur 4). De verhouding van de *eerste lit*-waardes van de verschillende bloedverwanten is volgens dit systeem: 1 : 2 : 4 : 8.<sup>50</sup> Hierbij moet nog wel opgemerkt worden dat de bijdrage van een broer niet per definitie precies acht maal zo hoog uitvalt als de bijdrage van een *eerste lit*. De vier vierendelen zullen doorgaans immers in omvang en samenstelling van elkaar verschillen, zodat ook de bijdrage die per *eerste lit* opgebracht dient te worden per vierendeel anders zal zijn.

Brunner kon niet weten dat zes jaar nadat hij deze hypothese opwierp een volgende Hollandse bron door OVR in het licht gegeven zou worden die zijn inzichten kracht zouden bijzetten, namelijk de Westfrieze dingtalen. Het vijfde dingtaal geeft uitsluitsel over de verdeling van de zoenlast over de bloedverwanten van de dader van doodslag. In tegenstelling tot Matthijssen noemt de Westfrieze bron expliciet een hele reeks (mannelijke) bloedver-

<sup>49</sup> Ibidem, p. 221, r.2-6.

<sup>50</sup> Brunner, 'Sippe und Wergeld', p. 83.



Figuur 4 De eerste lit-waardes van de leden van het blauwe vierendeel volgens Brunner en de Westfrieſe dingtalen. De witte getallen geven, evenals in de overige figuren, de Germaans-kanonieke graden. De zwarte getallen aan de linker kant van de cellen geven de eerste lit-waarde binnen het vierendeel. Het getal aan de rechter kant geeft de totale eerste lit-waarde. Deze verkrijgt men door het linker getal te vermenigvuldigen met het aantal vierendelen waarin de bloedverwant zitting heeft. De getallen bij de stamouders moeten zijn: vader (2,4); grootvader (2,2); overgrootvader (1,1 – volgens Westfrieſe dingtalen, p. 158).

wanten met daarbij het door hen op te brengen bedrag. Daarbij worden twee eenheden gebruikt, namelijk het *eerste lit ghelt* (de bijdrage die een eerste lid moet leveren) en het *afterskint ghelt* (het bedrag dat een *afterskint* = *achtersusterskint* dient op te brengen).<sup>51</sup> Afgezien van het feit dat het dingtaal in het midden laat of er tussen deze twee tarieven een vaste verhouding bestaat – volgens Brunners interpretatie van Matthijſſen is het tweede tarief tweemaal zo hoog als het eerste – komen de systemen voor het overige met elkaar overeen.<sup>52</sup>

Hoe treffend de parallel met de Westfrieſe dingtalen ook is, twee woorden in Matthijſſens rechtsboek maken dat Brunners oplossing misschien niet de juiste is. Ik doel op de woorden *of meer* in onderstaand citaat:

citaat 4

‘Hieruut machmen verſtaen, wairt dat een wair, die den doden gheweest had viii eerste lede of meer, die en wair niet sculdich al dat hem toehorde vander maechzoen mit recht tontfanghen in een vierendeel; mar hy salt ontfanghen in allen vierendeelen, dair hy den doden in belang was van maechſcip, ende also groot als hy mitten borghe in elc virendeel an den doden ghebornen was’.<sup>53</sup>

vertaling

Hieruut kan men het volgende opmaken: stel dat er iemand is die ten opzichte van de

51 M.S. Pols (ed.), *Westfrieſche stadrechten I*, WOVr 1e reeks 7 ('s-Gravenhage 1888), p. 158-159.

52 Rudolf His merkte dit reeds op. R. His, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I (Leipzig 1920), p. 656, n. 3.

53 *Rechtsboek*, p. 223, r. 25-31.

dode een *eerste lit*-waarde had van acht of meer; die behoeft niet alles dat hem toekomt van de maagzoen te ontvangen in één vierendeel, maar hij zal het ontvangen in alle vierdelen van de dode waarin ook hijzelf zitting heeft, en wel zoveel als hem volgens het ‘*eerste lit*-systeem’ in elk vierendeel toekomt.

Deze zin heeft geen betrekking op de betaling van het zoengeld door een familielid van de dader, maar op de ontvangst van het *maechgelt* door een verwant van het slachtoffer.<sup>54</sup> Ter bepaling van het deel dat aan hem toekomt wordt dezelfde rekenmethode toegepast als bij de berekening van de zoenlast van een familielid van de dader, in die zin althans dat het begrip *eerste lit* als rekeneenheid wordt gebruikt.<sup>55</sup> Het citaat impliceert dat iemand die slechts in één vierendeel zitting heeft een *eerst lit*-waarde moet hebben die kleiner is dan acht. Dit is niet in tegenspraak met de oplossing van Brunner die voor deze groep verwanten alleen de waarden één en twee geeft. Door de woorden *of meer* wordt echter tevens geïmpliceerd dat iemand een *eerste lit*-waarde kan hebben die *groter* is dan acht. Brunner nu, stelt de *maximale eerst lit*-waarde hieraan juist gelijk.

Mogelijke verklaringen voor de woorden *of meer* zijn: (1) bij de omslag van het zoengeld over de verwanten van de dader wordt een andere verdeelsleutel toegepast dan bij de verdeling van het maaggeld over de familieleden van het slachtoffer; (2) de oplossing van Brunner klopt niet; (3) de kopiist heeft een overschrijffout gemaakt<sup>56</sup>; (4) Matthijssen heeft zich vergist; (5) ik interpreteer citaat 4 verkeerd.

De tekst van Matthijssen zoals die ons is overgeleverd verschaft geen uitsluitel. Het enige wat we met zekerheid kunnen zeggen is dat de bijdragen van alle bloedverwanten binnen een vierendeel afgeleid kunnen worden uit de bijdrage van de verst verwijderde – maar nog wel tot betaling verplichte – verwanten: de *eerste leden*. Met welke factoren deze *eerste lit*-bijdrage vermenigvuldigd moet worden om de tarieven van de onderscheiden bloedverwanten te verkrijgen zegt Matthijssen domweg niet. De reden hiervan zou kunnen zijn dat hij deze bekend veronderstelt. Brunner heeft de aandacht gevestigd op een aantal andere Hollandse rechtsbronnen die inderdaad van de bekendheid van deze factoren uitgaan. Zij noemen namelijk alleen de tarieven die *achtersusterskinder* of *eerste leden* dienen bij te dragen aan het zoengeld. De verzwijging van de naastere verwanten betekent niet dat zij van betaling zijn vrijgesteld, maar dat hun bijdragen zijn af te leiden uit de wel genoemde tarieven.<sup>57</sup>

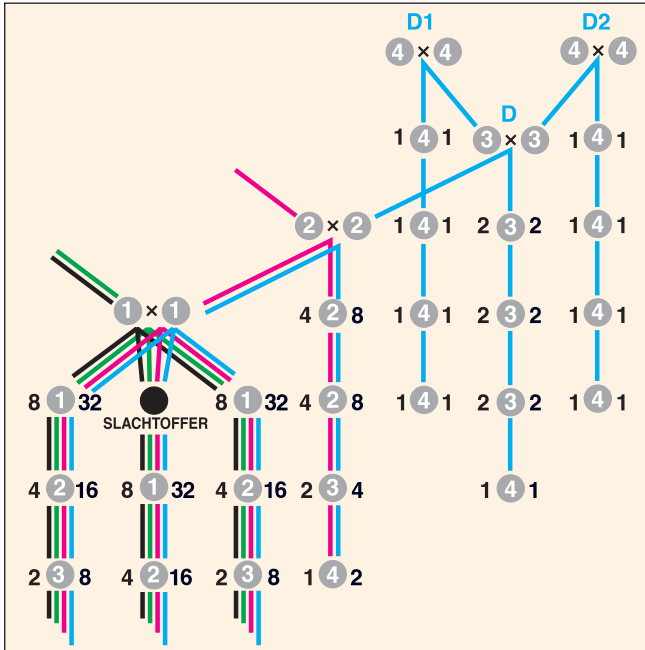
Omdat Matthijssen ons in de steek laat kunnen we ter verklaring van de woorden *of meer* slechts hypotheses opwerpen. Gelijk de hypothese van Brunner moeten die dan ondersteund worden door parallellen in andere bronnen. In ieder geval de eerste van de hierboven genoemde oplossingen kan ik op deze manier van een ondersteuning voorzien. Van

54 En het *maechgelt* is een derde deel van de totale zoensom, zie boven.

55 Rechtsboek, p. 223, r. 20-25.

56 De uitgevers van het Rechtsboek hebben citaat 4 goed getranscribeerd.

57 Brunner, ‘*Sippe und Wergeld*’, p. 80-81. Het handvest voor Oudgiessen (1322) verwoordt dit principe zeer duidelijk: ‘maer hy sall synen maghen gheven rechten maegsoon; dat is te verstaen elcken achtersusterkint vyf schellingen Hollants ende elcke mage daer naer ghereeckent alsoo als hy gelegen is’.



Figuur 5 Hypothetische eerste lit-waardes van de leden van het blauwe vierendeel zoals die golden bij de verdeling van de maagzoen. In tegenstelling tot figuur 4 betreft deze figuur de familie van het slachtoffer.

Caenegem trof in een Gentse bron namelijk de verhoudingen 1:2:4:8 aan bij de verdeling van het maaggeld over de verwanten binnen een vierendeel.<sup>58</sup> Volgens deze verdeelsleutel levert citaat 4 geen moeilijkheid meer op, daar de bloedverwanten eerste lit-waardes kunnen hebben die groter zijn dan acht (figuur 5). Evenals citaat 4 betreft deze bron uit Gent de verdeling van het maaggeld over de familieleden van het slachtoffer. In de uitgave van Gheldolf wordt dit bronfragment gevolgd door een passage die uitsluitsel verschaft over de omslag van het zoengeld over de verwanten van de dader. Deze nu blijkt juist geregeld te zijn volgens de door Brunner voorgestelde verdeelsleutel. Wederom is sprake van de verhoudingen 1:2:4:8, nu echter zonder de bepaling dat deze binnen het vierendeel gelden.<sup>59</sup> Dit alles brengt ons tot de hypothese dat de figuren 4 en 5 de verdeelsleutels geven van respectievelijk de omslag van de lasten over de familieleden van de dader en van de verdeling van de baten (van het *maechgelt*) over de verwanten van het slachtoffer.

58 Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht*, p. 294. Verwijzing naar: A.E. Gheldolf (ed.), *Coutumes des pays et comté de Flandre, I : Coutume de la ville de Gand* (Recueil des anciennes coutumes de la Belgique), nr. 33, p. 515. De passage waar het om draait: 'ende es dat sake datti eenen broeder heeft die de montsoene heft, so sal de broeder hebben hute elken vierendeele xx sc. parisis; ende, esser meer broeders, so sal elc also heffen in davenant; ende dits te verstane eens vader kinder ende moeder van ghetrouden bedde; ende de maghe van den viere vierendeelen, dats te verstane oems kindere ende moyen kindere, dat elc sal heffen in sine twee vierendeele de helft min dan de broedere gheheven hebben, ende also elc maech nederwaert gaende in davenant' (p. 516, r. 4-18, mijn cursivering).

59 'Van den zoenen. Van elken c pont parisis te soenen es sculdich sinen maechzoene also hier na volghet: Elc broeder es sculdich sinen broeder die principael es: xl s.; Elc ooms of moeyen kint: xx s.; Elc anderlinc: x s.; Elc derdelinc: v s. Aldus es sculdich elc zoene te ghevene sinen maech van ghetrouweden bedde, ende also in 't avenant up dat de zoene meerdere es of minder es dan c pont parisis also gheseit es' (ibidem, p. 517). N.b.: *maechzoene* wordt in dit citaat gebruikt in de betekenis van het te betalen zoengeld. Matthijssen gebruikt deze term in een andere betekenis.



## ELIAS WIGERI OVER HET PROCESRECHT ALS DEEL VAN DE ACADEMISCHE RECHTENSTUDIE (1772)

Voor Mr. A.G. Bosch, Hoofdofficier  
van Justitie te Leeuwarden (1980-'95)

### 1. Elias Wigeri, zijn leermeesters en de studie van het geldende recht

Het is geen intellectueel meesterstuk, maar het is wel een aardig verhaal, de oratie waarmee Elias Wigeri in 1772 het rectoraat van de Franeker universiteit neerlegde.<sup>1</sup> Het was in de tijd van de Verlichting niet ongewoon om van van alles en nog wat het 'nut' of de 'voortreffelijkheid' te benadrukken, en Wigeri was dan ook waarlijk niet de enige professor die dat deed. Is zijn rede over het nut van de praktische studie van het recht aan de universiteit niet een bijzonder origineel betoog, ze is wel een mooie reflex van de geest des tijds en een interessante manifestatie van een trend in het academisch onderwijs die midden 18e eeuw modern was, een trend waarvan Wigeri een niet onbelangrijke representant is geweest: als jurist bestudeerde hij met voorliefde het vaderlandse recht, waartoe men ook het procesrecht moet rekenen. Hij was meer geïnteresseerd in de rechtspraktijk dan in academische geleerdheid (de rectorale oratie uit 1772 is het enige geschrift dat hij als hoogleraar publiceerde) en hij gaf eind 1780 zijn professoraat aan de Franeker juridische faculteit op om een benoeming als Procureur-Generaal bij het Hof van Friesland te aanvaarden. Die nuttige functie – waaraan deze Oranjeklant door de ongunst der tijden kennelijk weinig plezier heeft beleefd – vervulde hij tot zijn dood op 15 april 1791.<sup>2</sup>

Heel veel ervaring in de rechtspraktijk had Wigeri niet toen hij naar Leeuwarden verhuisde: hij was niet langer dan drie jaar advocaat geweest, en dat nog wel in een plattelandsdorp: zijn geboorteplaats Wolvega (een plaatsje in het zuidoosten van Friesland). Elias Wigeri (1731-1791) was na zijn rechtenstudie in Franeker (1747-1752) al gauw, na-

1 Elias Wigeri, *Oratio de studio juris practico non sine insigni fructu in Academiis colendo* (Franeker: Gulielmus Coulon, 1772), hieronder afgedrukt en door mij vertaald.

2 De hieronder volgende biografische gegevens betreffende Wigeri en zijn Franeker leermeesters en ambtgenoten zijn ontleend aan W.B.S. Boeles, *Frieslands Hoogeschool en het Rijks Athenaeum te Franeker*, deel II,2 (Leeuwarden 1889). Wat Wigeri betreft werden deze gegevens aangevuld uit wat mevr. Hempenius over hem publiceerde in J.L. Berns †, B.S. Hempenius-van Dijk, D.P. de Vries, P. Nieuwland, A.P. van Nienes [en] S. de Haan, *Archief Hof van Friesland. Inventaris van het archief van de Raad, na 1515 het Hof van Friesland (1502) 1516-1811* (Hilversum-Leeuwarden 1999), p. 121-126. Zie wat Herman Cannegieter betreft ook G.C.J.J. van den Bergh, *Die holländische elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800* (Ius Commune. Sonderhefte, 148; Frankfurt am Main 2002), onder andere p. 175-176. – Blijkens de op de website van drs M.H.H. Engels ([www.mpaginae.myweb.nl](http://www.mpaginae.myweb.nl)) te vinden naamlijst van bij het Hof van Friesland ingeschreven advocaten had Elias Wigeri zich op 7 november 1752 laten inschrijven als advocaat bij het Hof van Friesland.



Elias Wigeri (1731-1790), student (1747-1752) en hoogleraar (1755-1780) te Franeker, professor honorarius aan de Franeker universiteit en Procureur-Generaal bij het Hof van Friesland te Leeuwarden (1780-1791).  
Museum 't Coopmanshûs, Franeker.

melijk in 1755, benoemd tot buitengewoon, en in 1759 tot gewoon hoogleraar in de rechten aldaar. In 1765 werd hij bovendien *professor praxeos* ('professor in de praktijk', dat wil zeggen in het procesrecht), een benoeming waar hij naar men mag aannemen zelf om heeft gevraagd.<sup>3</sup> 15 Jaar heeft hij de Franeker rechtenstudenten gediend met onderwijs in het Friese procesrecht. Op zijn eigen kortstondige praktijk als advocaat, die vermoedelijk niet veel om het lijf heeft gehad, heeft hij daarbij naar men mag aannemen niet echt kunnen teren. Zijn kennis van het Friese procesrecht had hij waarschijnlijk mede te danken aan zijn relaties in het Hof en in de advocatuur van Friesland. Aan zijn zwager Simon Binckes (1732-1786) bijvoorbeeld, advocaat (1757) bij en raadsheer (1770-1783) in het Hof van Friesland,<sup>4</sup> en een bekend juridisch auteur. In de tijd dat Wigeri professor was, publiceerde Binckes een bewerking in twee delen (1774-1775) van de *Beginselen der Rechtskunde*

<sup>3</sup> Dit volgt mijns inziens uit hetgeen hij in zijn *Oratio*, p. 6-7 zegt. Zie de vertaling hieronder.

<sup>4</sup> O. Vries, B.S. Hempenius-van Dijk, P. Nieuwland [en] P. Baks, *De Heeren van den Raede. Biografieën en groepsportret van de raadsheeren van het Hof van Friesland, 1499-1811* (Hilversum-Leeuwarden 1999), p. 364, nr. 224. Voorzover Binckes de advocatuur heeft uitgeoefend, was dat vermoedelijk in zijn geboorteplaats Staveren. Binckes was op 29 maart 1757 ingeschreven als advocaat bij het Hof van Friesland (vgl. hierboven, noot 2).

(1684) van Ulrik Huber. Tien jaar later verscheen een commentaar op de Friese landsordnantie van zijn hand (1785-1786).

Al gewaagt hij daarvan niet in zijn rectorale oratie, Wigeri stond kennelijk sterk onder de invloed van zijn leermeesters Dominicus Balck (1684-1750, hoogleraar vanaf 1709) en Christian Heinrich Trotz (ca. 1701-1773, hoogleraar te Franeker 1741-1755), mannen met een praktische instelling. Trotz doceerde het geldende recht (van Romeinse en vaderlandse oorsprong) zo dat je er in de praktijk ook wat mee kon. En terwijl de voertaal van het academisch onderwijs tot ver in de 19e eeuw gewoonlijk het Latijn was, maakte het Trotz niet uit of de studenten bij het disputeren Latijn of Nederlands spraken.<sup>5</sup> De wetten van onze overheid zijn, aldus deze Duitser, toch ook niet in het Latijn? En in de rechtszaal wordt geen Latijn of een andere exotische taal gesproken maar Nederlands. De taal van Wigeri's onderwijs in het procesrecht en van het daaruit voortgekomen collegedictaat over de 'Practijk voor den Hove van Vriesland en Nedergeregten' is dan ook het Nederlands.<sup>6</sup> Het zou natuurlijk ook heel onpraktisch zijn geweest om, waar in de rechtszaal Nederlands werd gesproken en de processtukken in het Nederlands moesten worden geproduceerd, de vaardigheden van het procederen aan de academie te oefenen in het Latijn. Voor het geval men het van mij niet wil geloven, moge ik verwijzen naar een grotere autoriteit. Ulrik Huber (1636-1694) had zich al lang voor Trotz uitgelaten over het belang van het gebruik van de taal van de praktijk bij het bestuderen van het geldende recht. Huber begreep wel dat hij door een boek in het Nederlands te publiceren geen wetenschappelijke roem zou vergaren, en als professor schreef hij zijn oeuvre dan ook in het Latijn. Maar toen hij tijdens zijn raadsheerschap in het Hof van Friesland (1679-1682) besloot om het door het Hof toegepaste recht te boek te stellen deed hij dat 'in het neederduits, om dat my dachte, dat sulck een maeksel van dagelijx gebruik duidelijker ende platter in Duits, als in 't Latijn konde worden gestelt'. Volgens het voorwoord van zijn *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* (1686) was dat geen slechte gedachte geweest: 'alsoo [ik] bekennen moet dat onder het nederstellen van dese saken, my veel meer licht is aengekomen in het bevatten van het gebruik deser dingen, als te voren by ende neffens de Latijnsche studien'.<sup>7</sup>

En wat de betekenis van Dominicus Balck voor Wigeri's vorming betreft: volgens Balcks lijkredenaar Trotz was de verscheiden hoogleraar een gezocht juridisch adviseur, een man dus die de praktijk goed kende.<sup>8</sup> Hij kreeg in de loop van zijn langdurig professoraat in het Romeinse recht ook een leeropdracht voor vaderlands recht, meer in het bijzonder het procesrecht. Mogelijk heeft Wigeri bij Balck kennis gemaakt met het procesrecht. Maar wat hij van hem kennelijk niet heeft geleerd was hoe men bij de ordening van die stof kon ont-

5 Wigeri heeft in 1752 drie keer onder Trotz gedisputeerd over het agrarisch recht van de Verenigde Nederlanden. Zie F. Postma & J. van Sluis, *Auditorium Academiae Franekerensis* (Leeuwarden 1995), p. 378-380, nrs. 132/1752.1, 132/1752.16 en 132/1752.17.

6 Er zijn wel handschriften met een Nederlandse tekst en een Latijnse titel bewaard gebleven. Zie de catalogus van de Provinsjale Bibliotheek te Leeuwarden ([www.pbf.nl](http://www.pbf.nl)).

7 Ulrik Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheit, Soo elders als in Frieslandt gebruikelijk*, 2 delen (Leeuwarden 1686), deel I, Voorreeden (ook afgedrukt in de latere drukken; 5e en laatste druk (Amsterdam 1768, in één deel).

8 Balck was op 23 september 1706 ingeschreven als advocaat bij het Hof van Friesland (vgl. hierboven, noot 2).



Dominicus Balck (1684-1750), student (1700-1706) en hoogleraar (1709-1750) aan de Franeker juridische faculteit.

Museum 't Coopmanshûs, Franeker.

komen aan het keurslijf van het systeem van het Romeinse recht (in casu van de volgorde van de boeken en titels van de Digesten ofwel Pandekten) dat traditie getrouw het juridisch onderwijs overheerste. De eerste versie van zijn collegedictaat was getiteld 'Praktijke volgens de order der Pandecten' en bij het doorlezen daarvan 'wordt al spoedig duidelijk, dat de gevolgde methode tot grote onoverzichtelijkheid van het onderwerp leidt'. Mevrouw Hempenius, aan wie ik dit ontleen, meldt verder: 'Toch duurde het tot na 1776 voordat Wigeri tot een geheel andere opzet voor zijn colleges in de manier van procederen overging. Hij maakte er toen een doorlopende verhandeling over de in Friesland toe te passen wijze van procesvoering van'.<sup>9</sup> Van beide versies van zijn collegedictaat over de Friese rechtspraktijk is een aantal handschriften bewaard gebleven.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Hempenius-van Dijk in: *Archief Hof van Friesland*, p. 124.

<sup>10</sup> Hempenius-van Dijk meldt (*Archief Hof van Friesland*, p. 121) dat er van beide versies van het dictaat samen in totaal 16 exemplaren bewaard zijn gebleven.

## 2. Verdediging van praktisch onderwijs nodig? Enkele opmerkingen over Wigeri en zijn collega's

De oratie waarmee hij het rectoraat van de Franeker universiteit overdroeg aan zijn collega De Lille, professor aan de medische faculteit,<sup>11</sup> behelst de rechtvaardiging van het onderwijs in het procesrecht waarmee Wigeri in de jaren 1760 begonnen was. Misschien was dat in 1765, maar het lijkt mij niet ondenkbaar dat Wigeri in dat jaar (tegen een verhoging van zijn jaarsalaris van f 1150,- tot f 1350,-) een officiële opdracht kreeg voor iets wat hij feitelijk al deed. Had dit onderwijs jaren later nog een legitimatie nodig? Misschien niet, want aan dat wat in academische kringen misschien wel als het meest aanstootgevend kon worden beschouwd – het gebruik van het Nederlands in plaats van de taal der geleerden – wijdde Wigeri in zijn oratie geen woord. Veel tegenstand heeft zijn onderwijs dus kennelijk niet opgeroepen. Evenals aan zijn leermeesters kon ook aan Wigeri's beide collega's oog voor de noden van de praktijk niet worden ontzegd. Het waren geen wereldvreemde kamergeleerden die buiten de maatschappelijke werkelijkheid stonden. Het kleine wetenschappelijke oeuvre dat Herman Cannegieter (1723-1804, hoogleraar te Franeker 1751-1795, 1802-1804) publiceerde ligt geheel op het terrein van de *jurisprudentia elegantior*, meer in het bijzonder op dat van de antiquarische, filologisch-historische studie van het Romeinse recht van de oudheid (waarover straks meer). In zijn onderwijs beperkte Cannegieter (na het vertrek van Bavius Voorda in 1765 was hij Wigeri's enige collega in de Franeker juridische faculteit) zich echter niet tot dat gebied. Naast het Romeinse recht doceerde hij het natuur-, staats- en volkenrecht (waarvoor hij sinds 1752 een extra leeropdracht had) en in 1760 kreeg hij bovendien de titel *professor juris foederati Belgii et hodierni*: 'professor in het (staats)recht van de Verenigde Nederlanden en in het hedendaagse recht': onder 'hedendaags recht' verstond men het geheel van rechtsregels gevormd door het geldende geleerde recht (voornamelijk Romeins recht) en het *jus patrium* ('het vaderlandse recht', ofwel: het geldende recht van inheemse oorsprong: gewestelijk en plaatselijk recht).<sup>12</sup>

Bavius Voorda (1729-1799; hoogleraar te Franeker 1755-1765, te Leiden 1765-1788, 1795-1799) had in 1756 een (niet in druk verschenen) inaugurele rede gehouden over de onverbreekelijke band tussen de theoretische en de praktische studie van het recht. 'Vond de *jurisprudentia elegantior* in Voorda een gelukkig beoefenaar – het vaderlandsch regt niet minder',<sup>13</sup> aldus Boeles in zijn biografietje van deze wetenschappelijke geestverwant en politieke tegenvoeter van Cannegieter. Het wetenschappelijk oeuvre van Voorda verschilt overigens in zoverre sterk van dat van Cannegieter dat het veel gevarieerder is.

<sup>11</sup> Christiaan Everhard de Lille ('s-Gravenhage ca. 1726-Franeker 1795), hoogleraar in de geneeskunde, anatomie en chirurgie te Franeker (1757-1795), was Rector Magnificus van de Franeker Academie in de jaren 1762-1763, 1772-1773 en 1777-1778. – Tot omstreeks 1960 was in Nederland de functie van Rector Magnificus een roulerend ambt dat steeds voor één jaar werd bekleed door een der gewone hoogleraren.

<sup>12</sup> Vgl. C.J.H. Jansen, 'De ontdekking van het vaderlandse recht in de achttiende eeuw', in *Documentatieblad Werkgroep Achttiende Eeuw* 24 (1992), p. 57-71.

<sup>13</sup> Boeles, *Frieslands Hoogeschool*, II,2, p. 529. Voorda was (vgl. hierboven, noot 2) op 26 oktober 1751 ingeschreven als advocaat bij het Hof van Friesland.



Herman Cannegieter (1723-1804), hoogleraar aan de Franeker juridische faculteit (1751-1795, 1802-1804)  
Museum 'tCoopmanshûs, Franeker.

Voorda leverde als auteur zowel bijdragen aan de filologisch-historische studie van het Romeinse recht als aan de studie van het vaderlandse recht. En wat hun politieke posities betreft: moest Voorda zijn patriotse sympathieën in 1788 bekopen met ontslag als hoogleraar te Leiden (hij maakte van zijn gedwongen otium gebruik om een editie met commentaar van de Criminele Ordonnantieën van 1570 te maken (1792)), Cannegieter heeft als orangist in 1795 het veld moeten ruimen. Maar beiden keerden ook op hun leerstoel terug: Voorda werd na de Bataafse omwenteling in 1795 weer professor in het Romeinse en het hedendaagse recht te Leiden en Cannegieter kreeg bij de politieke pacificatie van 1802 opnieuw een professoraat in Franeker.

### 3. De plaats van Wigeri in het rechtsgeleerde spectrum

Vanaf de stichting van de Nederlandse universiteiten (Leiden: 1575; Franeker: 1585; Groningen: 1614; Utrecht: 1636; Harderwijk: 1648) heeft het Romeinse recht tot in de eerste decennia van de 19e eeuw het academisch juridisch onderwijs in ons land beheerst (het

scharnierpunt is hier de invoering in 1838 van een viertal wetboeken, en een aantal daarmee verbonden wetten, en van een nieuwe rechterlijke organisatie). Tot de laatste decennia van de 17e eeuw was academische juridische studie studie van Romeins recht, en vanaf ongeveer 1670 kwamen daar langzamerhand wat vakken bij die uit wetenschappelijk of uit praktisch oogpunt interessant en nuttig waren maar die niet noodzakelijk waren voor het met goed gevolg afronden van een academische studie (dat wil zeggen: niet nodig waren om te kunnen promoveren).

Het Romeinse recht kon ruwweg op twee manieren beoefend worden:<sup>14</sup> volgens de bij het juridisch humanisme van de 16e eeuw aansluitende ‘filologisch-historische methode’ en volgens de primair op toepassing van het Romeinse recht – dat wil zeggen van de Justiniaanse wetgeving – in de huidige maatschappij gerichte ‘praktische methode’. De ‘filologisch-historische’ methode der humanisten, die vooral gericht was op het vaststellen en verbeteren van de tekst van de Justiniaanse wetgeving uit de 6<sup>e</sup> eeuw en op het reconstrueren van de bronnen van die wetgeving, noemt men ook wel de ‘antiquarische’ methode. De ‘praktische’ methode die het Romeinse recht in de eerste plaats bestudeerde en uitlegde vanuit het gezichtspunt dat de Justiniaanse wetgeving als geldend recht moest worden toegepast zou men ook ‘de juridische methode’ kunnen noemen. Men doet er dan echter goed aan zich wel te realiseren dat de ‘filologisch-historische methode’ destijds net zo goed een rechtsgeleerde methode was als deze ‘juridische’ ofwel ‘praktische’ methode en dat een deel van de met de filologisch-historische methode verkregen uitkomsten ook voor de rechtspraktijk bijzonder relevant kon zijn. Dat was vooral daar het geval waar de tekst van de wet door de resultaten van het filologisch bedrijf veranderde.

In de 17<sup>e</sup> eeuw is er in de Republiek der Verenigde Nederlanden sprake van samengaan van filologisch-historische en praktische studie van het Romeinse recht. De ene geleerde legde meer de nadruk op de filologische en historische studie van de oude teksten en de andere hechtte meer gewicht aan de praktische methode; hij bestudeerde de Justiniaanse wetgeving dus vooral als geldend recht en legde de nadruk op de toepassing ervan in het heden. Het gros van de in de 17<sup>e</sup> en 18<sup>e</sup> eeuw in de Noordelijke Nederlanden werkzame rechtsgeleerden pleegt men te rekenen tot de ‘Hollandse elegante school’ en men kan dan onder deze vertegenwoordigers van de *jurisprudentia elegantior* een meer op studie van de oudheid gerichte filologisch-historische ofwel antiquarische stroming en een ‘theoretisch-praktische’ richting onderscheiden. ‘Theoretisch’ betekent in dit verband dat de meer ‘praktisch’ georiënteerde geleerden van de Hollandse school zich niet tevreden stelden met alleen het overnemen van de voor hun doel relevante resultaten van het humanis-

<sup>14</sup> Zie over de beoefening van het Romeinse recht in de 17e en 18e eeuw behalve Van den Berghs hierboven (noot 2) genoemde boek *Die holländische elegante Schule* (2002): G.C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, 4e druk (Deventer 2000), hoofdstuk IV; mijn inleiding in T.J. Veen en P.C. Kop (ed.), *Zestig Juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap* (Zwolle 1987), vooral p. 13-20; de artikelen van Theo Veen (“Ongezonde kost”. L.J. van Apeldoorn over de rechtsgeleerdheid onder Cras en zijn voorgangers (1641-1820)”) en C.J.H. Jansen (“H.C. Cras (1739-1820), Hoogleraar en natuurrechtsgeleerde in hart en nieren”), beide in: E.O.G. Haitsma Mulier e.a., *Athenaeum Illustré. Elf studies over de Amsterdamse Doorluchtige School 1632-1877* (Amsterdam 1997), resp. p. 255-284 en p. 287-309.

tische (het filologisch-historische) onderzoek: zij waren ook zelf op dat terrein actief, zij het in veel geringere mate dan hun collega's van de antiquarische richting (die vaak weer heel weinig expliciete aandacht besteedden aan het geldende recht).<sup>15</sup>

De theoretisch-praktische richting (of: groep rechtsgeleerden) van de Hollandse elegante school is verwant met de representanten van de ongeveer gelijktijdige, vooral in het Duitse Rijk florerende *usus modernus pandectarum* (de school van 'het hedendaags gebruik der Pandekten (= Digesten)').<sup>16</sup> Waar dat nodig was integreerden ook de rechtsgeleerden van de *usus modernus* de vruchten van de humanistische onderzoekingen in hun eigen, op de praktijk gerichte werk, maar zelf begaven zij zich niet op het gladde ijs van de humanistische disciplines. De juridische filologie was voor hen dus niet meer dan een hulpwetenschap waarvan zij, zonder het vak zelf te beoefenen, de resultaten gebruikten. De theoretisch-praktische richting van de elegante rechtsgeleerdheid behandelde niet alleen dat deel van het Romeinse recht dat nog voor toepassing in de praktijk in aanmerking kwam maar ook dat wat praktisch van geen belang meer was ('wat afgeschaft is'). Zoals Ulrik Huber in 1686 in het voorwoord tot zijn boek over het in Friesland geldende recht zei, het Romeinse recht bestaat uit twee delen: de typisch Romeinse regels die tegenwoordig geen gelding meer hebben en de regels die ook nu nog van kracht zijn. 'In de Academien wort het eene met het ander geleert'. Men kan immers – meende Huber – beide delen niet van elkaar losmaken, omdat het ene niet zonder het andere te begrijpen is.<sup>17</sup> Ik heb de indruk (meer ook niet: het zou eens opzettelijk moeten worden onderzocht) dat de *usus modernus* ook in dit opzicht minder geduld had met de oudheid dan de theoretisch-praktische richting van de Hollandse elegante school.

Wigeri stelt in zijn oratie de beoefenaren van die elegante rechtsgeleerdheid gerust met de opmerking dat zijn pleidooi voor praktische studie van het recht aan de universiteit niet betekent dat hij daarmee afbreuk wil doen aan 'de theorie' (p. 7-9), dat wil zeggen: aan de beoefening van het Romeinse recht. En wat de op de 18e-eeuwse rechtspraktijk gerichte studie van het Romeinse recht betreft lijkt mij dat ook oprecht gemeend. Maar dat Wigeri veel geduld had met de filologisch-historische subtiliteiten van de elegante rechtsgeleerdheid kan ik mij nauwelijks voorstellen. Hij zal dus wel een Nederlandse representant van de *usus modernus* zijn. Zijn verwijzingen naar de oudheid zijn gering in aantal en slordig: de botsing tussen Quintus Mucius Scaevola en Servius Sulpicius (p. 33-34) wordt niet met fi-

15 De kwalificatie *jurisprudentia elegantior* (elegante rechtsgeleerdheid) gebruik ik hier (mijns inziens in overstemming met de terminologie van Wigeri in zijn hieronder vertaalde oratie, p. 7) in een ruime zin die beide richtingen omvat. De term wordt ook wel uitsluitend gereserveerd voor wat ik hier de antiquarische (filologisch-historische) tak van de elegante rechtsgeleerdheid noem.

16 Zie over deze richting (1500-1800) het artikel s.v. *Usus modernus* van Klaus Luig in het *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. V (Berlin 1998), kolom 628-636 en het artikel van dezelfde auteur over Samuel Stryk (1640-1710) *ibidem*, kolom 58-63. Stryk's herhaaldelijk herdrukte hoofdwerk – *Usus modernus Pandectarum* (5 delen, 1690-1712) – heeft de naam gegeven aan een heel tijdperk in de rechtswetenschap, een periode die Luig dan weer in tweeën wil delen: het werk van Stryk is vooral kenmerkend voor de in de tweede helft van de 17e eeuw beginnende tweede periode. Tot de *usus modernus* rekent men gewoonlijk ook een aantal Nederlanders (bijvoorbeeld Johannes Voet, 1647-1713), zoals anderzijds een aantal buiten Nederland geboren geleerden tot de Hollandse elegante school worden gerekend. Zie ook A. Söllner, in H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II,1 (München 1977), p. 501 e.v.

17 Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit*, Voorreeden.



lologische precisie beschreven en Wigeri verwacht de eeuwige straffen die Tantalus en Sisyphus volgens de Griekse mythologie hadden gekregen (p. 25). Bij dat soort zaken lag zijn hart kennelijk niet (een vermoeden dat nog eens versterkt wordt door Wigeri's uitspraak (op p. 10 van de oratie) dat het vak van de jurist niet primair ` bestaat in contemplatie maar in actie, niet in theoretisch onderzoek maar in toepassing, en dat ons vak dan ook niet rechtswetenschap maar rechtskunde moet worden genoemd'). Mocht er nog eens een Romeinsrechtelijk collegedictaat opduiken dat de vrucht was van Wigeri's onderwijs, dan zal dat hierover ongetwijfeld zekerheid kunnen verschaffen.

In de Hollandse elegante school van de 17e eeuw was de theoretisch-praktische richting dominant. Aan het einde van die eeuw begon de antiquarische studie van het Romeinse recht aan een opmars en in de 18e eeuw lijkt deze benadering soms het gezicht van de rechtsgeleerdheid in Nederland te gaan bepalen. De werkelijkheid is vermoedelijk anders (er is te weinig onderzoek naar gedaan om hier al te stellig te spreken). Een professor die aantekeningen publiceerde over (voor ons gevoel soms futiele) filologisch-historische kwesties kon zulk werk heel goed als uitweiding, als ornament, als geleerde toegift en interessant tijdverdrijf beschouwen bij een aan de hand van een bestaand leerboek gegeven overzicht van het Romeinse recht, met andere woorden: hij kon heel goed onderwijs geven volgens de opvattingen van de *usus modernus*, of – om het wat genuanceerder te zeggen – aan de hand van een op de praktijk (op de praktische toepassing van het geldende recht van Romeinse en andere oorsprong) gericht leerboek van de *usus modernus* of van de theoretisch-praktische richting van de elegante school. Het feit dat de hele 18e eeuw door in vrijwel iedere juridische faculteit een leeropdracht voor *ius hodiernum*, hedendaags recht, bestond kon het rechtenonderwijs behoeden voor praktische steriliteit. Daar kwam nog bij dat sedert het midden, en vooral in de laatste decennia van de 18e eeuw, ook het onderwijs (en leeropdrachten) in specifiek het vaderlandse recht (het recht van inheemse oorsprong dus) hun intrede deden aan de Nederlandse universiteiten.

Bavius Voorda, hierboven genoemd als een goed voorbeeld van een jurist met wetenschappelijke publicaties op zowel het gebied van de filologisch-historische studie van het Romeinse recht als op dat van het vaderlandse recht, was in Leiden de opvolger van een hoogleraar die wellicht als eerste in de Republiek academisch onderwijs in het vaderlandse recht in het Nederlands heeft gegeven, Gerlach Scheltinga (1708-1765). Gepubliceerd heeft Scheltinga nauwelijks, maar wat er is lijkt (ik ga af op de titels) geheel op het terrein van de filologisch-historische beoefening van het Romeinse recht te liggen.<sup>18</sup> Met Nederlandstalig onderwijs over Hugo de Groot's *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* is hij wellicht in 1752 begonnen. Als aftredend rector zette hij in 1762 in zijn oratie uiteen dat de aankomende jurist in de Verenigde Nederlanden noodzakelijkerwijs het Romeinse recht moest bestuderen maar dat hij daar niet genoeg aan had.<sup>19</sup> Wat er in die rede staat weet ik

<sup>18</sup> Margreet Ahsmann en R. Feenstra, *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Leidse universiteit tot 1811* (Amsterdam etc. 1984), p. 207-208.

<sup>19</sup> R. Feenstra, 'Dictata van Johannes Voet en Gerlach Scheltinga op de Inleidinge van Hugo de Groot', in *Tijdschrift voor Rechtsge-*

verder niet (zij ligt in handschrift in de Leidse UB, en ik heb haar niet gelezen), maar de titel zou van Wigeri kunnen zijn.

Aan de wetenschappelijke beoefening van het Romeinse recht heeft Elias Wigeri nog minder bijgedragen dan Scheltinga: namelijk helemaal niets. Sloot hij in zijn onderwijs zoals gezegd vermoedelijk aan bij de *usus modernus pandectarum*, waar het de ‘theoretische’ kant van de rechtsgeleerdheid betrof heeft Wigeri onder ‘theorie’ – het blijkt zowel uit het hieronder afgedrukte voorwoord bij zijn collegedictaat als uit zijn oratie – niet de humanistische benadering van de Justiniaanse wetgeving verstaan maar de studie van het geldende materiële geldende recht (het ‘hedendaagse recht’ van inheemse en van andere – ‘geleerde’ – oorsprong). Zijn roem, althans zijn betekenis, ligt in het onderwijs in de praktijk van het recht, waarvan hij in 1772 als aftredend rector het nut betoogde. Blijkens 6 van de 16 bewaard gebleven collegedictaten omvatte dat onderwijs ook een gebied waarvan hij in zijn rede met geen woord repte: de notariële praktijk.<sup>20</sup> Het feit dat er zoveel afschriften van zijn collegedictaten in omloop waren bewijst dat ze in een behoefte voorzagen.<sup>21</sup> Waarom is het dictaat eigenlijk nooit voor de druk bewerkt?

#### 4. De rede van 1772

Wat Wigeri in 1772, met voor ons gevoel vrij veel omhaal van woorden, betoogde is niet moeilijk samen te vatten. Na een inleiding over de wisselvalligheden van het lot hield de aftredende rector zijn gehoor voor dat de mens niet gedoemd hoeft te zijn om louter de speelbal van de fortuna te worden. Een verstandige levenswandel kan ons voor veel onheil behoeden. De jonge man moet dan wel op jeugdige leeftijd goede keuzes maken, keuzes die beslissend zijn voor zijn hele verdere leven en loopbaan. Als hij besloten heeft om rechten te studeren, wat moet hij dan doen om later waardig een juridisch beroep te kunnen uitoefenen? Hij zal er goed aan doen (en daarmee is Wigeri dan bij het eigenlijke onderwerp van zijn rede) tijdens zijn academische opleiding de praktijk van het recht te bestuderen (p. 2-7). Wie nu meent dat de spreker de ‘theorie’ zou minachten, die zit er helemaal naast. Zoals de studie van de praktijk (het procesrecht) ondenkbaar is zonder de theorie, die daaraan dient vooraf te gaan, zo is naar Wigeri’s zeggen de theorie niets waard zonder praktijk. Slechts wie theoretische kennis heeft mag jurist heten. Praatjesmakers die geen grondige studie van het recht hebben gemaakt en hun cliënten kaal plukken door hen het

schiedenis 56 (1988), p. 93-133, in het bijzonder p. 127-129, 116. Zie ook Van den Bergh, *Die holländische elegante Schule*, p. 143 en Margreet Ahsmann, ‘Teaching the *ius hodiernum*: Legal Education of Advocates in the Northern Netherlands (1575-1800)’, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 65 (1997), p. 423-457 (aldaar p. 441-442). Zie over J.H. Voorda, D. Balck, C.H. Trotz, E. Wigeri en B. Voorda aldaar p. 442-446, 449-451. Volgens Ahsmann, p. 433, 438-439 heeft reeds Bernardus Schotanus (1598-1652) tijdens zijn hoogleeraarschap te Leiden (1641-1652) als eerste op de rechtspraktijk (in het bijzonder ook op het procesrecht) gericht onderwijs in het Nederlands gegeven (met dank aan prof. mr. R. Feenstra voor deze verwijzing).

<sup>20</sup> Zie daarover E. Vellinga, *Keysers orkna. Bijdragen tot de geschiedenis van het notariaat in de provincie Friesland van de aanvang af (middeleeuwen tot de invoering van de Franse wetgeving (1811))*, z.p. (1995), p. 277-288.

<sup>21</sup> Vgl. ook het in *Pro Memorie* 2.1 (2000), p. 152 gepubliceerde citaat van J.H. Halbertsma.

ene na het andere proces te laten voeren en verliezen zijn dus geen jurist (p. 7-13). Daar kan geen twijfel over bestaan.

De gewichtige kwestie die Wigeri nu aan de orde stelde was slechts deze of het procesrecht, dus: of de praktische toepassing van het materiële recht (van de 'theorie'), na afloop van de academische studie in de praktijk geleerd moest worden (zoals gewoonte was), of dat het een onderdeel van de academische studie moest zijn (p. 13-14). Wigeri's antwoord was duidelijk: aan de universiteit moet men zowel theoretische geleerdheid als praktische vaardigheden opdoen. Men moet met de theorie beginnen maar niet te lang wachten met het aanleren van de nodige praktische vaardigheden (p. 15-17). Studie van het materiële recht paren aan praktische studie: dat was (meende Wigeri onder verwijzing naar de grote Romeinse juristen, die als zij adviezen gaven lieten auditeren) ook wat reeds in de oudheid gebeurde (p. 18-20). Wigeri wees er op dat wie zich niet reeds tijdens zijn studie vertrouwd heeft gemaakt met het procesrecht voorbestemd is om zich als beginnend advocaat een vreemde te voelen in eigen land en verteerd te worden door onzekerheid en nervositeit. Tot schande van zichzelf en tot schade van zijn cliënten maakt hij dan grove fouten, en leert hij dus het vak op kosten van zijn cliënten. Dat is een belachelijke toestand (p. 21-26)! Zowel in het Romeinse recht als in onze eigen Friese wetgeving, aldus Wigeri, treft men dan ook bepalingen aan ter bescherming van de burger tegen onervaren advocaten (p. 26-29).

Het belang van de studie van het procesrecht aan de universiteit moet na dit alles wel duidelijk zijn, aldus Wigeri, die er verder op wees dat het niet meevalt om alle kneepjes van de praktijk onder de knie te krijgen (p. 29-31). Mogelijke critici van de gedachte dat men het procederen aan de academie moet leren (dat kun je volgens hen beter daar doen waar de procedures worden gevoerd: in de rechtszaal<sup>22</sup>) wierp Wigeri tegen dat je aan de universiteit kunt leren door fouten te maken, dat je aan de universiteit – anders dan in de rechtszaal – fouten mag maken omdat niemand er dan schade door lijdt, en dat je aan de universiteit vragen kunt stellen zonder dat je je ervoor hoeft te schamen. Schaamte, dat is wel iets dat je voelt als je iedere dag weer aan andere advocaten, aan je concurrenten en tegenstanders in de rechtszaal dus, je onkunde moet tonen en advies moet vragen (p. 32-35).

Wigeri wees er verder op dat het welzijn van de samenleving staat en valt met goede wetten, dat die wetten niets zijn zonder een goede rechtsbedeling, en dat een hoogstaande rechtspraak slechts mogelijk is met gekwalificeerde rechters. Dat zijn rechters die behalve op een uitstekende kennis van de wet (het materiële recht: de theorie) kunnen bogen op een voortreffelijke kennis van de praktijk, rechters die zo verstandig zijn geweest om zich reeds tijdens de academische studie vertrouwd te maken met problemen die zij in de praktijk tegen kunnen komen. En voor wie dit alles nog niet genoeg was wees Wigeri er tenslotte op dat er een Romein was geweest die het consultaat (het hoogste ambt in de staat) niet op zich had willen nemen omdat hij blind of bijna blind, en daardoor van anderen afhankelijk, was. Ook een advocaat – dat was de boodschap – kan zijn functie slechts goed

22 Vgl. Inst. 4,11,6 (aangehaald in §3 van de hieronder getranscribeerde voorrede van het collegedictaat).

vervullen als hij daarbij niet van anderen afhankelijk is (p. 38-39).

Was het een overtuigend betoog dat Wigeri afstak? Misschien is dat geen goede vraag. Men moet zich misschien eerder afvragen of Wigeri zijn gehoor een uur lang op een passende, bij de aard van de plechtigheid horende wijze heeft bezig gehouden. Dat nu was zeker het geval. Maar het valt te betwijfelen of de lezer van nu die niet reeds van Wigeri's gelijk overtuigd is zich gemakkelijk door de spreker zou laten overtuigen. Want Wigeri's verwijzingen naar de gruwelijke fouten die beginnende advocaten maken, mogen juist zijn, en het mocht aanbevelenswaardig zijn dat de aankomende advocaat wat beter beslagen ten ijs kwam, maar de orator zal toch niet hebben gedacht dat zijn cursus procesrecht een einde zou maken aan allerlei falen in de rechtszaal? En Wigeri mocht er voor pleiten de studie van het materiële recht zo spoedig mogelijk vergezeld te doen gaan van aandacht voor het proces, het daartoe aangehaalde voorbeeld van de Romeinse juristen die, wanneer zij adviezen gaven aankomende juristen lieten meeluisteren (p. 18-20), is toch ook niet ijzersterk. Ik doel dan nog niet eens op het feit dat bij de Romeinen rechtskwesties niet primair vanuit het materiële recht maar vanuit het procesrecht werden doordacht.

Mijn punt is dit: als die Romeinse juristen het recht zo goed in de praktijk konden leren, waarom kon dat dan niet in Friesland? Die vraag kwam bij Wigeri kennelijk niet op. Hij had blijkbaar geen hoge dunk van *practici* zonder behoorlijke geleerde scholing<sup>23</sup> (tot de door hem genoemde praatjesmakende pleiters zal men de meeste in de praktijk opgeleide praktizijns wel moeten rekenen). De omstandigheden in het Friesland van zijn tijd waren echter heel anders dan die rond het begin van onze jaartelling in het oude Rome (dat geen universiteiten kende). Blijkbaar vond Wigeri het daardoor zo vanzelfsprekend dat bij ons niet de ene praktijkjurist de andere moest opleiden, dat hij geen ogenblik stilstond bij het feit dat dit nu juist was wat er gebeurde in het oude Rome.

## 5. De vertaling van Wigeri's rectorale oratie

De hierna volgende vertaling van Wigeri's rectorale rede heb ik voor eigen gebruik, 'ter oefening', gemaakt en daarna ten gerieve van anderen bewerkt tot iets dat hopelijk een beetje leesbaar is. Wat die 'leesbaarheid' betreft het volgende. Het probleem met zo'n oude Latijnse tekst is ten eerste de taal waarin ze gesteld is. Ik doel niet alleen op de grammaticale structuur van die taal maar ook op de gehanteerde stijl, die de onze niet meer is. Doordat het Latijn een taal is die toch wel heel ver van het hedendaagse Nederlands afstaat, verkeert de vertaler die zo goed mogelijk wil weergeven wat de schrijver heeft gezegd en bedoeld, en die eigenlijk zijn vertaling als een hulpmiddel bij het verstaan van de oorspronkelijke tekst

<sup>23</sup> De Friese jurist kon het niet stellen zonder een goede vertrouwdheid met het Romeinse recht. Vgl. J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen [en] F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht. De civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17e en 18e eeuw* (Hilversum-Leeuwarden 1999), p. 225 (vgl. p. 27): 'In de dossiers [van de civiele zaken] wemelt het van de verwijzingen naar het Romeinse recht, ja het lijkt wel of de advocaat elk juridisch argument dat hij te berde kan brengen kleedt in het gewaad van een Romeinsrechtelijke tekst'.

zou willen zien, voortdurend in tweestrijd. Hij staat steeds voor de keuze tussen een meer ‘letterlijke’ en een ‘vrijere’ weergave van de te vertalen tekst en hij dient zich steeds weer af te vragen welke mate van vrijheid hij zich wil, of meent te moeten, verschaffen. En dan is er een tweede probleem: de intellectuele gedachtenwereld, de culturele bagage en de hele rectoriek van zo’n deftige tekst uit het academisch bedrijf van meer dan twee eeuwen geleden behoren voor ons tot een verzonken wereld. Voor de lezers die een halve eeuw geleden op het gymnasium zijn geweest geldt dat misschien minder dan voor de jonge juristen van tegenwoordig (die in overgrote meerderheid niet meer een gymnasiale opleiding hebben) maar de jaren daarna zullen hun begrip voor dit soort teksten niet vergroot hebben. Het percentage academici dat nog een beetje Latijn kan lezen is de laatste decennia steeds geringer geworden en het zal (als dat al niet is gebeurd) binnen afzienbare tijd wel in een klein promillage overgaan. Ik heb er daarom naar gestreefd om, met behoud van de hoop dat de vertaling een beetje als hulpmiddel bij het begrip van de oorspronkelijke tekst kan dienen (en dus niet een te vrije ‘bewerking’ te maken), een weergave van Wigeri’s betoog te produceren die zich laat lezen en begrijpen zonder dat men het Latijn hoeft te raadplegen. Een van mijn belangrijkste ingrepen is wel geweest dat ik lange zinnen heb verknipt tot frases van een wat overzichtelijker lengte. Bij dat alles hoop ik mij te hebben gehouden aan de instructie van Karel van het Reve dat je moet ‘vertalen wat er staat’.<sup>24</sup>

## 6. De voorrede en het eerste kapittel van Wigeri’s dictaat over het Friese procesrecht (ca. 1777)

Wat Wigeri in statige Latijnse frasen en met de door de ceremoniële ambiance vereiste retorische opsmuk voorhield aan een geleerd gehoor was natuurlijk naar de strekking hetzelfde als wat hij zijn studenten aan het begin van zijn cursus procesrecht in wat gewonere woorden meegaf. Ik laat aan de vertaling van zijn rectorale rede daarom een transcriptie voorafgaan van het voorwoord en van het eerste hoofdstuk van de tweede versie van zijn collegedictaat over de praktijk voor het Hof en de nedergerechten. De tekst (die dateert uit ca. 1777) is ontleend aan een handschrift in de Provinciale Bibliotheek van Friesland te Leeuwarden (5254 Hs<sup>25</sup>) en vergeleken met die in een ander handschrift in dezelfde bi-

<sup>24</sup> Met dank aan mijn collega prof.dr. E.H. Pool, die mij bij enkele voor mij duistere passages geholpen heeft. – Prof.mr. R. Feenstra dank ik voor zijn opmerkingen naar aanleiding van de drukproef van deze inleiding.

<sup>25</sup> De tekst van dit dictaat is tamelijk precies te dateren doordat er namen van studenten in voorkomen aan wie kennelijk een rol in een gespeeld proces toegewezen is. De hieronder genoemde requesrant Simon Cocq (een uit Vollenhove afkomstige aanverwant van Wigeri), op 3 juni 1772 ingeschreven als student te Franeker, legde op 26 april 1778 het examen af dat toegang gaf tot de promotie (destijds heette dat examen het candidaatsexamen) en promoveerde op 3 juli 1778 tot doctor in de beide rechten (promotor was Wigeri). Op blz. 321 van het dictaat komen acht studenten voor die allen tussen 28 juni 1777 en 9 juli 1779 afstudeerden (= promoveerden: drie in 1777, vier in 1778, één in 1779) en kort na hun promotie werden toegelaten als advocaat bij het Hof van Friesland, te weten (in chronologische volgorde van afstuderen): A. van Velsen, J. Hiddinga, M. Siderius, I. Alema, R. Coopmans, W.J. Hanekuik, J. Deketh en E.H. Bergsma. Aan het slot van de voorrede van dit collegedictaat zegt Wigeri dat zijn cursus procesrecht een jaar in beslag neemt. Gezien het feit dat Wigeri kennelijk van mening is dat men het procesrecht pas na een grondige studie van het materiële recht moet bestuderen als voorbereiding op de beoefening van de rechtspraktijk, met andere woorden aan het einde van de studie, moet dit dictaat stammen uit het academisch jaar 1776-1777. Het onderhavige manuscript is vermoedelijk later tot

bliotheek (615 Hs<sup>26</sup>). Bij de transcriptie is het hoofdlettergebruik en waar nodig ook de interpunctie genormaliseerd, zijn de meeste afkortingen opgelost (of wat minder kryptisch gemaakt) en enkele woorden aaneengeschreven. Een inhoudelijke annotatie leek mij niet nodig: voor verdere informatie over de door Wigeri aangeprezen literatuur kan men terecht bij de bijdrage van mevrouw Hempenius aan de in 1999 verschenen inventaris *Archief Hof van Friesland*.

## 7. Opdracht

In 1980, het jaar waarin het 200 jaar geleden was dat Elias Wigeri werd benoemd tot Procureur-Generaal in Leeuwarden, werd mr. A.G. Bosch Hoofdofficier van Justitie in de Friese hoofdstad. Hij had een werkzaam deel in de geslaagde herdenking (in 1999) van de oprichting van het Hof van Friesland, dat door rechtbank en hof in Leeuwarden beide – en terecht – wordt beschouwd als rechtsvoorganger. Terwijl Wigeri in 1780 na een kwart eeuw het universitaire onderwijs vaarwel zei, deed mr. Bosch na zijn pensionering in 1995 iets wat op het omgekeerde lijkt. Na een lange staat van dienst in de rechtspraktijk pakte hij de draad van zijn proefschrift<sup>27</sup> weer op en maakte hij zich verdienstelijk door ten behoeve van het academisch onderwijs een beknopte inleiding tot de strafrechtsgeschiedenis van de laatste twee eeuwen te schrijven.<sup>28</sup> Wij rechtshistorici zijn hem daarvoor dank verschuldigd. Vandaar de opdracht van deze bijdrage.

stand gekomen. Dat het hier om een afschrift gaat, blijkt behalve uit de keurige hand waarmee het geschreven is uit het feit dat het typische eigenaardigheden vertoont van iemand die niet met de stof vertrouwd is: de spelling van woorden als *academie*, *deploma*, *domecilie*, *medecijnen*, *practesijn* en een transcriptiefout als *advocatore* in plaats van *advocatorum* bijvoorbeeld. Een nog duidelijker kopiistenfout is het twee keer voorkomen van een aantal woorden (vgl. hieronder, noot 3 bij de transcriptie).

<sup>26</sup> Dit is het in *Pro Memorie* 2.1 (2000), p. 152 genoemde handschrift. Dit handschrift is geschreven door de kopiist die ook Hs 5254 heeft geschreven. Ofschoon de verschillen tussen beide teksten zeer gering zijn, is het duidelijk dat Hs 615 en Hs 5254 geen afschriften van dezelfde 'Vorlage' zijn: in het hieronder afgedrukte rekest staat in Hs 615 niet de naam Simon Cocq maar N.N.

<sup>27</sup> A.G. Bosch, *Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht. Aantekeningen over de werkzaamheden van de staatscommissie in 1870 belast met de samenstelling van een ontwerp van een nieuw Wetboek van Strafrecht*. Art. 1-91, diss. Leiden (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1965).

<sup>28</sup> *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot 2000* (Ars Aequi Cahiers Strafrecht, deel 11; Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2000; 2e druk onder de titel *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, 2001; een derde druk is in voorbereiding).

## [p. 1] Practijk voor den Hove van Vriesland en Nedergeregt.<sup>1</sup>

### Voorreeden

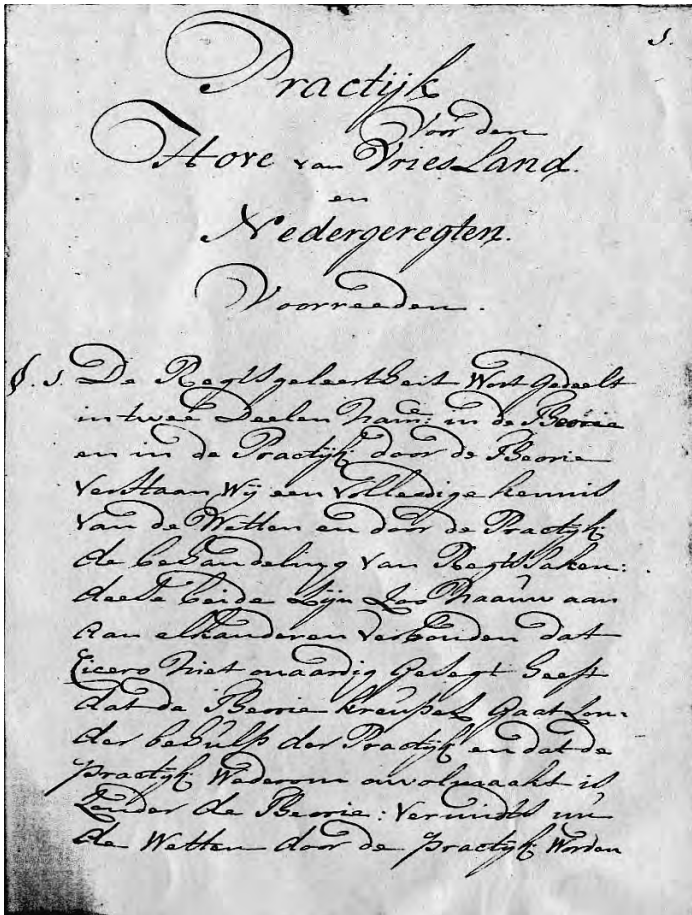
§ 1. De regtsgeleertheit wort gedeelt in twee deelen, namelijk in de Theorie en in de Practijk. Door de theorie verstaan wij een volleedige kennis van de wetten en door de practijk de behandeling van regtsaken: deese beide zijn zoo naauw aan<sup>2</sup> elkanderen verbonden dat Cicero niet onaardig gesegt heeft dat de theorie kreupel gaat zonder behulp der practijk en dat de practijk wederom onvolmaakt is, zonder de theorie. Vermidts nu de wetten door de practijk worden [p. 2] toegepast op de voorkomende gevallen en het regt door de practijk wort bestierd en nae het voorschrift der wetten uitgevoerd zoo volgt van zelve dat de practijk veel ligts geeft aan de theorie en dat niemand de practijk met een gewenscht gevolg kan oeffenen tenzij hij alvorens een gegrondde kennis heeft van de wetten en dus in de theorie zeer ervaren is.

§ 2. Vermidts nu de advocaten behooren in staat te zijn zoo ras zij beginnen te practiceeren om een proces wel aan te leggen en te instrueeren zoo is het dieshalven zeer dienstig dat de practijk op de academie geleert worde, en wel te meer

1. omdat de theorie daardoor veel ligt ontvangt; hebbende eertijds veele de regten geleerd voornamentlijk door het hooren adviseeren van voorname advocaten [p. 3]
2. om aan de studeerende jeugd een regte smaak te geeven van de regtsgeleertheit opdat zij in tijds kunnen zien wat hun in 't vervolg nuttig en voordeelig kan weesen.
3. Het is niet minder noodzakelijk de studenten in de regten in pleitgedingen te oeffenen, dan in de theologie de preekmethode en in de medecijnen de practijk te leeren, het welk op deese Accademie des te beter kan geschieden omdat men in Friesland gewoon is niet bij monde maar in geschrifte te pleiten.
4. Integendeel zoo men dit nalaat koomt aan de jonge advocaten alles in foro zoo vreemd voor alsof zij in een nieuwe weereld koomen.
5. Wanneer zij tot hun eigen schande en schade van hun cliënten dikwerf misslagen begaan die nooit vergeten worden die egter op de Accademie [p. 4] zonder nadeel kunnen verbeterd worden.
6. Zijnde ook de Academische jaeren beter geschikt om te vragen en leeren dan wanneer men reeds in foro practiseert.
7. Waar bij nog komt dat men kan vallen in handen van oude advocaaten die of zelve geen genoegsame kennisse of geen tijd of ook geen lust hebben om zig met het onderwijs van anderen op te houden; om niet te spreken van de verpligting die men door gedurig vragen moet maken.
8. Hier koomt nog bij een natuurlijke schaamte van zijn onkunde telkens aan zijn mede advocaten te moeten openbaren en dat wel op een tijd wanneer men voorgeeft, en ook behoorde in staat te zijn anderen te kunnen patrocineeren waar door veele ten eenemaal van de practijk worden afgeschrikt.
9. En al ist dat iemand [p. 5] veel hope heeft om tot hogere ampten bevordert te worden zoo is het egter des te noodzakelijker om zig op de Accademie niet alleen in de theorie maar ook in de practijk bequaam te maken om dus met lof het geregte te kunnen bestieren zonder ten eenemaal van de ministers en procureurs af te hangen doordien tot het geven van appointementen als mede

<sup>1</sup> Transcriptie van voorwoord en eerste kapittel van Elias Wigeri's college over het Friese procesrecht zoals voorkomend in Hs 5254 (ca. 1777) van de Provinsjale en Buma Bibliotheek fan Fryslân te Leeuwarden (vgl. hierboven, § 6). Tussen vierkante haken is de paginering weergegeven (in geval een woord is afgebroken: achter het afgebroken woord).

<sup>2</sup> In het handschrift staat twee keer aan.



Provinsjale en Buma Biblioteek fan  
 Fryslân, 5254 Hs, p. 1.

tot verleen van dispositiven die dagelijks op de rolle voor regt voorvallen en tot het nemen van informatie, verhooren van getuigen en meer andere zaeken een volledige kennis van de practijk vereischt wordt.

§ 3. Het kost egter veel tijd en moeite om een ervaren practesijn te worden en hoe veel lessen en regels in deesen ook gegeven worden zoo is het egter zeeker dat de dagelijksche ondervinding en behandeling van [p. 6] zaeken de beste leermeesters zijn volgens het getuigenis van Justinianus in §. 6. inst. de satisdat. [Inst. 4,11,6.]. Het gelukkigste zullen in deesen slagen die tegelijk de regels door ervarene practici voorgeschreeven naarstig ondersoeken, en dagelijks de rolle frequenteeren, comparitien waarneemen, dikwerf gaan na de griffie en aldaar de appointementen leesen, zig de formulieren die in gebruik zijn eigen maken en voorts nauwkeurig letten op alle voorvallende zaeken, niet alleen waar in zij zelve dienen maar ook die van andere advocaten bedient worden.

§ 4. Wij hebben in Friesland niet veel boeken nog auchteuren die over de practijk geschreeven hebben. 1. Het derde boek van 's Landts Ordonnantie dient ons hier tot een rigtsnoer in de practijk. 2. De Heer Bouricius geeft ook [p.7] eenige handleiding in zijn tractaten de officio advocati, de officio judicis &c. pro captivo. 3. Dog de Heer Huber in zijn Hedendaagsche Regtsgeleertheit verdient ook hier de grootste lof en heeft zoo klaar en bondig over de practijk geschreeven dat men dit werk niet





kan missen. 4. Nog kan men hier bij voegen den auctor anonijmus van de konst der procureurs voor de nedergeregtten in 8vo en van de konst der notarien in 8vo.

§ 5. Tot deese classe kan men niet brengen de schrijvers over de hedendaagsche regtsgeleertheit, alsoo deselve niet de manier van regtsplegingen maar de regten leeren zooals die tegenswoordig in gebruik zijn, egter kan men deselve niet missen in opstellen van advisen, deductien en andere schriftuiren. Tot dit einde gebruikt men veeltijds de volgende boeken.

1. De 's Landts Ordonnantie met aantekeningen [p. 8] van Hamerster.
2. Het Recueil van verscheidene resolutien, placaten en reglementen gedrukt te Leeuwarden bij van Dessel 1733.
3. Verzameling van Placaaten zedert den 1. Juni 1748 tot den 4. Maart 1766. 2 Vol. 4to.
4. Joh. a Sande Decisiones Frisicae.
5. U. Huber, Praelectiones en Hedendaagsche Regtsgeleertheit, alsmede de Beginselen van de Friesche Regtkunde.
6. Gailii Observationes Practicae &c. Z. Huber, Observationes rerum judicatarum.
7. Hier zoude men kunnen bijvoegen Voet, Grotius, B. van Zutphen, S. van Leeuwen, alsmede de Hollandsche Consultatien, Advisen van Utrecht en meer andere, die in zommige gevallen van

veel dienst kunnen zijn voornamelijk de rationalia [van de heer Faber bij wien men een menigte] Rationes duoctandi en decidendi<sup>3</sup> kan [p. 9] vinden en daarvan gebruik maken.

8. Door dien men gewoon is veele onduitsche woorden in de practijk te gebruiken, zoo kan van veel dienst zijn, de woordentolk van de heer Timon Boeij in 4to. 1773. 's Hage.

§ 6. Dewijl nu alles de jonge advocaten in den eersten opslag zoo vreemd voorkomt, als of ze in een doolhof van verwarring koomen, zoo is het niet te verwonderen dat de practijk op de Accademie, daar men alleen een schaduw ziet van hetgeen ons in foro dagelijks onder het oog komt, ons nog veel duisterder en onverstaanbaarder moet toeschijnen. Om dese redenen, als mede omdat ik niet het oogmerk hebbe om oude en ervarene advocaten te onderwijlen, maar alleen om aan de jonge en in de practijk onbedrevene eenige handleidinge te geven om zig in 't vervolg zelve te kunnen [p. 10] redden en hun kennis tot een hoger trap van volmaaktheid te brengen, heb ik voorgenoomen de practijk op een eenvoudige en klare wijze te behandelen, en wel zoo als deselve voor de Accademi-sche instructie best geschikt is, om dus in een jaar de loop van een proces ten einde te brengen.

## Capittel I

### Van Advocaten

§ 1. Niemand mag voor den Hove van Friesland practiseeren tenzij daartoe alvorens is toegelaten als advocaat en respectieve procureurs, welke bedieningen in andere provincien van elkanderen gescheiden maar in deese geconjungeert zijn. 's Lands Ordonnantie boek 3, titel 4, art. 5. Huber, Friesche Regtkunde. L.5.C.9.N.8. [p. 11] Tot het ampt van advocaat wort vereischt dat hij de vereischte bequaamheit heeft, en dus tot meester in de regten gepromoveert. Ook wort vereischt dat een procureur den ouderdom van 17 jaeren geadimpleert heeft.

Die nu genegen is de practijk te exerceeren moet ten dien einde zig bij request adresseeren bij den Hove en daar bij overleggen de doctorale bul tot geblyk van zijn bequaamheit in de regten. Ook zoude men zijn competenten ouderdom moeten bewijsen dog dit wort hedendaags nagelaten, omdat deese supplianten gemeenlijks van die jaeren zijn, dat men met een opslag van een oog kan zien dat zij reeds zijn boven de 17 jaeren.

§ 2. Vermidts niemand voor den Hove van Friesland wort toegelaten als voor advocaat en procureur beide te zamen, [p. 12] daarom moet men zorgvuldig daarop in het request letten dat men versoeke om als advocaat en respectieve procureur te worden toegelaten. Indien men alleenlijk het eerste versogte, dan zoude het request zonder appointement wederom worden uitgegeven.

Het derde vereischte dat men in het request praesenteert den eed daartoe staande. Voorts is het de gewoonte dat de suppliant zelve dit request schrijft en tekent dog het is een noodzakelijk vereisch dat het tegelijk ondertekent wort door een advocaat die langer dan een jaar voor den Hove gepractiseert heeft.

### Formulier van dit Request

<sup>3</sup> De kopiist liet hier een steekje laten vallen. De tussen [ ] gezette woorden zijn aangevuld uit Hs 615, in welk handschrift dan weer het woord decidendi niet voorkomt. In plaats van duoctandi zal men wel moeten lezen dubitandi. Het bedoelde boek is vermoedelijk van Timaeus Faber (1578-1623), hoogleraar te Franeker 1606-1623: *Quaestionum illustrium sive annotationum selectarum, quibus varia juris civilis loca illustrantur aut emendantur, diatyposis* (Franeker 1609, verschillende latere edities).

Aan den Hove van Friesland

Vertoont UEd. Mog<sup>e</sup>. met schuldige [p. 13] eerbied Simon Cocq woonagtig tot Leeuwarden dat hij suppliant tot der beiden regten doctor gepromoveert zijnde volgens nevensgaande deploma wel genegen was de practijk voor UEd. Mog<sup>e</sup>. Hoge Rechtbank te exerceeren.

Weshalven de suppliant zeer gediensig versoekt dat hem als advocaat en respectieve procureur sulks mag worden toegelaten praesenteerende de suppliant den eed daartoe staande in handen van UEd.Mog<sup>e</sup>. te praesteren. A.D. [?] &<sup>tra = etcetera</sup>

Get. Simon Cocq

§ 3. Daarnaef geeft men het request aan de eerste deurwaarder om het zelve binnen te geeven en men doet gemeenlijks den eed nog in deselve vergadering. Ten dien einde gaat men met een mantel na de Cancelarije, omdat het stijli is dat de advocaten een mantel dragen [p. 14] wanneer zij op de rol koomen, of eenige comparitien bijwoonen, jae zelfs wanneer zij een heer uit den Raad in zijn qualiteit moeten spreeken.

§ 4. Naedat de suppliant den eed gedaan heeft in de volle Raad van den Hove wort op het request dit appointement gegeven:

Het Hoff admitteert Doctor Simon Cocq omme als advocaat en respectieve procureur voor den zelve Hove te mogen practiseeren, die ook om zulcks wel en getrouwelijk nae stijle van den zelve Hove te doen, den behoorlijken eed daar toe staande in handen van welgedachten Hove gepraesteert heeft. Actum d. &c.

Ter Ordonnantie van den Hove  
&<sup>tra = etcetera</sup>

Hiervoor geeft men gewoonlijk aan de secretaris een ducaton en aan de deurwaarder een daalder.

§ 5. Het spreekt van zelve dat de advocaten [p. 15] voor den Hove en dus voor het hoogste geregte geadmitteerd zijnde tegelijk voor alle andere geregten de practijk mogen exerceeren zonder daar toe admisse van de nedergeregten te vragen. Zie ook Hamerster in zijn verklaring over 's Landts Ordonnantie, Lib. 1, tit. 12, art. 7.

Het is het veiligst om alle captien voor te koomen dat men de eerste reis voor een nedergeregte komende zijn bul vertoone die geregistreerd is in matricula advocatore [lees: advocatorum] in de griffie van den Hove of wel het bovenstaande request en admisse tenzij hij alvorens binnen Leeuwarden hebbe een vaste woonplaatse of andersins domecilie citandi. Volgens 's Landts Ordonnantie boek 3, titel 4, artikel 2 gelijk ook door den Hove geoordeelt is den 8. Sept. 1762 tusschen E.S. de Roos cum sociis supplianten contra het geregte van Rauwerderhem rescribent. [p. 16] De supplianten hadden bij request te kennen gegeven, dat voor gemelde geregte geproclameert wierde de bij hun gekogte zathe en zulks in de grote vacantie strijdig tegens de practijk der nedergeregten die altijd de vacantien observeeren van den Hove en speciaal ook dit geregte, en versogten dus ordonnantie tegens dit geregte kost en schadeloos &<sup>e</sup>. Op dit request wierde gegeven het gewoone appointement, zij gesteld met status. Bij rescriptie zeide het geregte voor exceptie dat dit request ten eenemaal informeel was, vermidts gepraesenteert en ondertekent door een advocaat niet binnen Leeuwarden woonende nog domecilie citandi houdende strijdig met 's Landts Ordonnantie Liber 3, titel 4, artikel 2 en titel 9, art. 3. concludeerdende het geregte dat moeste worden geappointeert Nihil kost en schadeloos. Voorts [p. 17] ten principalen negerende de rescribenten dat het geregte van

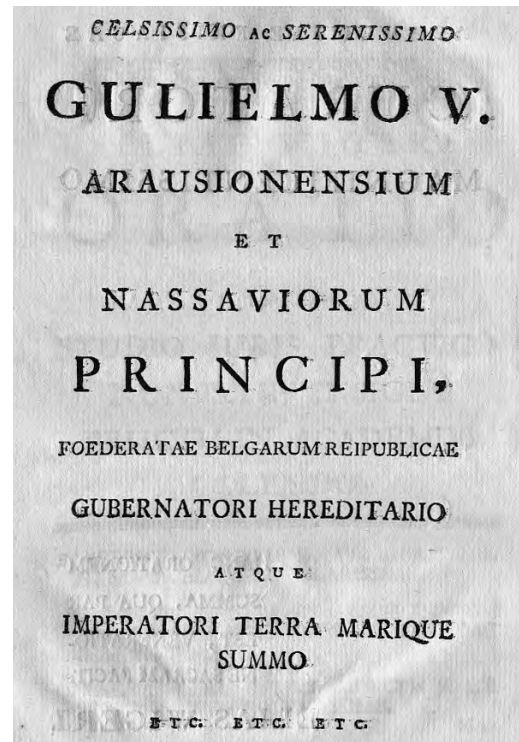
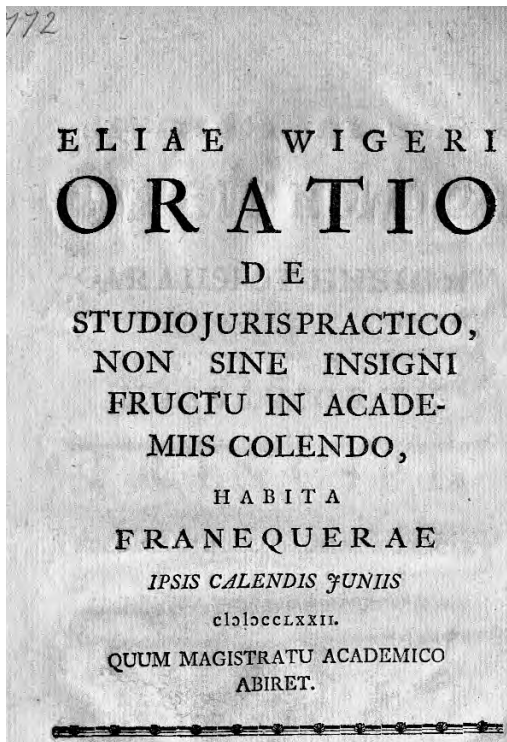
Rauwerderhem zig schikte nae de vacantien van den Hove, maar dat het geregte, als er proclamatie waren deselve altijd successivelijk lieten gaan zonder aanmerking van vacantien. Bij contra rescriptie wierde door partij geadviseerd dat hun advocaat niet te Leeuwarden woonende nog domicilie citandi verkooren hadde en oordeelende zulks onnodig. Egter deden het nu ten overvloede; voorts insisterende de supplianten hun gesege ontrent de gewoonte in Rauwerderhem. Partijen dus in feicten contrarieerende konde niet finaal gedisponeert worden tenzij het exceptioneel middel convincant geoordeelt wierde, gelijk destijds door het Hof gedaan is en gedisponeert. Het Hof op het exceptioneel [p. 18] middel<sup>4</sup> regt doende verklaart het versoek ten requeste onwettig gedaan en doet af de verleende status.

§ 5 [lees: 6]. De jonge advocaten mogen niet gedeurende het eerste jaar nae de dag hunner admessie eenige zaeken ofte comparitien alleen waarneemen zonder gesterkt te zijn met een ander advocaat. Ook moeten zij hunne requesten en schriftuiren laten teekenen door een advocaat die langer dan een jaar voor den Hove gepractiseert heeft. 's Landts Ordonnantie Lib. 3, tit. 4, art. 6.<sup>5</sup> Het welk alsoo verstandig gestatueerd is tot voorkominge van groote abuisen die tot nadeel van hunne cliënten dikwerf zouden begaan worden.

§ 6 [lees: 7]. Het zoude ons te lang ophouden [p. 19] zoo ik hier omstandig wilde beschrijven de pligt van een advocaat en zal alleen maar zeggen dat hij de geheele pleitsake moet waarneemen getrouwelijk, verstandelijk en zediglijk, waar over wij ons breder hebben uitgelaten op onse theoretische collegien en telkens bij alle gedeelten van de processen nader zullen handelen. Intusschen kan niet worden nagelaten de 's Landts Ordonnantie Lib. 3, tit. 4, en de heer Bouricius de officio advocati en Huber in de Friesche Regtkunde Lib. 5, c. 9. Ik zal alleen nog met een woord zeggen dat zij nooit met hunne cliënten eenige ongeoorlofde contracten moeten aangaan de quota litis en dat zij verplicht zijn alle arme persoonen aan wien regt om Godts wille vergunt wort vergeefs te patrocineeren. Zie 's Landts Ordonnantie Lib. 3., tit. 11 van Sportulen en Arme [p. 20] Mans regt. Voorts geen quade zaken aanneemen en voor het beginnen van de zaken goede en volkomen instructie nemen.

<sup>4</sup> Door een vergissing van de kopiist volgt in het handschrift opnieuw: convincant geoordeelt wierde gelijk destijds door het Hof gedaan is en gedisponeert. Het Hof op het exceptioneel middel

<sup>5</sup> Hieronder afgedrukt in noot 12 bij de vertaling van Wigeri's oratie.

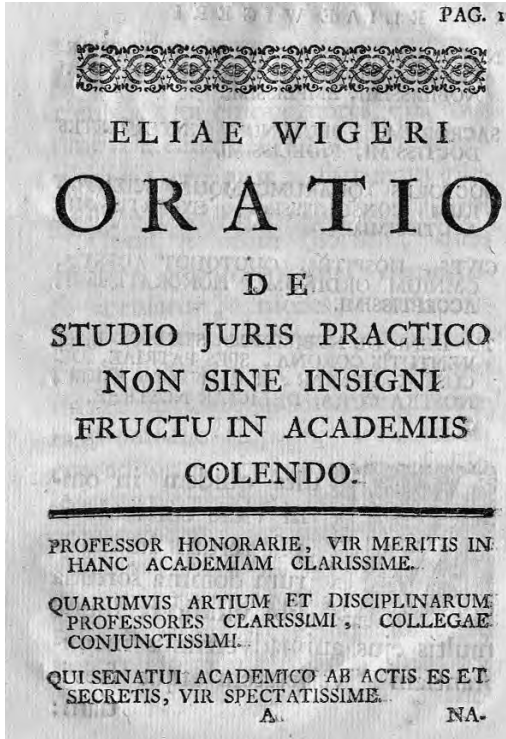


ELIAS WIGERI  
Over het niet genoeg te waardenen nut van de  
praktische studie van het recht  
aan de academie  
Rede  
gehouden te Franeker op 1 juni 1772  
bij het neerleggen van het  
rectoraat van de Academie  
Franeker  
Bij Willem Coulon, Drukker van de Illustere Staten  
van Friesland en van hun Academie, 1772

Aan Zijne Doorluchtigste Hoogheid  
Willem V, Prins van Oranje-Nassau,  
Erfstadhouder en kapitein- en admiraal-generaal  
van de Verenigde Republiek der Nederlanden  
etc.etc.etc.

Curator Magnificentissimus  
van de Friese Academie

wordt deze rede met de verschuldigde  
grote eerbied opgedragen door Elias Wigeri



Elias Wigeri

Rede

over het niet genoeg te waardenen nut  
van de praktische studie  
van het recht aan de academie

MIJNHEER DE HONORAIRE PROFESSOR, HOOGGELEERDE  
HEER MET UW VELE VERDIENSTEN JEGENS DEZE ACADEMIE

HOOGGELEERDE HEREN PROFESSOREN IN ALLE ONDER-  
SCHEIDENE VAKKEN EN DISCIPLINES, HOOGGEACHTE AMBT-  
GENOTEN

ZEER VOORTREFFELIJKE HEER SECRETARIS VAN DE ACADE-  
MISCHE SENAAAT



[2] HOOGWELGEBOREN HEREN VAN AANZIENLIJKE AFKOMST  
EN HOOGDELGESTRENGE HEREN BEKLEDERS VAN HOGE  
WAARDIGHEDEN IN DE STAAT

ZEER GELEERDE EN GETROUWE UITLEGGERS VAN DE HEI-  
LIGE SCHRIFTEN

ZEER KUNDIGE, ZEER ERVAREN EN ZEER SCHERPZINNIGE  
HEREN DOCTORES IN DE VERSCHILLENDE WETENSCHAPPEN

Gij, HOOGGEACHTE EN HOOGST WELKOME GASTEN, BUR-  
GERS EN ANDEREN, TOT WELKE STAND U OOK BEHOORT

EN TENSLOTTE GIJ, ZEER EDELE SCHARE STUDERENDE JON-  
GELINGEN, HOOP VAN HET VADERLAND, SIERAAD VAN DE  
ACADEMIE, BEMINDEN VAN UW OUDERS EN VOORWERPEN  
VAN ONZE ZORG EN GENEGENHEID

Het lijdt geen twijfel dat wij ons hele leven lang on-  
derworpen zijn aan de fortuin, de heerseres over de  
menselijke zaken, en dat wij in vele dingen van de  
fortuin onbestendigheid, wisselvalligheid en hard-

O R A T I O. 3

tiam: plura tamen, nec ea minora, homini a semet ipso imminent pericula, & sui cuique mores, quamvis omnia clementissimi Numinis providentia regantur, fortunam plerumque fingunt, atque conciliant.

Quod si enim illorum, quos fortuna mobilitate sua demersisse accusatur, mores, inclinationes atque actiones vitae acutissime indagare, atque attentamente spectare admittamur, omnem omnino culpam, non, ut facere adsolent, in fortunam, sed in ipsum plerumque hominem esse conjiciendam, nihil est, quod dubitare nos finit. Illud autem temporis momentum, quo juvenilis aetas in Academiis solet ad humanitatem informari, mihi vide-

A 2 de

4 ELIAE WIGERI

detur prae coeteris arduum, praecipue, & periculosum. Hac nondum satis firmata aetate, qua vigor virilis nondum est completus, qua lubricum est animi consilium, qua utile ab inutili distinguere, & justum rebus pretium statuere nescimus, eligendi tamen necessitas nobis inposita est genus vivendi, quod futura aequae praesentia, postrema non minus, quam prima & media vitae tempora, omnemque adeo vitam, ipsamque fortunam plerumque decedit. Neque hoc tantopere querendum videretur; parentes enim, cognati, vel quorum in potestate minores sint constituti, salutare possent pro eisdem consilium capere. Verum, A. A. H. H. ita natura com-

heid zien [3]. Maar het is ook waar dat de mens meer dan één gevaar, en niet de minste gevaren, door eigen toedoen op zich af ziet komen. En ofschoon alle dingen door de voorzienigheid van een goedertierende God geregeerd worden, geldt voor ieder mens dat gewoonlijk de eigen levenswandel de fortuna beïnvloedt en er zijn stempel op drukt.

Als wij immers de moeite nemen om het gedrag, de neigingen en het handelen van die mensen van wie wordt gezegd dat zij tengevolge van de veranderlijkheid van de fortuna in het verderf zijn gestort, indringend te onderzoeken en nauwlettend te bekijken, dan is het boven iedere twijfel verheven dat de schuld daarvan meestal in het geheel niet, zoals zij' plegen te doen, aan de fortuna te wijten is maar aan de persoon zelf. En juist de tijd waarin jongelieden aan de universiteiten tot ontwikkelde mensen plegen te worden

gevormd lijkt [4] mij in dit verband bij uitstek moeilijk, riskant en gevaarlijk. In deze levensfase zijn onze krachten nog niet geheel tot volle wasdom gekomen, is de levenskracht van de man nog niet volledig uitgegroeid, is ons oordeel nog wankel, weten wij het nuttige niet van het nutteloze te onderscheiden noch de juiste prijs voor de dingen vast te stellen. En toch zijn wij dan genoodzaakt een manier van leven te kiezen die goeddeels beslissend is voor onze toekomst net zo goed als voor het heden, voor het einde niet minder dan voor het begin en voor het midden van ons leven, beslissend dus voor het hele leven en voor onze eigen fortuna. Daar zouden we ons misschien niet druk over hoeven maken, want ouders, bloedverwanten of voogden kunnen immers voor de minderjarige een heilzame beslissing nemen.

Edoch, hooggeachte toehoorders, de natuur zit [5]

1 Namelijk: de onfortuinlijke slachtoffers zelf. – De hierna volgende noten zijn hieronder als eindnoten geplaatst op p. 128-129.

## O R A T I O. 5

comparatum est, nisi juvenes ipsi arduam, quae homines ad sapientiam perducit, viam ingrediantur, nisi a diverticulis diligentius sibi caveant, & indefesso labore eruditionis iter feliciter conficiant, diligentem nisi studiis operam navando, mentem sapientia, animum virtute ornent, & ad omnes casus sese paraverint; amplis licet splendidisque honoribus maectentur, fructum tamen uberrimum percipere, & novam, ad quam, feliciter an improvide dicam? pervenere dignitatem, ingenio, ut decet, augere nunquam valebunt.

Cogitanti vero mihi, quae tandem optima esset ratio juvenes, curae atque disciplinae nostrae commissos, legum doctrina inbuendi, ut

A 3 non

## 6 ELIAE WIGERI

non tantum adolescentiam alere, & ad omnes vitae status subsidia sibi parare, sed &, ut, exacto studiorum curriculo, cum aliqua dignitate vitae cursum tenere, locum, quem obtineant, honestissime tueri, atque humano generi prodesse possent; nulla commodior, nulla aptior, efficacior nulla est mihi visa, quam quae disciplinarum, quibus operam navant, amoenitatem, utilitatem juxta & necessitatem quotidie eorundem oculis subjiciat, eosdemque rebus ipsis & factis officii sui admoneat, convincat pariter atque impellat.

Hoc cum in primis studium juris practicum praestare videatur; hoc die, A. O. O. H. cujus solem-

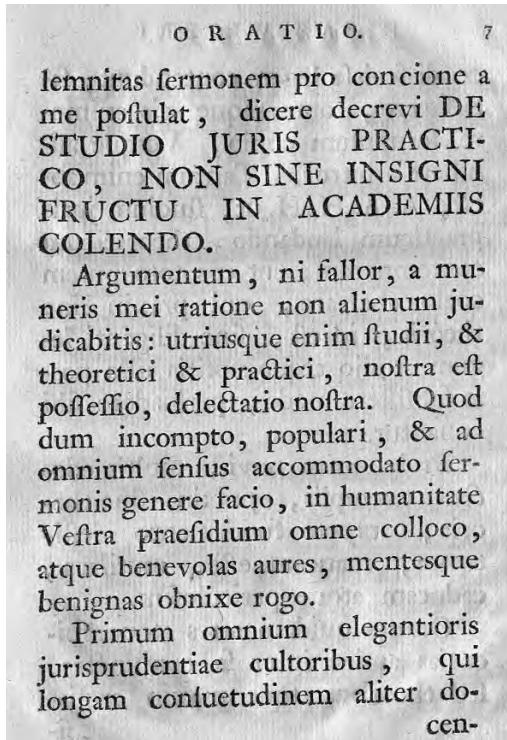
zo in elkaar dat jongelieden zelf de steile weg die de mens naar de wijsheid leidt moeten betreden, dat zij zich zelf zorgvuldig moeten wachten voor het inslaan van zijwegen, dat zij zelf door onvermoeide arbeid met succes de weg naar de geleerdheid moeten afleggen, dat zij door zich zorgvuldig toe te leggen op hun studies, de geest met wijsheid en de ziel met deugd moeten tooien en zich moeten voorbereiden op alle wisselvalligheden van het leven. Doen zij dit niet, dan zullen zij immers, ook al worden zij met hoge en schitterende ambten geëerd, nooit in staat zijn daarvan de rijkste vrucht te oogsten en de (moet ik hier van geluk of van onvoorzichtigheid spreken?) nieuw verworven waardigheid zoals het hoort met hun talenten luister bij te zetten.

Ik heb overdacht wat dan wel de beste manier was om de aan onze zorg en ons onderricht toevertrouwde jongelieden zo in te wijden in de kennis van

het recht dat [6] zij de tijd dat zij jong zijn niet alleen gebruiken om zich te ontwikkelen en zich voor alle situaties van het leven de nodige bagage te verschaffen maar dat zij na het afsluiten van hun studie hun leven ook waardig op koers kunnen houden, de functie welke zij bekleden op voortreffelijke wijze kunnen vervullen en het mensdom van nut kunnen zijn. Van de disciplines die zij bestuderen leek geen enkele mij toen geschikter, geen enkele passender, geen enkele effectiever dan die discipline die hun behalve haar aantrekkelijkheid en haar nut ook iedere dag haar onmisbaarheid demonstreert en die hen door de behandelde zaken en feiten herinnert aan hun taak, hun die taak tegelijk overtuigend toont en hen ervoor motiveert.

Omdat dit in het bijzonder eigen is aan de praktische studie van het recht, heb ik, hooggeachte toehoorders van welke stand U ook bent, besloten op

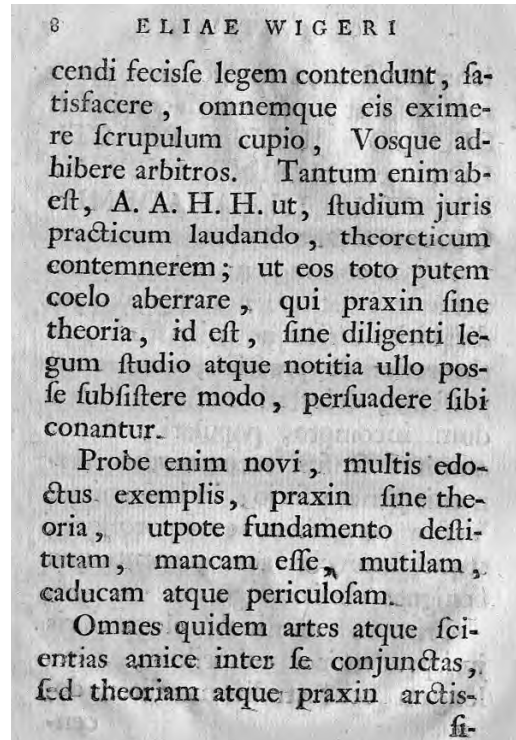




deze plechtige feestdag [7] waarop ik verplicht ben voor dit gehoor een redevoering te houden, te spreken Over het niet genoeg te waardenen nut van de praktische studie van het recht aan de academie.

Dit onderwerp zult U, als ik mij niet vergis, niet in strijd achten met de aard van mijn ambt: onze taak en onze wetenschappelijke belangstelling strekt zich immers uit tot beide takken van studie, de theoretische en de praktische. Wanneer ik mijn onderwerp hier met een eenvoudige, populaire en aan ieders begrip aangepaste manier van spreken behandel, doe ik een welgemeend beroep op Uw mildheid en vraag ik U dringend om welwillende oren en een mij welgezinde instelling.

Allereerst wil ik – en ik roep U daarbij aan als getuigen – de beoefenaren van de elegante rechtsgeleerdheid, die beweren dat een lange gewoonte om



het onderwijs op een andere manier in [8] te richten wet is geworden, gerust stellen en hun iedere bezorgdheid ontnemen. Het is niet mijn bedoeling, hooggeachte toehoorders, om door de praktische studie van het recht te prijzen de theoretische gering te schatten. Ik ben namelijk van mening dat diegenen volledig dwalen die tegen beter weten in staande houden dat praktijk zonder theorie, dat wil zeggen zonder nauwkeurige studie en kennis van de wetten, niet onbestaanbaar is.

Ik weet immers heel goed, en ik ken er vele voorbeelden van, dat de praktijk zonder de theorie, be-roofd als ze dan is van haar fundament, gehandicapt, verminkt, ten dode opgeschreven en gevaarlijk is.

Het is onze mening dat alle vakken en wetenschappen door vriendschapsbanden verbonden zijn maar dat tussen de theorie en de praktijk een zeer [9]

I N T H E O R A T I O N E 9

fimo, eoque indissolubili esse vinculo connexas, natura ipsa colligatas putamus.

Nimirum ars nostra in theoriam & praxin ipsa se dividit. Theoria nihil est aliud, quam legum notitia, sive scientia praeceptorum, quae, in communem omnium utilitatem lata, sunt ad occurrentes facti species applicanda. Praxis vero est facultas applicandi jura ad casus quotidie de novo emergentes. Ubi itaque theoreticus desinit, ibi incipit practicus. Quod si mihi nunc de naturali, qua continentur, cognatione esset dicendum, campus dicendi pateret amplissimus; sed non id agimus; hoc dico: Theoria & Praxis mutuis stant auxiliis; haec il-

B li-

10 ELIAE WIGERI

lius ope indiget, altera alteram sustentat, & conjunctae demum perfectum juris, cujus utraeque sunt partes, studium constituunt; ejusdem ut sit dementiae, hanc ab illa distrahere, & navem communem cum socio dividere. Praecipuam autem artis nostrae virtutem non in contemplatione, sed in actione, non in speculatione, sed in applicatione consistere, indeque non juris scientiam sed prudentiam dictam esse putamus. Veri itaque Icti nomen minime tuentur, qui nudae speculationis gratia jura addiscunt; artem enim nostram vere esse practicam, eandemque sine usu, sine exercitio, sine applicatione frigere putamus. Nec sunt quoque Icto-

rum

hechte, een onverbreekelijke band bestaat, omdat zij immers door de natuur zelf verenigd zijn.

Het is ontegenzeggelijk waar dat ons vak verdeeld is in theorie en praktijk. De theorie is niets anders dan kennis van de wetten ofwel de wetenschap van de regels die tot het algemeen nut van allen zijn uitgevaardigd en moeten worden toegepast op de verschillende kwesties die zich in de praktijk voordoen. De praktijk aan de andere kant is de vaardigheid om de rechtsregels toe te passen op de casus die iedere dag opnieuw opduiken. Waar de theoreticus ophoudt, daar begint dus de practicus. Zou ik nu echter moeten spreken over de natuurlijke verwantschap waardoor zij verbonden worden, dan zouden we een wel zeer breed onderwerp aansnijden. Maar dat zullen wij niet doen. Dit zeg ik: Theorie en Praktijk bestaan slechts door wederzijdse bijstand; de praktijk [10]

kan niet zonder de hulp van de theorie, zij ondersteunen elkaar en tezamen vormen zij pas echt de volledige studie van het recht waarvan zij de beide delen zijn. Het zou dus even dwaas zijn de laatste van de eerste te scheiden als het zou zijn een schip waarvan men samen met een vennoot eigenaar is in tweeën te delen. Wij zijn van mening dat het voornaamste kenmerk van ons vak niet bestaat in contemplatie maar in actie, niet in theoretisch onderzoek maar in toepassing, en dat ons vak dan ook niet rechtswetenschap maar rechtskunde moet worden genoemd. Op de naam een echte jurist te zijn kunnen stellig diegenen geen aanspraak maken die het recht alleen bestuderen ter verwerving van theoretische kennis. Wij zijn immers van mening dat ons vak in wezen een praktisch vak is en dat het zonder praktijk, zonder uitoefening, zonder toepassing levenloos is. Maar

O R A T I O. 11

rum numero adscribendi, qui juris peritia, adeoque necessariis interpretandi subsidiis destituti, cruda in forum studia propellunt, maximoque clientum damno audacia pro sapientia utuntur. Quamvis rabulae isti forenses magna voce clamare, varias conclusionum formulas numerare, microsque clientes, ex litibus lites trahendo, deglubere, & indoctum non nunquam judicem novis sciunt cavillationibus ludificari; saepius tamen tela ab adversariis petere, multa, quae ad vincendum valent, adversariis relinquere, atque turpissimam suam inperitiam profiteri omni die tenebuntur.

Quo omnem temeritatis atque arrogantiae suspensionem prorsus a

B. 2. me

evenmin zijn tot de juristen [11] te rekenen diegenen die, verstoken van kennis van het recht en derhalve van de noodzakelijke basis voor het vormen van een juridisch oordeel, zonder noemenswaardige studie de rechtszaal betreden en tot grote schade van hun cliënten roekeloos handelen in plaats van verstandig. Vaak spreken die praatjesmakende pleiters met luide stem, produceren zij de ene conclusie na de andere, plukken zij hun ongelukkige cliënten kaal door maar niet op te houden met procederen en soms weten zij met spitsvondigheden een ongeschoolde rechter om de tuin te leiden. Maar het kan niet anders of zij moeten bij herhaling hun wapens aan hun tegenstanders ontlenen, veel van wat voor het behalen van de overwinning van belang is aan hun tegenstanders laten en iedere dag weer hun schandelijke onkunde demonstrenen.

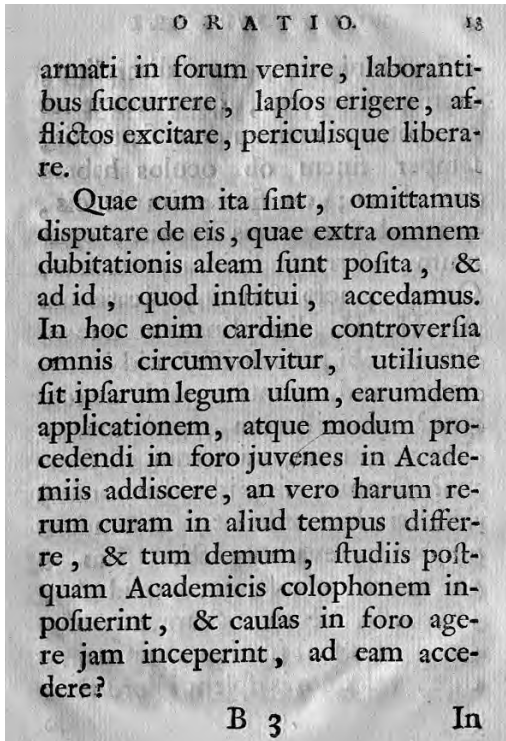
Om iedere verdenking van onbezonnenheid en

12 ELIAE WIGERI

me removeam, addo, quod & omnibus est perspicuum, nec cauae, quam defendendam suscepi, contrarium, studium juris theoreticum esse practico praemittendum. Quemadmodum enim prudentis est Imperatoris atque strenui, prius delectus agere, copias contrahere, com meatui prospicere, omnem omnino apparatus bellicum comparare, atque idoneum castris locum capere, quam castra movere, cum copiis exire, praeliisque cum hostibus contendere: ita quoque erit illorum, qui togatam militiam sequuntur, severa lege proficere, Ictorum chartis inpallefcere, optima quaeque colligere, & prius undique arma omni sibi modo praeparare; deinde ita instituti, docti,

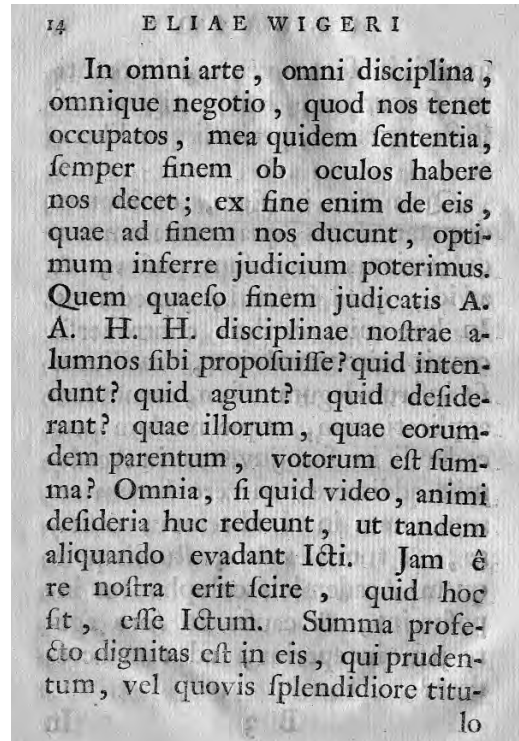
ar-

verwaandheid verre van [12] mij te houden voeg ik hier aan toe (iets wat ook zo wel aan een ieder duidelijk is, en wat niet in strijd is met de zaak waarvan ik de verdediging op mij heb genomen), dat theoretische studie van het recht moet voorafgaan aan de praktische. Een verstandig en krachtig Keizer laat eerst de geworven manschappen aanrukken, verzamelt de troepen, zorgt voor de bevoorrading, brengt alle oorlogstuig bijeen en slaat het legerkamp op op een geschikte plaats om daarna het kamp op te breken, met zijn troepen weg te trekken en slag te leveren met de vijand. Precies zo zullen ook diegenen die behoren tot de militia in toga eerst studie maken van de strengheid van de wet, de geschriften der juristen grondig bestuderen, het beste daarvan onthouden, met andere woorden zich eerst van alle kanten en op alle mogelijke manieren de wapens verschaffen. Aldus onderricht, geschoold [13] en toegerust zullen



zij pas daarna in de rechtszaal komen, om hen die in nood verkeren bij te staan, hen die gevallen zijn overeind te helpen, hen die neergeslagen zijn op te laten staan en hen van gevaren te bevrijden.

Laten wij, nu dit zo is, niet spreken over dat wat boven alle twijfel verheven is maar ons concentreren op het onderwerp dat ik gekozen heb. De hele kwestie draait immers om het volgende punt: is het nuttiger jonge mensen tijdens hun academische studie het praktisch hanteren van de bestudeerde wetten, de toepassing daarvan en de manier van procederen in de rechtszaal te leren? Of is het beter om de zorg voor deze zaken naar een andere tijd te verschuiven en daar pas dan mee te beginnen wanneer zij hun academische studie hebben afgesloten en al begonnen zijn zaken in de rechtszaal te behandelen?



[14] In ieder vak, in iedere discipline en in iedere activiteit die ons bezig houdt moet men naar mijn mening altijd het doel goed voor ogen houden. Uit het doel kunnen wij immers het best afleiden met welke middelen wij dat doel moeten bereiken. Wat is, vraag ik U, hooggeachte toehoorders, het doel dat de studenten in onze discipline voor ogen hebben? Wat streven zij na? Wat doen zij? Wat verlangen zij? Wat is hun hoogste wens, en wat is de wens van hun ouders? Al die verlangens komen als ik het goed zie hierop neer dat de student tenslotte te eniger tijd als jurist wil werken. In dat verband is het voor ons van belang te weten wat dat inhoudt: jurist zijn.

Het hoogste aanzien verwerven stellig diegenen die, toegerust met de titel 'deskundigen' (*prudentes*) of met welke aanzienlijke benaming dan ook [15], de

## O R A T I O, 15

Io ornati, humano generi provident. Magnifica laus & grata hominibus, vivere ad aliorum arbitrium, non ad suum. Gloria insignis ad posteros duratura, consilio, auxilio multis & opem & salutem ferre, omnibusque, quantum est situm in nobis, prodesse. Omne tamen Ictorum officium, quam late etiam patere videatur, ex proposito sine, tribus quod ajunt verbis, describere poterimus, scilicet: ut de jure consulti respondere, cavere, & causas agere possint.

Qui itaque aetatis suae florem litteris dedicarunt, jam inde ab adolescentia velim in id in primis incumbant, quod aliquando in usu sint habituri; addiscant, quod viris ad usum vitae commodissimum erit futu-

## 16 ELIAE WIGERI

turum; inque Academiis subsidia tam ad usum causarum forenses, quam ad delectationem & ornamentum sibi comparent.

Scio equidem fore, qui dicent: hic novas nundinatur merces, praxin cum theoria confundit, & contra omnium consuetudinem in Academiis Ictum forenses atque pragmaticum formare conatur.

Utroque semper studio, cum theoretico, tum practico, vehementer me esse delectatum, sed in utroque mediocriter me esse versatum confiteor. Non tamen ignoro, discreta esse haec studia, diversa utriusque esse stadia, danda utrique sua esse tempora, alias denique esse discendi, alias applicandi rationes in institutione nequaquam confundendas.

Eti-

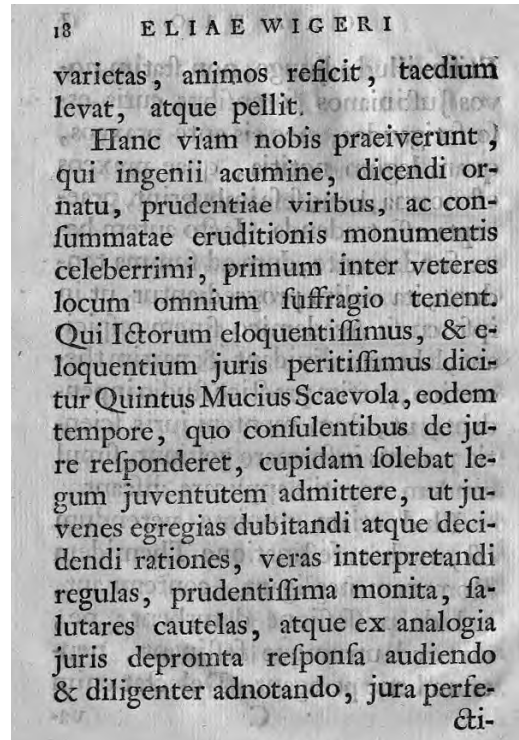
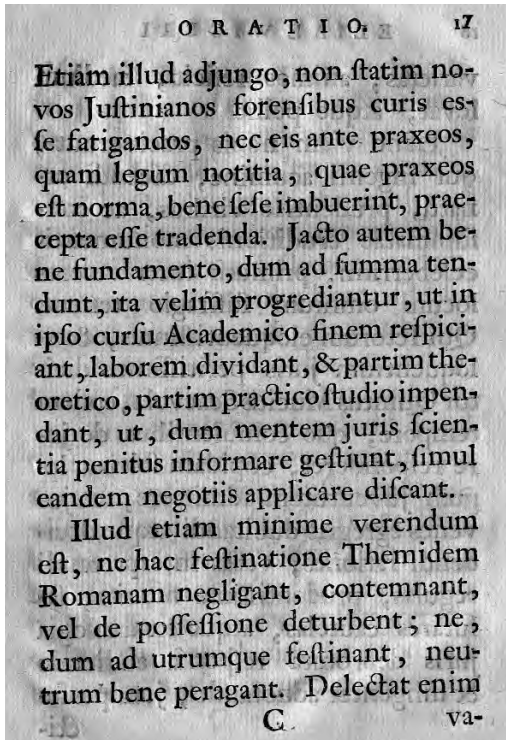
mensheid dienen. Eervol en de mensen aangenaam is de lof te leven naar het goeddunken van anderen en niet van zichzelf. En groot, tot het nageslacht durend, is de roem die ons ten deel valt, wanneer wij velen met raad en daad bijstaan en in nood redden, en, voorzover het binnen onze mogelijkheden ligt, allen van nut zijn. Alle bezigheden van de jurist, hoe ver die zich ook lijken uit te strekken, kunnen wij op grond van hun hoofddoel met een paar woorden beschrijven, namelijk dat juristen adviezen geven en rechtszaken behandelen.

Daarom zou ik graag willen dat degenen die de bloei van hun leven voor studie bestemmen zich reeds vanaf hun academische adolescentie<sup>1</sup> in de eerste plaats toelagen op datgene waar zij te zijner tijd in de praktijk behoefte aan zullen hebben. Ik zou willen dat zij datgene leren waarvan mannen in de praktijk van het leven het meeste profijt hebben [16] en dat zij zich tijdens hun academische studie zowel de vaar-

digheden eigen maken om in de gerechtelijke praktijk een zaak te behandelen als die welke nodig zijn voor tot plezier en tot opsmuk dienende studie.

Ik weet zeker dat er mensen zijn die zullen zeggen: die sjacheraar brengt nieuwe waar op de markt, hij vermengt de praktijk met de theorie en tegen aller gewoonte in probeert hij aan de universiteit een op het behandelen van rechtszaken afgerichte jurist op te leiden.

Ik verklaar naar waarheid dat ik beide takken van studie, zowel de theoretische als de praktische, altijd met veel plezier beoefend heb en dat ik in beide niet meer en niet minder dan gemiddeld thuis ben. Maar ik weet heel goed dat deze beide takken van studie onderscheiden zijn, dat de wegen van beide in verschillende richtingen gaan, dat men elk van beide op de daarvoor geschikte tijd moet beoefenen, en tenslotte dat leren en toepassen heel verschillende dingen zijn, die men in het onderricht volstrekt niet moet vermengen. [17] Ook dit voeg ik hier nog aan

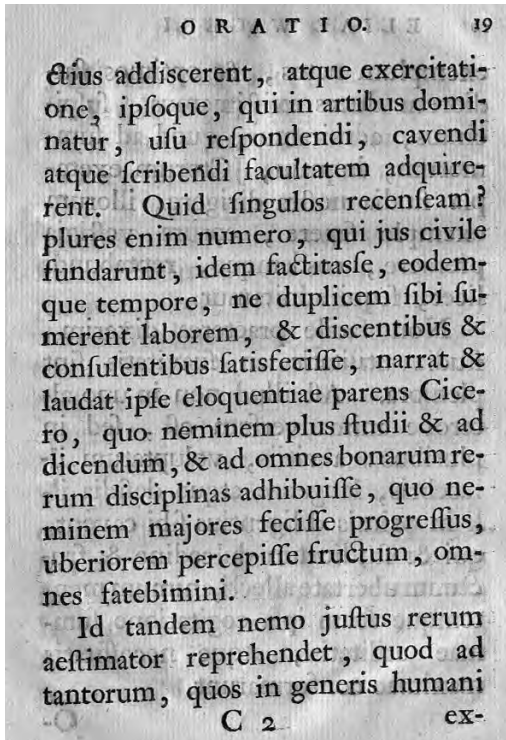


toe, dat de nieuwe Justinianussen<sup>2</sup> niet terstond met gerechtelijke zorgen vermoeid moeten worden en dat hun de regels van de praktijk niet eerder geleerd moeten worden dan nadat zij zich goed vertrouwd hebben gemaakt met de wetten, het richtsnoer van de praktijk. Maar is eenmaal een goed fundament gelegd, dan zou ik willen dat zij op de weg naar het afstuderen zó verder gaan dat zij reeds tijdens hun academische studie rekening houden met het doel van die studie. Laten zij hun inspanningen verdelen en hen deels aan theoretische, deels aan praktische studie besteden, zodat zij, wanneer zij streven naar een grondige scholing in het recht, tegelijkertijd leren die kennis toe te passen op het dagelijks leven.

En dan nog iets. Men behoeft helemaal niet bang te zijn dat de studenten door deze haast de Romeinse Themis<sup>3</sup> zullen verwaarlozen, minachten of van haar bezittingen verdrijven; en evenmin dat zij, terwijl zij zich naar beide studies haasten, geen van beide goed tot een einde brengen. Afwisseling [18] doet ons im-

mers goed. Ze verkwikt de geest en voorkomt en verjaagt de verveling.

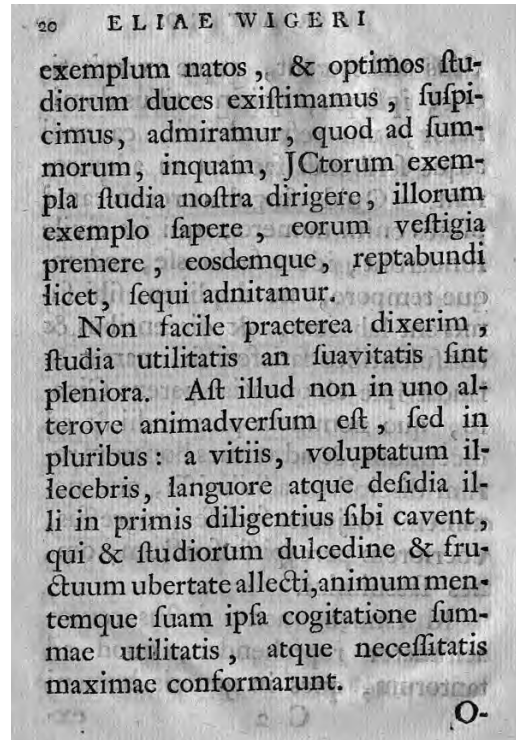
Op de door mij gewezen weg gingen ons mannen voor die beroemd waren door scherpte van geest, door oratorisch talent, door grote wijsheid en door geschriften van immense geleerdheid, mannen die naar ieders oordeel de eerste plaats innemen onder de ouden.<sup>4</sup> Quintus Mucius Scaevola,<sup>5</sup> die onder de juristen de grootste redenaar en onder de redenaars de grootste kenner van het recht wordt genoemd, placht wanneer hij juridische adviezen gaf daarbij jongelieden die zich bekwaamden in het recht toe te laten. Zo konden die jonge mannen kennis nemen en aantekening maken van de beste argumenten bij het overwegen en het beslissen van een zaak, van de ware regels van het interpreteren, van zeer verstandige vermaningen, van heilzame zekerheidstellingen, en van op analogische toepassing van het recht gebaseerde adviezen. Zo konden zij de rechtsregels [19] beter le-



ren, en door oefening, en vooral ook door praktijkver-  
varing die bij deze activiteiten van het grootste belang  
is, vaardigheid verwerven in het geven van adviezen (over  
het toepasselijke recht en over het veilig stellen van  
rechtsposities) en in het opstellen van documenten.

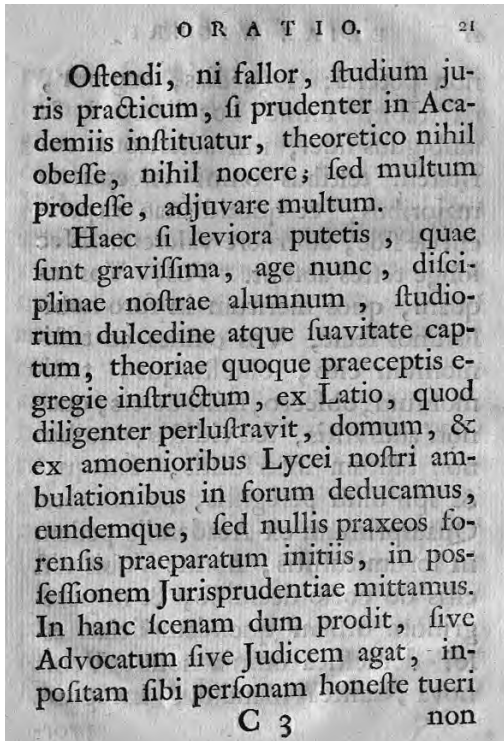
Heeft het enige zin de afzonderlijke juristen hier de  
revue te laten passeren? De meeste grondleggers van  
het Romeinse recht<sup>6</sup> hebben immers hetzelfde ge-  
daan en, om geen dubbel werk te verrichten, tegelijk  
studenten en cliënten geholpen. Aldus wordt ver-  
haald en met instemming gememoreerd door Cice-  
ro, de vader van de welsprekendheid en een autori-  
teit:<sup>7</sup> niemand heeft – U zult het allen erkennen –  
meer studie gemaakt van het spreken en van alle we-  
tenschappelijke disciplines, niemand is daarin ver-  
der gekomen, niemand heeft daarbij rijkere vrucht  
geogst dan hij.

Dat wij het voorbeeld volgen van grote mannen,  
van mannen die wij beschouwen, vereren en bewon-



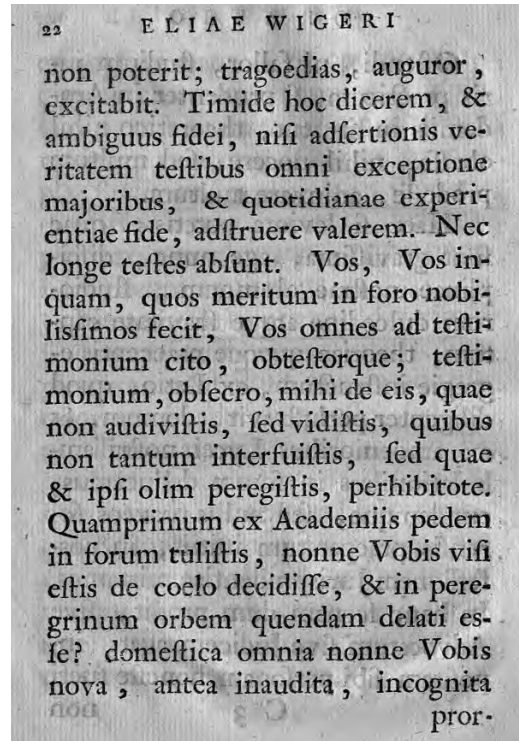
deren als [20] geboren tot voorbeeld van het mense-  
lijk geslacht en als voortreffelijke gidsen bij onze stu-  
dies, dat is iets (en daarmee wil ik besluiten) dat geen  
rechtvaardig beoordelaar van de zaken zal afkeuren.  
Wij proberen – zeg ik – naar het voorbeeld van de  
grootste juristen onze studies in te richten, naar hun  
voorbeeld ons verstand te gebruiken, hun voetstap-  
pen te drukken en hen, al is het maar kruipend, na te  
volgen.

En verder: ik zou niet gemakkelijk kunnen zeggen  
of het nut van de studiën het grootst is of het geno-  
gen. Maar dit is niet bij de een of bij de ander maar bij  
meer mensen opgemerkt: voor ondeugden, voor ver-  
lokkingen van de wellust, voor passiviteit en voor  
nietsdoen hoeden vooral diegenen zich zorgvuldiger  
die, zowel door de zoetheid der studiën als door de  
oervloed aan vruchten aangetrokken, hun geest en  
verstand hebben geschoold juist door te denken aan  
het hoogste nut en aan wat het meest noodzakelijk is.



[21] Ik heb, als ik mij niet vergis, getoond dat de praktische studie van het recht, als die aan de universiteiten verstandig wordt aangepakt, de theoretische studie niet hindert en niet schaadt, maar haar zeer tot voordeel is en haar veel helpt.

Maar als we er nu eens van uitgaan dat U al deze dingen, welke zeer belangrijk zijn, van gering gewicht acht, vooruit laten wij dan de aankomende jurist die door de bekoring en de aantrekkingskracht van de studiën gegrepen is, die ook de regels van de theorie uitstekend heeft leren kennen, uit Latium, dat hij nauwkeurig heeft onderzocht, naar huis, en uit de bekoorlijker galerijen van ons Lyceum naar de rechtszaal geleiden,<sup>8</sup> en hem, zonder dat hij ook maar enigszins is ingewijd in de beginselen van de praktijk, in het bezit van de rechtsgeleerdheid stellen. Wanneer hij op dit toneel verschijnt, dan zal hij, of hij nu de rol van advocaat of van rechter speelt, de rol die hij op zich heeft genomen niet behoorlijk kunnen



vervullen [22]. Hij zal, zo voorspel ik, groot spektakel verwekken.

Ik zou dit met de nodige schroom en twijfel zeggen als ik niet in staat was de juistheid van deze bewering te staven met getuigen die boven alle verdenking verheven zijn en met een beroep op de ervaring van alle dag. En die getuigen zijn niet ver weg. U, U zeg ik, die aanzien in de rechtszaal hebt gekregen door Uw verdiensten,<sup>9</sup> U allen roep ik op en bezweer ik om te getuigen. Vertel mij, smee ik U, van dingen die U niet slechts hebt gehoord maar die U zelf hebt gezien, waarbij U niet slechts aanwezig bent geweest maar die U ook zelf in het verleden hebt gedaan. Had U, toen U van de universiteit naar de rechtszaal ging, niet het gevoel uit de hemel naar beneden te zijn gevallen en in een bijna vreemde wereld terecht te zijn gekomen? Waren alle regels van het huis immers niet nieuw voor U? Waren het geen regels waarvan U te voren nooit had gehoord en die U totaal [23] onbe-



O R A T I O. 23

prorsus fuere? in media patria, ubi nati, ubi educati, nonne peregrinabimini? In omni, ut ut levi causa, fat scio, ipsi fatebimini, Vobis aqua plerumque haerebat, & quaelibet nova, quae ad Vos deferrebat, causa novam quoque animi sollicitudinem adferebat. Has animi anxietates, uti praeteritorum, quibus liberati sumus, periculorum grata solet esse memoria, laeta recordatio, haec juvenilia errata solent nobis seniores, jam longo usu atque experientia edocti, non sine jucunditate animi crebris libentes sermonibus referre. Non lubet odiosa exempla in medium proferre, ne quis hunc in suam contumeliam sermonem comparatum suspicetur. Notissima narro & explo-

24 ELIAE WIGERI

plorata. Rudis atque inexercitatus tiro de re minima interrogatus, si sit modestus, non raro filebit piscis instar, nullumque verbum proferre poterit; si homo confidens, respondebit interdum tam inepte, ut prudentioribus pragmaticis praebuerit sese ridendum. Jam suffusus pudore clanculum, opinor, tristis se subducet, & dum consultor ostia pulsat, corda pulsat pavor; tenuitatis suae sibi conscius consultorem, si poterit, fugiet. Quod si vero fiduciam studiorum suorum habeat, & causam, ut tandem aliquando etiam falcem in segetem immittat, defendendam suscipiat, oppositos sibi veteranos, in aliis causis exercitatos, in similibus multum & saepe versatos, veretur, & non medio-

cri-

kend waren? Had U niet het gevoel een vreemdeling te zijn in het land waar U geboren en getogen bent? In iedere zaak, hoe eenvoudig ook – het is mij voldoende bekend, en U zult het zelf ook erkennen – kwam je gewoonlijk vast te zitten, en iedere nieuwe zaak die aan je werd voorgelegd bracht je ook nieuwe zorgen. Over deze angsten, over de fouten uit hun jeugd plegen de ouderen die door lange praktijkervaring de kneepjes van het vak al kennen, ons graag en veelvuldig op gemakkelijke verhalen te vergasten. Wij plegen immers opgelucht terug te denken aan voorbije gevaren waarvan wij bevrijd zijn en er dan vrolijke herinneringen aan op te halen.

Om te voorkomen dat iemand gaat denken dat deze toespraak ten doel heeft hem te schande te zetten zal ik hier geen pijnlijke voorbeelden ter sprake brengen. Ik heb het over dingen die algemeen bekend zijn en [24] vaststaan. Ondervraagd over een

punt van weinig belang zal een onervaren en nog ongeofende beginnening, als hij een ingetogen man is, niet zelden zwijgen als een oester en geen woord kunnen zeggen. Is hij een man vol zelfvertrouwen, dan zal hij soms zo'n dwaas antwoord geven dat hij de lachlust van de meer ervaren practici opwekt. Bevangen door schaamte, zal hij dan – denk ik – aangeslagen als hij is stiekem het veld ruimen, en wanneer een cliënt op zijn deur klopt, slaat hem de angst om het hart. Zich bewust van zijn zwakke vermogens zal hij zo mogelijk die cliënt ontvluchten. Als hij daarentegen vertrouwt op zijn studie en, om eindelijk eens de zeis in het koren te slaan, de verdediging van de zaak op zich neemt, dan vreest hij tegenover zich veteranen met een grote praktijkervaring die veel en vaak soortgelijke zaken behandeld hebben. Dan wordt hij bang, [25] en niet een beetje ook. Onzeker

## O R A T I O. 25

critèr pertimescit. Incertus, quo modo incipiendum, quo tandem modo progrediendum, plus sibi oneris imposuisse, quam ferre se posse, fero, plus fero intelligit. Jam timet, ne causa cadat, ne famam perdat, ne miseros clientes vivere in paupertate cogat; & gravis ei sollicitudo, quasi saxum Tantalò, semper impendet, anxiumque turbat atque urget. Conditionem suam saepius conqueritur longe duriorè illa juniorum medicorum, quorum errores tumulus tegit, benefacta sol illustrat. Novitate itaque rei perturbatus, dubius, anxius, undique arma petit, quae ante, si quid video, quam in forum eas, sunt praeparanda semper, ut eis, cum res poscet, utaris. Dicam, Auditores!

D

res!

## 26 ELIAE WIGERI

res! & libere dicam, quae sentio: illud maxime ridiculum, & plenum periculosaè opus aleae mihi videtur, adfectare, quod non valeamus; praxin ante in foro exercere, quam causas agere sciamus; ibique, quod plerique hactenus fecerunt, in aliorum pecunia addiscere, quorum peritiam stulte prae nobis ferimus, multum audere, parum sapere, nihil praevidere.

Quod si Vos mea nondum moveat oratio, movebunt prudentium suffragia, veterum atque recentiorum judicia, & maxima legum auctoritas. Romanos in exemplum ponamus, quorum prudentiam in constituenda atque regenda civitate, in primis in promovenda civium salute admiramur, suspicimus; quo-

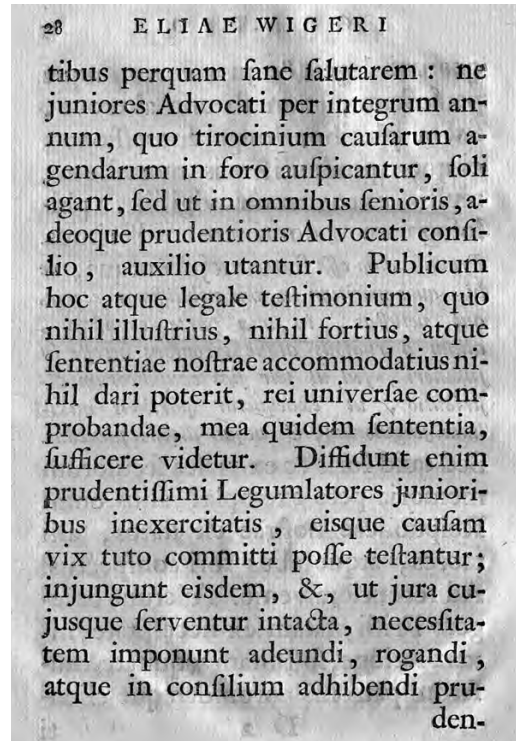
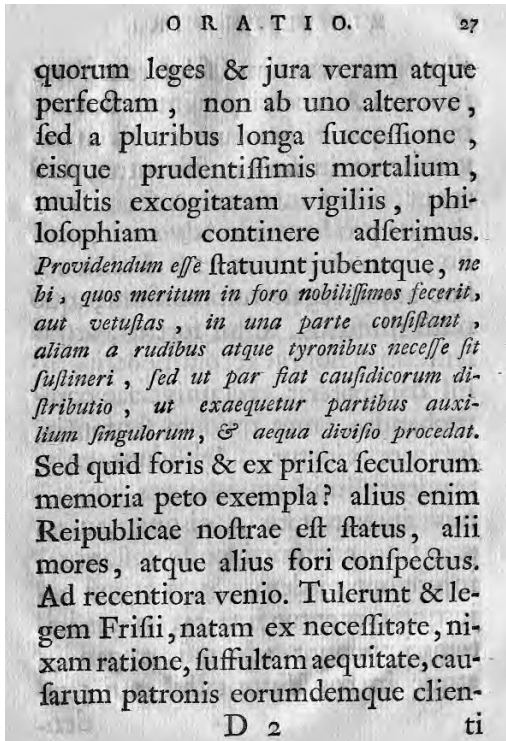
quo-

hoe te beginnen en hoe in vredesnaam door te gaan begrijpt hij te laat, veel te laat, dat hij een last op zich heeft genomen die groter is dan hij kan dragen. Nu vreest hij dat hij de zaak verliest, dat het gedaan is met zijn reputatie, en dat hij zijn ongelukkige cliënten verdoemt tot een leven in armoë. En zoals boven het hoofd van Tantalus de steen,<sup>10</sup> zo hangt boven zijn hoofd altijd een zware zorg, die hem onrustig en angstig maakt en hem benauwt. Meer dan eens klaagt hij dat zijn positie veel moeilijker is dan die van beginnende medici, wier fouten worden bedekt door het graf en over wier successen de zon schijnt. Van zijn stuk gebracht door al die nieuwe dingen, onzeker, bezorgd, haalt hij van alle kanten de wapens die er, als ik het goed zie, altijd al moeten zijn vóór men naar de rechtszaal gaat, zodat men ze kan gebruiken als dat nodig is.

Laat ik zeggen, toehoorders, [26] en laat ik dan

ook vrijuit zeggen, wat ik hiervan denk: ik acht het in hoge mate belachelijk, gevaarlijk en riskant om taken op ons te nemen die wij niet goed kunnen vervullen, om in de rechtszaal de praktijk uit te oefenen voor wij weten hoe men rechtszaken moet voeren, en om daar, zoals tot dusverre de meesten hebben gedaan, op andermans kosten dingen te leren, waarvan wij zo dwaas zijn te doen alsof wij ze al kunnen, kortom: om daar [in de rechtszaal] veel te wagen, met weinig verstand op te treden, en niets te zien aankomen.

Voor het geval mijn rede nog onvoldoende indruk op U heeft gemaakt, zullen stemmen van rechtsgeleerden, oordelen uit de oudheid en uit jongere tijden, en vooral het gezag van de wetten dat wel doen. Neem bijvoorbeeld de Romeinen, wier bekwaamheid in het organiseren en regeren van de samenleving, in het bijzonder in het bevorderen van het welzijn van de burgers, wij bewonderen en vereren. [27] Hun



wetten en rechtsregels bevatten naar ons oordeel de ware en volmaakte filosofie, een filosofie die niet door de een of door een ander is uitgedacht maar die in vele doorwaakte nachten is uitgedacht door een lange rij mensen, en wel door de verstandigsten onder de stervelingen. Er moet voor gezorgd worden, stellen en bevelen zij, dat zij die door verdiensten of ouderdom aanzien in de rechtszaal hebben gekregen niet aan één kant gaan staan, zodat de andere kant moet worden verdedigd door onervaren beginnelingen ... maar dat de pleiters evenwichtig worden verdeeld, opdat beide partijen dezelfde steun van hen krijgen en een eerlijke verdeling plaatsvindt.<sup>11</sup>

Maar waarom zou ik mijn voorbeelden van elders halen en waarom putten uit de herinnering aan vroeger eeuwen? De verhoudingen in onze staat, onze manier van leven, en de aanblik van de rechtszaal – alles is anders. Ik kom tot het recentere verleden. Ook de Friezen hebben een wet uitgevaardigd, die geboren is uit noodzaak, die zijn grondslag vindt in

de rede en zijn steun in de billijkheid, en die voor de pleitbezorgers en hun cliënten [28] stellig zeer heilzaam is. Daarin wordt bepaald dat jongere advocaten gedurende het hele eerste jaar dat zij beginnen met het behandelen van zaken in de rechtszaal niet in hun eentje mogen handelen en niets mogen doen zonder het advies en de hulp van een oudere en dus meer ervaren advocaat.<sup>12</sup> Een argument dat nog overtuigender, nog krachtiger en nog meer in overeenstemming met onze mening is zal er wel niet bestaan. Dit publieke en wettelijke getuigenis schijnt mij dan ook voldoende om de zaak volledig te bewijzen. De meest verstandige wetgevers immers hebben weinig vertrouwen in onervaren jongelingen en menen klaarblijkelijk dat aan hen nauwelijks veilig een zaak kan worden toevertrouwd. Zij verplichten hen, en opdat niemands rechten in gevaar komen, dwingen zij hen zich te wenden tot, en raad en advies te vragen aan meer ervaren [29] mannen, die dan hun schrifturen

## O R A T I O. 29

dentiores, qui illorum libellos inspiciant, legant, examinent, corrigant.

Sed ut, hoc omisso, in Academiis revertamur; qui potest dubitari, quin ex praxeos judicialis in Academiis tractatione utilitas major redundet? In Academiis, nisi me omnia fallant, ita sunt juvenes instituenti, atque, si fieri possit, formandi, non, uti plerique sint vel fuerint, sed ut, sive Advocatum, sive judicem agant, sint consummati undique, qui turbæ atque multitudini sese eximere, atque eo ipso, quo ad causas agendas vel dijudicandas accedunt, tempore litterarum, & antiquitatum, theoriæ juris & praxeos bene periti, causas fortiter agere atque suum cuique tribuere valent. Non

D 3 enim

moeten bekijken, lezen, onderzoeken en corrigeren.

Om dit punt nu te laten voor wat het is en terug te keren tot de universiteiten: wie kan er aan twifelen dat aan het behandelen van de praktijk van de rechtspraak aan de universiteit grote voordelen verbonden zijn? Op de universiteit moet men, als ik me niet helemaal vergis, de jonge mannen zo onderwijzen, en – als het even kan – ertoe brengen, dat zij niet gewoon doen wat de meerderheid doet of heeft gedaan. Of zij nu advocaat of rechter worden, het moet hun duidelijk worden dat diegenen in ieder opzicht volmaakt zijn, die in staat zijn zich te onttrekken aan de grote massa. Juist doordat zij zich ten tijde van hun studie, ook van het antieke recht, voorbereiden op het procederen over of het beslissen van rechtszaken zijn zij – goed thuis als ze zijn in de theorie en de praktijk van het recht – in staat bekwaam rechtszaken te behandelen en een ieder het zijne toe te delen. Zij [30] vervullen immers niet de rol van raadpleger, maar die van

## 30 ELIAE WIGERI

enim consultoris, sed Advocati, non clientis, sed Patroni, non arrogantiae atque vanitatis, sed Icti atque iustitiæ sacerdotis personam agunt. Non itaque in foro demum discere, sed docti in forum venire; non alios, sed aliis consulere; non arma ab aliis petere, sed aliorum tela retundere, perituris succurrere, atque laborantium spem, vitam & posteros defendere ingenii & eloquii viribus tenentur. Haec autem ars est longe difficilior, quam primo obtuitu videtur, nec sine improbo labore, assiduo studio, longo usu, atque varia exercitatione addiscitur, quia modus nostræ tuendi atque recuperandi per infinitas adversariorum strophas, longos circuitus, nec non exceptiones dila-

to-

advocaat, niet die van cliënt maar die van patroon. Bij hen geen vertoon van hoogmoed en van domheid: zij tonen zich jurist en priester van de rechtsbedeling. Zij weten zich verplicht om niet pas in de rechtszaal het procederen te leren maar om geschoold in de rechtszaal te verschijnen, om niet om advies te vragen maar om advies te geven, om geen wapenen bij anderen te zoeken maar andermans pijlen af te weren, om hen die er slecht voorstaan te hulp te komen, en om met al hun verstandelijke en oratorische gaven de hoop, het leven en het nageslacht van mensen die in nood verkeren te verdedigen.

De vaardigheid nu om een proces te voeren is veel moeilijker dan zij op het eerste gezicht lijkt, en zij wordt niet zonder rusteloze arbeid, aanhoudende studie, langdurige praktijk en velerlei oefening aangeleerd. Onze manier van verdedigen en heroveren wordt immers gewoonlijk door eindeloze trucs van onze tegenstanders, door lange omwegen, en vooral

O R A T I O. 31

torias peremptoriasque inefficax non raro, intricatior plerumque, semper autem reddi solet molestior. Quemadmodum jam milites quotidie cursu, atque fictis inter se praeliorum imaginibus dimicant, & quaecunque in expeditione bellica, in acie, obsidionibusque evenire, vel usui esse possunt, omnia in pace omni exercitii genere accuratius addiscunt; ita quoque juvenes, qui ad capiendum ingenii cultum in Academiis mittuntur, haec sibi subsidia, dicendi in primis scribendique facultatem jam inde ab adolescentia assiduo velim exercitio adquirant; ne auxilium, quod in publicum pollicentur, in praesentissimis quibusque periculis atque subitit necessitatibus turpiter desit. Sed

ook door dilatoire [31] en preëmptoire excepties, niet zelden krachteloos, maar meestal vrij ingewikkeld, en altijd tamelijk lastig gemaakt. Soldaten doen dagelijks aan looptraining, leveren in gefingeerde gevechten strijd, en leren in tijd van vrede door allerlei vormen van exercitie precies wat in een oorlogsexpeditie, in een slaglinie, en in belegeringen allemaal kan gebeuren of wat in die situaties van nut kan zijn. Evenzo moeten, als ik het voor zeggen heb, ook de jongelui die ter wille van hun intellectuele vorming naar de universiteit gestuurd worden zich reeds vanaf hun academische adolescentie<sup>13</sup> met aanhoudende oefening de eerder genoemde bekwaamheden eigen maken, in de eerste plaats de vaardigheid in het spreken en het schrijven. Wij zullen dan niet de schande beleven dat de hulp die zij publiekelijk beloven er in tijden dat de nood het hoogst is, in feite niet blijkt te zijn.

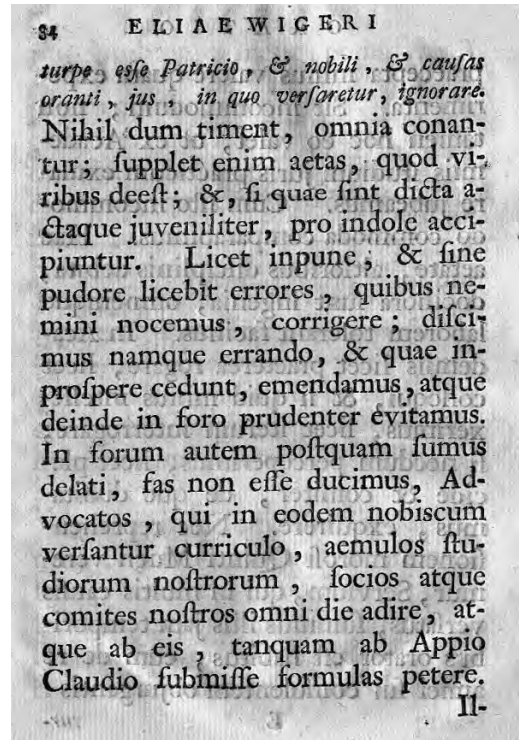
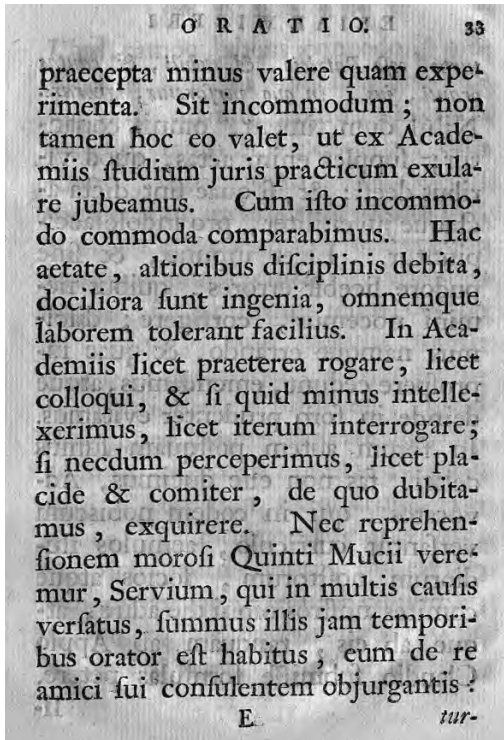
32 ELIAE WIGERI

Sed audire mihi videor obstrepentes nonnullorum voces, qui negant, praxin in Academiis recte tractari. Theoriam, ajunt, in Academiis, praxin vero, ipso Justiniano judice, in foro, quotidiano judiciorum usu perfectius addisci, & in ipsis rerum documentis apertius apparere. Praecepta, quae in Scholis unice traduntur, nihil quidquam valere; nihil enim optimum esse rerum magistrum, & omnium magistrorum praecepta longe exsuperare.

Quasi vero solennes sint legis actiones, & jam in Pragmaticorum mufaeis, uti olim in Pontificum penetralibus, repositae. Non est tamen dissimulandum, in his quoque, uti in aliis omnibus fere obtinet, praec-

[32] Maar ik heb het gevoel dat ik proteststemmen hoor van enkele mensen die ontkennen dat de universiteit de juiste plaats is om de praktijk te behandelen. De theorie, zeggen zij, kan men het best tijdens de academische studie leren, de praktijk echter, juist ook naar het oordeel van Justinianus, het best in de rechtszaal en in de dagelijkse praktijk van de rechtspraak, want de praktijk is het duidelijkst te kennen uit wat de zaken zelf ons tonen. Regels die uitsluitend in het onderwijs behandeld worden zijn naar hun zeggen helemaal niets waard: de praktijk is immers de beste leermeesteres voor wat er in de wereld gebeurt en ze overtreft verre het belang van de regels van alle meesters.

Dergelijke regels zijn veeleer een soort formalistische wetsacties en allang opgeborgen in de bibliotheken van de praktijkjuristen, zoals oudtijds in het geheime archief van de Romeinse priesters.<sup>14</sup> En het valt toch evenmin te ontkennen dat ook op dit terrein, zoals bij bijna alle dingen het geval is, [33] re-

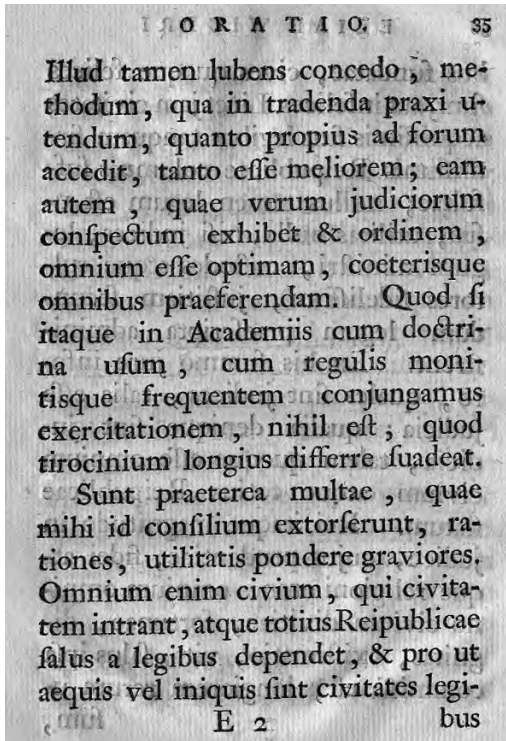


gels minder waard zijn dan ervaring. Dat is inderdaad een juist tegenargument. Maar daaruit volgt nog niet dat wij de praktische studie van het recht van de universiteit zouden willen verbannen.

Laten wij de voordelen ervan eens tegenover dit argument stellen. In de levensfase die bestemd is om de hogere disciplines te bestuderen zijn de geesten ontvankelijker en verdragen zij alle inspanningen gemakkelijker. Bovendien: aan de universiteit mag men vragen stellen en mag men discussiëren. Als wij iets niet helemaal goed begrepen hebben, mogen we nog eens vragen. En als we het dan nog niet hebben gevat, mogen we rustig en zonder dat ons dat kwalijk wordt genomen verder vragen over datgene waarover we twifelen. Wij hoeven niet te vrezen voor het verwijt dat de knorrige Quintus Mucius maakte aan Servius (een man die vele rechtszaken behandeld had en die destijds werd beschouwd als de grootste pleiter). Toen Servius hem om advies vroeg over de zaak van

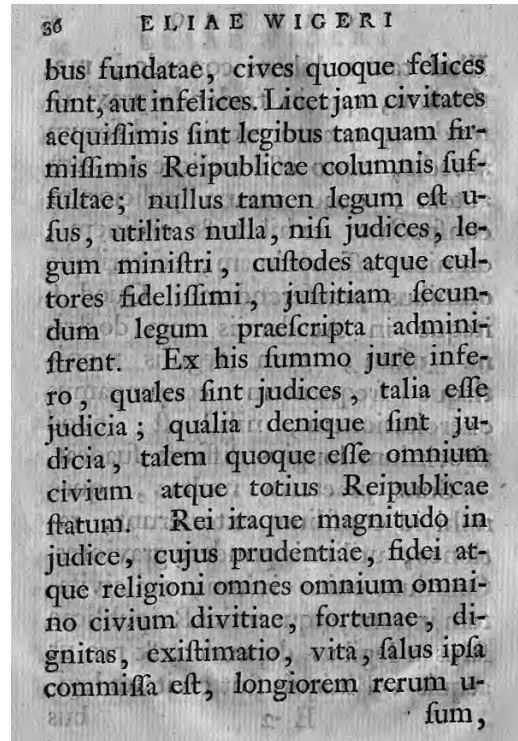
een vriend, wees hij hem terecht en [34] noemde hij het een schande voor een patriciër, edelman en pleiter dat hij het recht waarmee hij zich bezighoudt niet kent.<sup>15</sup>

Studenten hebben niets te vrezen en zij durven daarom alles. De leeftijd vult immers aan wat hun aan krachten ontbreekt, en als er soms dingen in jeugdige overmoed zijn gezegd en gedaan, dan zegt men dat dat aan hun aard ligt. Wij hebben dan de gelegenheid om straffeloos en zonder schaamte fouten, waardoor wij immers niemand schaden, te herstellen. Want wij leren door fouten te maken, wij verbeteren de dingen die niet goed aflopen, en wij zijn daarna dan in staat om die fouten in de rechtszaal te vermijden. En nadat wij ons naar de rechtszaal hebben begeven, achten wij het niet juist om advocaten, die met ons in hetzelfde strijdperk verkeren en daar onze rivalen zijn, iedere dag te benaderen als waren het onze maten en makers en hen dan onderdanig om formuleringen te vragen als waren zij Appius



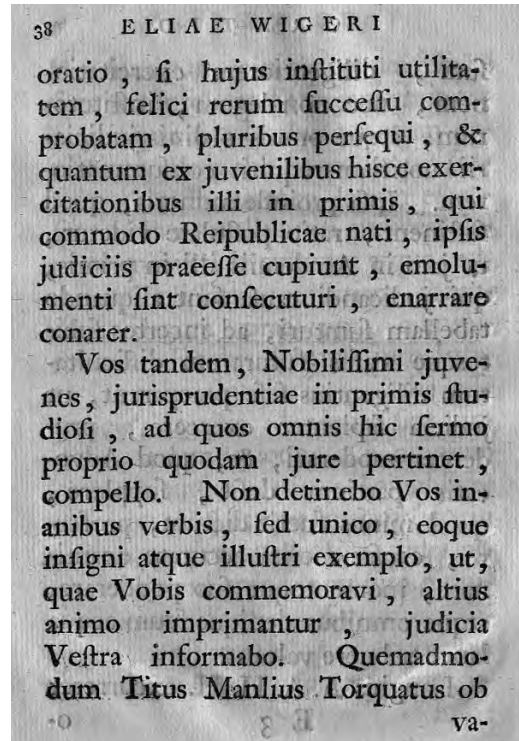
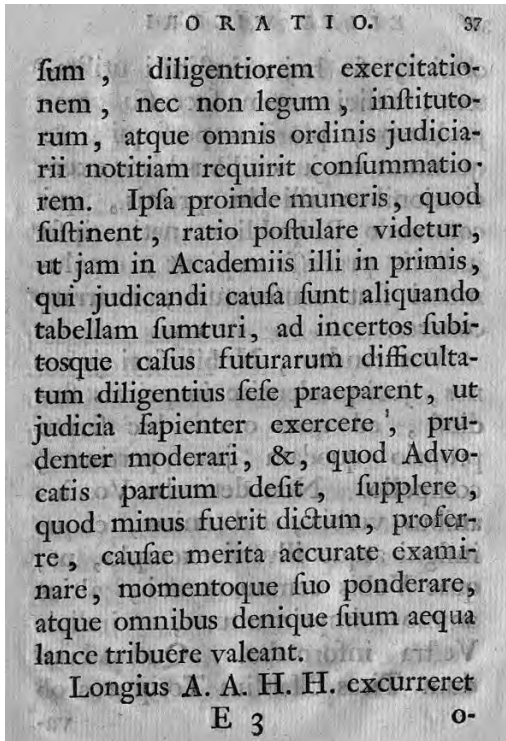
Claudius.<sup>16</sup> [35] Maar dit geef ik toch graag toe dat de bij het inwijden in de praktijk toe te passen methode beter is naarmate zij de gang van zaken in de rechtszaal dichter benadert. Die methode die het werkelijke gezicht en verloop van de rechtszaken toont is de allerbeste en boven alle andere te verkiezen. Maar als wij daarom aan de universiteiten met de doctrine de praktijk, met regels en adviezen frequente oefening verbinden, dan is er niets dat ons aanraadt het eerste openbare optreden als advocaat verder uit te stellen.

Er zijn nog vele redenen van meer gewicht dan het praktisch nut die mij het hier uiteengezette plan hebben afgedwongen. Voor alle burgers die deel uitmaken van de samenleving en voor de hele staat geldt immers dat hun welzijn afhankelijk is van de wetten: al naar gelang samenlevingen op rechtvaardige dan wel onrechtvaardige wetten [36] gefundeerd zijn,



zijn de burgers ook gelukkig of ongelukkig. Ook al zijn samenlevingen gefundeerd op rechtvaardige wetten die dienen als stevige steunpilaren van de staat, die wetten worden niet toegepast en die hebben geen nut als er geen rechters zijn die als dienaren van de wet, die als trouwe wakers en priesters, recht doen volgens de wettelijke voorschriften. Daaruit mag ik met het volste recht concluderen dat de rechtspraak is zoals de rechters zijn. En zoals de rechtspraak is, zo is ook de toestand van alle burgers en van heel de staat.

Het grote gewicht van de zaak vereist daarom in de rechter, aan wiens prudentie, betrouwbaarheid en plichtsgevoel al de rijkdommen, de fortuin, de waardigheid, het aanzien, het leven en heel het welzijn van alle burgers zijn toevertrouwd, lange praktijkervaring, [37] gewetensvolle oefening, en evenzeer een



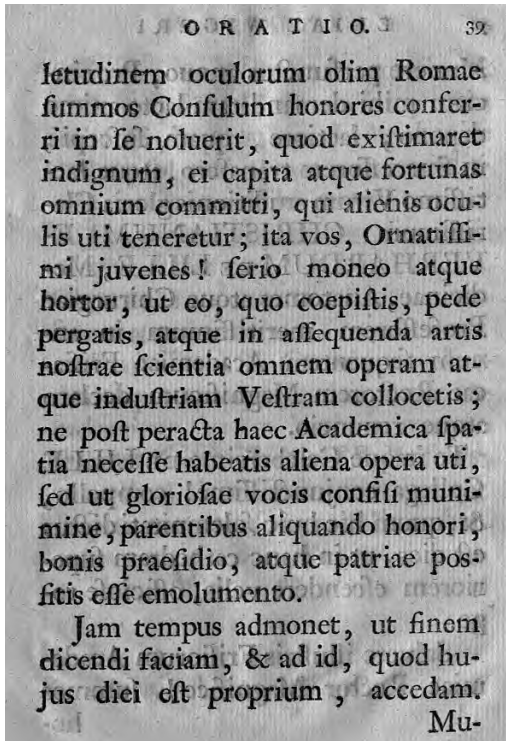
perfecte kennis van de wetten, de zeden en de gehele organisatie van recht en rechtspraak. De aard van het ambt dat zij bekleden lijkt bepaald te eisen dat vooral diegenen die van plan zijn om te zijner tijd de functie van rechter uit te oefenen, zich reeds aan de universiteit zorgvuldig voorbereiden op moeilijke en onverwachte problemen zoals zij later te beslissen krijgen. Zo zijn zij in staat om op een wijze manier recht te doen en verstandig te oordelen. Zij kunnen aanvullen waar de advocaten van partijen zich niet op beroepen, zij kunnen wat niet voldoende over het voetlicht kwam aan het licht brengen, zij kunnen de merites van de zaak nauwkeurig onderzoeken en op hun belang wegen, om tenslotte onpartijdig allen het hunne te geven.

Deze rede zou, hooggeachte toehoorders, te lang

worden [38] als ik zou proberen om nog uitvoeriger uiteen te zetten hoe nuttig dit onderwijs blijkens de ervaring is, en om te verhalen hoeveel voordeel vooral juist zij van die in hun jeugd opgedane vaardigheden zullen hebben die geboren zijn om de staat te dienen en het verlangen koesteren om rechter te worden.

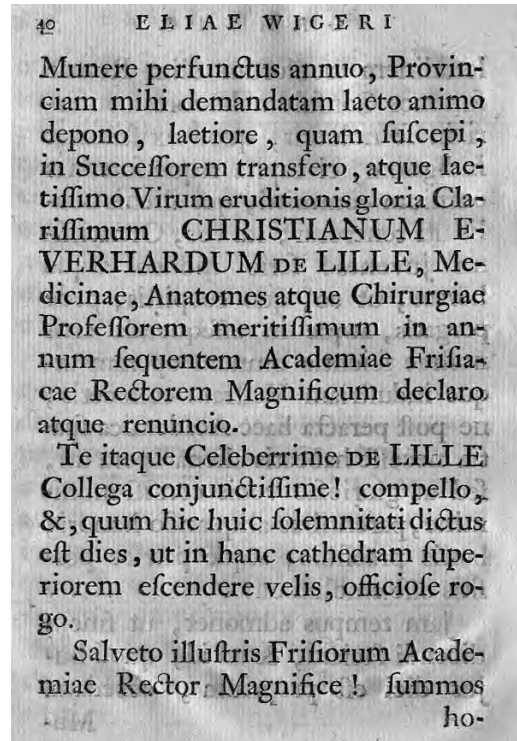
Tot U tenslotte, zeer edele jongelieden, en in de eerste plaats tot U, studenten in de rechten, voor wie heel deze toespraak uiteraard in het bijzonder bestemd is, richt ik thans het woord. Ik zal U niet vermoeien met nietszeggende woorden. Ik zal U trachten te overtuigen met één enkel – maar dan ook heel duidelijk en illustrer voorbeeld – om U datgene waarover ik vandaag heb gesproken dieper in te prenten.





Vanwege [39] een oogziekte heeft Titus Manlius Torquatus oudtijds te Rome niet gewild dat het hoogste ambt, dat van consul, aan hem werd opgedragen.<sup>17</sup> Hij achtte het immers misplaatst de levens en de fortuinen van allen toe te vertrouwen aan iemand, die op het gebruik van anderens ogen aangewezen was. Evenzo, heren studenten, vermaan ik U ernstig en wek ik U op om voort te gaan op de voet waarop U begonnen bent en al Uw moeite en ijver te besteden aan het verwerven van kennis van ons vak, opdat U na het voltooien van de academische studie niet hulp van anderen nodig hebt maar te zijner tijd, vol vertrouwen op de hulp van Uw oratorische bekwaamheden, Uw ouders tot eer, goede mensen tot hulp en het vaderland tot voordeel kunt zijn.

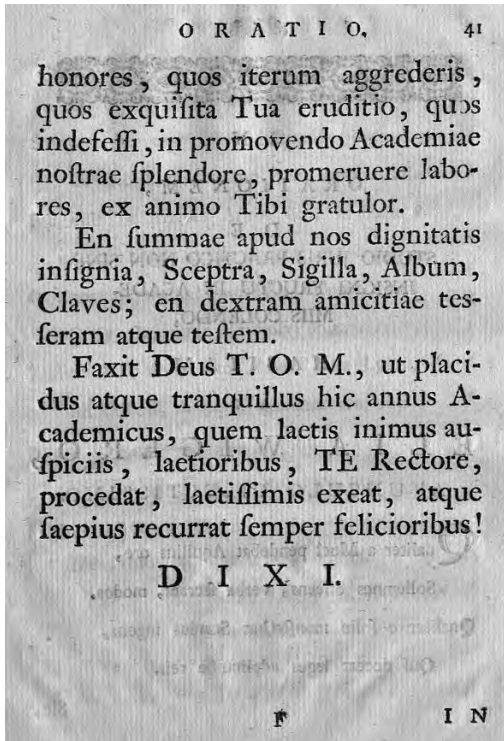
De tijd gebiedt mij thans mijn rede te beëindigen en over te gaan tot dat waar deze dag voor bestemd is.



[40] Na mijn taak een jaar lang te hebben vervuld leg ik het mij toevertrouwde ambt met vreugde neer. Met meer vreugde dan ik het op mij nam draag ik het over aan mijn opvolger, en met nog meer vreugde verklaar ik officieel de om zijn geleerdheid beroemde Hooggeleerde Heer Christiaan Everhard de Lille, de door verdiensten uitmuntende hoogleraar in de geneeskunde, de anatomie en de chirurgie, voor het komende jaar tot Rector Magnificus van de Friese Academie.

Tot U, Vermaarde De Lille, hooggeachte ambtgenoot, richt ik daarom nu het woord, en vanwege het feit dat deze dag voor die officiële handeling aangewezen is, vraag ik U beleefd thans deze hoge kathedra te willen beklimmen.

Wees gegroet, Rector Magnificus van de illustere Friese Academie! Met het hoogste [41] ambt, dat U



## Noten

thans voor de tweede keer aanvaardt, en dat U wegens Uw verfijnde geleerdheid en Uw onvermoeide arbeid ter bevordering van de belangen van onze Academie ten volle toekomt, wens ik U van harte geluk.

Ik overhandig U hierbij de tekenen van wat bij ons de hoogste waardigheid is: de skepters, de zegels, het album en de sleutels. En ik reik U de hand als teken en bewijs van vriendschap.

Moge de Almachtige God maken dat het academisch jaar, dat wij onder gunstige voortekenen ingaan, tijdens Uw Rectoraat onder nog gunstiger voortekenen vreedzaam en rustig verloopt, dat het onder de meest gunstige voortekenen eindigt, en dat er nog vele gelukkige jaren op zullen volgen.

Ik heb gezegd

- 1 Wat betreft de hier (en op p. 31) als 'vanaf hun academische adolescentie' vertaalde woorden *inde ab adolescentia* (letterlijk: 'vanaf hun adolescentie') het volgende. *Adolescens* (jong volwassen) is men op leeftijd van 15-30 jaar (de tijd van de adolescentie: de tijd dat men geen puer (kind) meer is en nog geen *iuvenis* (jonge man/ vrouw)). In juridische teksten is de adolescentie ook wel de tijd van de minderjarigheid (dus: tot 25 jaar) van de jong volwassene. Wigeri zal hier dus wel doelen op de juridische student die academisch nog niet meerderjarig is, met andere woorden: die zijn academische studie nog niet heeft afgemaakt.
- 2 Met 'Justinianussen' wordt hier kennelijk bedoeld: kenners van de Justiniaanse wetgeving, de wetgeving waarin het aan de universiteiten gedoeerde Romeinse recht vrijwel geheel te vinden was. Van deze wetgeving van de Romeinse (Byzantijnse) keizer Justinianus (527-565) verschijnt sinds 1993 onder hoofdredactie van J.E. Spruit een Nederlandse vertaling, vergezeld van de oorspronkelijke tekst: *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling*.
- 3 Bedoeld wordt: de studie van het Romeinse recht.
- 4 De juristen uit de Romeinse oudheid.
- 5 Vgl. hieronder, noot 15.
- 6 D.1,2,3,39 (Pomponius): *qui fundaverunt ius civile*: 'die de grondslagen voor het *ius civile* hebben gelegd' (vertaling Spruit/Verdam).
- 7 Vgl. Fritz Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961), p. 68.
- 8 Met de *disciplinae nostrae alumnum*, 'de voedsterling van onze discipline', ofwel – zoals ik heb vertaald – 'de aankomende jurist', die van Latium (waar het Romeinse recht geldt) naar huis gaat (waar het eigen, i.c. het Friese recht geldt) wordt de afgestudeerde (dus: gepromoveerde) jurist bedoeld die van de universiteit ('de bekoorlijker galerijen van ons Lyceum'; het Lyceum was de plaats nabij Athene waar Aristoteles in de 4e eeuw v.Chr. in de galerijen zijn onderwijs gaf) overgaat naar de harde werkelijkheid van de rechtspraktijk (in *forum*: 'naar de rechtszaal').
- 9 *quos meritum in foro nobilissimos fecerit* / die aanzien in de rechtszaal hebt gekregen door Uw verdiensten: formulering ontleend aan C.6,7,7pr. Vgl. hieronder, noot 11.
- 10 Wigeri haalt hier kennelijk de Tantaluskwelling en de Sisyphusarbeid door elkaar. Volgens de Griekse mythologie was Tantalus in de onderwereld gestraft met het

eeuwig lijden van honger en dorst en Sisyphus met arbeid waar nooit een einde aan kwam. Tantalus stond tot zijn lippen in het water, maar kon daar niet van drinken, en boven zijn hoofd hingen takken met fruit, waarvan hij niet kon eten. Sisyphus moest een steenblok tegen een steile berg oprollen, en als hij bijna de top had bereikt rolde dat weer naar beneden.

- 11 Vrijwel letterlijk geciteerd uit C. 6,7,7 pr & 1 (een keizerlijk besluit uit 370 n.Chr.).
- 12 Zie de Statuten, Ordonnantien, Reglementen en Costumen van Rechte van Frieslandt (Leeuwarden 1723), boek III, titel IV, artikel VI: 'Die van nieuws / tot het Officie van Advocaat geadmitteert zal worden / zal geen Zaken / noch Comparitien / als Advocaat / alleen zonder hulpe / en advys van een ander Advocaat van den Hove / voor hem / geadmitteert / bedienen / ende waarnemen / by den welken / hy ook gehouden zal wezen / zyn Requesten / ende Schrif-tuiren te laten tekenen / den tydt van een geheel Jaar ge-duirende / na Dato zyner Admissie; Ordonnerende den Advocaten / die ten verzoeke van een ander / eenig Re-quest / ofte Schrif-tuir / tekenen / dezelve neerstelyk te visiteren / ten einde zy daar af weten te verantwoorden / des by den Hove vermaant zynde' (p. 221; in gotische letters: vandaar de //). De regel dat een advocaat het eerste jaar niet zelfstandig mocht optreden gold reeds sinds 1544. Vgl. J.L. Berns e.a., *Archief Hof van Friesland. Inventaris van het Archief van de Raad, na 1515 het Hof van Friesland (1502), 1516-1811 (Hilversum / Leeuwarden 1999)*, p. 137.
- 13 Vgl. hierboven, noot 1.
- 14 M. Kaser-F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, 2e druk (Zwolle 1971), p. 382: 'Legis actiones waren ... formele handelingen in rechte, bestaande uit plechtige rituele spreuken, waarmede volgens oud-Romeins ius civile [civiel recht = het tussen de burgers (cives) geldende recht] een proces werd aangevangen'. Het proces door middel van legis actiones (legisacties, of in de vertaling van Spruit c.s.: wettelijke acties) heeft in 17 v.Chr. vrijwel helemaal plaats moeten maken voor het reeds eeuwen bestaande, veel minder formalistische proces per formulas ('door middel van formulieren'). Zie over het monopolie van de priesters (pontifices) in de 5e en 4e eeuw v.Chr. M. Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., 5. Nachdruck (Göttingen 1993), § 36, p. 159-162.
- 15 Het hele geval is ontleend aan, en wat de gecursiveerde woorden betreft letterlijk geciteerd uit D. 1,2,2,43 (een tekst van de jurist Pomponius). Wigeri chargeert een

beetje: de jurist Quintus Mucius Scaevola ergerde zich aan het feit dat Servius Sulpicius, pleiter maar geen jurist, hem niet gauw genoeg begreep. Servius heeft daarop volgens Pomponius zelf juridische scholing genomen. Vgl. hierbij Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, p. 51.

- 16 Appius Claudius was een van de tien mannen die waren aangesteld om de (ca. 450 v.Chr. uitgevaardigde) Romeinse Wet der Twaalf Tafelen (*Lex XII Tabularum*) op te stellen.
- 17 Titus Manlius Torquatus: naam van verschillende bekleeders van hoge ambten uit het Romeinse patriciërsge-slacht Manlius; welke hier wordt bedoeld, weet ik niet.

## SOUTH AFRICAN CIVIL PROCEDURAL LAW IN HISTORICAL AND SOCIAL CONTEXT\*

### Opsomming

1. In hierdie artikel word die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg vanuit 'n historiese en sosiale perspektief beskou. Die uitgangspunt is dat die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg 'n duidelike weerpieëling is van die kultuur-historiese milieu waarin dit ontwikkel het.
2. Die fokus val in die eerste plek op die Romeins-Hollandse oorsprong van ons siviele prosesreg. In breë trekke was die proses wat tydens die Nederlandse bewind aan die Kaap gegeld het, gekenmerk deur hofbeheer, die indirekte aanbieding van getuienis, die dominansie van die geskrewe element en geheime verrigtinge.
3. Tydens die Engelse bewind aan die Kaap gedurende die negentiende eeu is die siviele proses so-te-sê in toto hervorm na voorbeeld van die Engelse model. Dit het ingesluit – hofverrigtinge in die openbaar, 'n hofstruktuur en -prosedure geskoei op die Engelse lees, die Engelse bewysreg, 'n jurieverhoor en 'n regsprofessie wat algaande oorwegend in die Engelse reg geskool was. Hierdie ontwikkelinge was baie belangrik aangesien dit die grondslag vir prosesregtelike ontwikkelinge in die res van die toekomstige Suid-Afrika gelê het.
4. Die tradisionele karaktertrekke van die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg, wat onder invloed van die Engelse model tot stand gekom het, kan soos volg saamgevat word:
  - Die grondwetlike bedeling het geen voorsiening gemaak vir 'n menseregtehandves en die regterlike hersiening van wetgewing nie.
  - Dit was 'n individualistiese proses wat geen ruimte gelaat het vir groepsaksies en aksies in die openbare belang nie.
  - Geen uitdruklike erkenning is verleen aan fundamentele prosesregtelike waarborge nie. Hulle kon alleen uit spesifieke wetsvoorskrifte afgelei word.
  - Die beginsel van partybeheer het alle fasette van die proses oorheers.
  - Die proses is gekenmerk deur 'n duidelike onderskeid tussen die voorverhoorfase en die verhoorfase.
  - Die regsprofessie is geskei in twee vertakkinge, te wete prokureurs en advokate

\* Address delivered at the faculty of law of the University of Maastricht on 19 September 2001. Essentially, the oral style of the presentation has been retained in the text. I wish to express my sincere appreciation to my colleague, Prof. C.H. van Rhee for the invitation to address such a distinguished audience. I also wish to thank him for the financial assistance that enabled me to finance my visit to Maastricht.

5. Die nuwe grondwetlike bedeling, na afloop van die apartheidsera, het 'n drastiese breuk met die verlede teweeggebring. Die Grondwet van 1996 bevat 'n menseregtehandves waarin basiese menseregte en vryhede, insluitende prosesregtelike waarborge verskans word. En daar word voorsiening gemaak vir die regterlike hersiening van wetgewing. Die mees betekenisvolle waarborg wat erkenning kry, is die reg op 'n billike verhoor. Dit is die kern van prosessuele geregtigheid en dien as basis van meer spesifieke waarborge. Die basiese karaktertrekke van die litigasieproses het egter behoue gebly.

6. Ten besluite word beklemtoon dat twee aspekte van oorwegende belang is vir 'n goeie begrip van die siviele prosesreg. Eerstens moet volle erkenning gegee word aan die basiese beginsels (waarborge) wat die proses onderlê. In die tweede plek moet die nou verband tussen die kulturele, historiese en politieke gebeure in 'n gemeenskap en die proses voor oë gehou word.

## 1 Introduction

In order to put the topic of this paper in proper perspective it will be apposite, in my view, to make a few remarks about the role of civil procedural law in society. Allow me to commence on a negative note, by posing the following question. What is the attitude of the general public, politicians, the Press, lawyers, legal academics and, last but not least, students towards this branch of the law? Christophe Ricour, an eminent member of the legal fraternity in France, provided a partial answer to this question by the following remarks:

‘Le procès civil ne passionne pas les citoyens. C’est un fait. Il ne passionne donc ni les politiques, ni la presse. C’est un tort car chaque citoyen de ce pays a d’avantage de chance d’être confronté un jour à la justice civile ... Il en découvrira alors avec surprise et souvent à son détriment la complexité, la lenteur et la modestie des moyens qui lui sont consacrés.’<sup>1</sup>

Prof. Mauro Cappelletti, who is generally regarded as one of the greatest proceduralists and comparativists of the 20th century, commented as follows on the traditional approach of academics and students towards this discipline:

‘Indeed, civil procedure has traditionally been considered a very technical branch of the law – the technical branch *par excellence*; and as a mere technique it has usually been studied and taught. Only too rarely have its ideological foundations, its philosophical background, its socio-political impact been analyzed.’<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Revue juridique d’Ile-de-France* 48/49 (1977), p. 6: ‘The civil process does not fascinate the public. It is a fact. It, therefore, fascinates neither politicians nor the Press. It is a mistake since every citizen in this country could have the occasion one day to be confronted with the civil justice system ... Then he will discover, to his surprise and often to his detriment, the complexity, the delay and the mediocre means at his disposal’ (own translation).

<sup>2</sup> ‘Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and Trends in Western and Eastern Europe’, in: 1971 *Michigan Law Review*, p. 847 and 881.

I am afraid to say that my own experience over the past twenty years does not allow me to be more positive. Generally, South African textbooks on civil procedure contain no reference to the general principles underlying this branch of the law. Nor do they mention anything about the socio-political milieu that has shaped South African civil procedure over the past few centuries. In brief, these books make no attempt to expound a 'science of procedure'; they are merely in the nature of 'practical commentaries'.<sup>3</sup> In conformity with this approach South African legal academics, with the exception of a few scholars, show little interest in civil procedure and do not regard it as a subject worthy of academic research. It is, therefore, not surprising that many universities employ young practitioners on a part-time basis to teach this subject. Against this bleak background it is perhaps even less surprising that students generally feel no enthusiasm for civil procedural law. It is a pity, since they all discover in due course how important this discipline is in exercising their profession.

But, I think it is time to move on to a more positive note. Fortunately, the traditional view of civil procedure as a mere technical branch of the law has been challenged by eminent proceduralists on the international stage over the past few decades. The most eminent of them is, no doubt, Cappelletti who had an immense influence on development in the field of procedural law during this era. In brief, he was the driving force behind the world-wide movement to achieve effective access to justice and the fountainhead behind the seminal writings on this subject.<sup>4</sup> Cappelletti's writings teach us that there is more to civil procedure than pure form. It is not a mere technique without any theoretical foundations. All the technical rules of practice owe their very existence to certain fundamental rights or guarantees of the parties, which have developed over millennia in a quest for procedural justice. These guarantees are, therefore, the *raison d'être* of the specific rules and constitute the theoretical basis of civil procedure. Cappelletti's studies also emphasise the close link between civil procedure and the socio-political characteristics of society. He explains eloquently:

'[E]mbodied in those practices and rules [*i.e.* of civil procedure], are the great waves of history: the socio-economic as well as the intellectual changes, revolutions, and stagnations of history.'<sup>5</sup>

In the following parts of this paper I shall endeavour to show that this statement is borne out by developments in South African civil procedure over the past 350 years.

3 Cf. Engelmann et al., *A History of Continental Civil Procedure* (1927), p. 3-5 with reference to the author Kohler.

4 E.g. the monumental work entitled *Access to Justice* (1978-1979), consisting of four volumes. For support of this view, see Foreword by Sir Jack Jacob in Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (1989), p. v.

5 'Social and Political Aspects of Civil Procedure, in: 1971 *Michigan LR*, p. 885.

## 2 Roman Dutch origins of South African civil procedure<sup>6</sup>

### 2.1 Birth of South African civil procedure

The birth of South African civil procedure must be traced to the historical events that occurred in the Cape of Good Hope during the latter part of the 17th century. Jan van Riebeeck was sent to the Cape in 1652 by the *Verenigde Oos-Indiese Companje (VOC)* to establish a 'refreshment station' for purposes of the shipping trade with the Far East. This station developed in due course into a settlement of mostly Dutch settlers that expanded further and further into the interior. The VOC controlled and administered this settlement on behalf of the *Republiek van die Verenigde Nederlande*, but since Holland was the most prominent province in all spheres in the Netherlands during this era the Dutch influence was a determining factor in the development of the Cape.<sup>7</sup> As a result of the dominant position of Holland the law of this province, viz. the Roman Dutch law, was automatically accepted as the law of the Cape.<sup>8</sup> This highly developed legal system was the result of the reception in Holland during the 16th and 17th centuries of Roman law, as expounded by the glossators who commenced their study of the *Corpus Iuris Civilis* at the University of Bologna during the 11th century.<sup>9</sup>

### 2.2 Characteristics of the Roman Dutch civil procedure in the Cape

The civil procedural system that gained acceptance in the Cape was based on an Ordinance of Philip II of 1580, amplified by the writings of authors on Roman Dutch law, such as especially Merula, Van Alphen, Van Leeuwen, Van Wassenaar and Van der Linden.<sup>10</sup>

The highest court in the Cape was the *Raad van Justitie*, which had developed by the end of the 18th century – just prior to the British take-over – into a body consisting of a president and an equal number of officials and citizens.<sup>11</sup> The civil procedure of this court was essentially in accordance with the process of the *Hof van Holland*.<sup>12</sup>

6 This discussion is based on W. L. de Vos, *Grondslae van die Siviele Prosesreg* (1988 LLD thesis), ch 3. See also in general H.R. Hahlo & E. Kahn, *The South African Legal System and its Background* (1968), p. 566-596; G.G. Visagie, *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* (1969), p. 40 et seq; H. Erasmus, 'Historical Foundations of the South African Law of Civil Procedure', in: 1991 *South African Law Journal*, p. 265; G. Taitz, 'A Further Tribute to the Charter of Justice', in: 1979 *South African Law Journal*, p. 470.

7 Hahlo & Kahn, *SA Legal System*, p. 572.

8 Hahlo & Kahn. *ibid*; Visagie, *Regspleging en Reg*, p. 63-78.

9 W. de Vos, *Regsgeskiedenis* (1992), p. 51. The reception of Roman law in Holland was facilitated by the works of the great jurists of this epoch – like De Groot, Voet and Van der Keessel – in which they applied the principles of this system to local conditions – cf. Visagie *Regspleging en Reg*, p. 22; Hahlo & Kahn, *SA Legal System*, p. 563 and 596.

10 Taitz, 'A further Tribute', in 1979 *SALJ*, p. 471. This Ordinance is contained in *Groot Placaet Boeck*, II, 695; Hahlo & Kahn, *SA Legal System*, p. 572 n 31; Visagie, *Regspleging en Reg*, p. 49 n. 49.

11 There were six members of each group. No legal qualification was required in respect of any member of the court – Visagie, *Regspleging en Reg*, p. 44, 78.

12 Taitz in 1979 *SALJ*, p. 471. Visagie, *Regspleging en Reg*, p. 45, 46 n. 49. Also see D. van Loggerenberg, *Hofbeheer en Partybeheer in die Burgerlike Litigasieproses: 'n Regshervormingsondersoek* (1987 LLD thesis), p. 66.

SYNOPSIS  
**PRAXEOS CIVILIS**  
**Maniere van Procederen**  
 in dese Provintien/ Hollandt/ Zeelandt  
 ende West-Vrieslandt/ belanghende  
 Civile saken.

Ghetrouwelijck ende met neersticheyt by een bergadert uyt alle Ordinancien/  
 Privilegien/ Instructien/ Dissiden/ Acten/ Apostillen/ etc. tot dien eynde in de  
 hondert Jaren herwaerts/ by de Hooghe Ouericheyt/ of van weghen der selver  
 woghegheben : alles met de Civile ende Canonijcke Rechten / midtsgaders der  
 Recht- gheleerden soo nieuwe als oude meeninghen bevestighet.

Nu van nieus vermeerdert ende gheaugmenteert.

Auctore Paulo G. F. P. N. Merula I C.



IN S'GRAVENHAGHE,  
 By Hillebrant Iacobsz, Drucker Ordinaris vande Heeren Staten  
 s'Lands van Hollandt ende VVest. Vrieslandt. 1613.



### 2.2.1 Broad features

Since it was a continental system the court typically played an active role, at least from the perspective of the common law, while the parties, or their legal representatives, had a more passive function in the proceedings. The court had a collegial character and received the evidence of witnesses in written form through the assistance of an intermediary. The latter was a commissioner who was charged with the duty of examining the witnesses. At the final trial the legal representatives had the opportunity to present their arguments but the proceedings were conducted behind closed doors. In broad terms the process was, therefore, governed by judicial control, the indirect presentation of evidence, the dominance of the written element and the secrecy of the proceedings.

### 2.2.2 The phases of civil proceedings

The civil process of the Raad van Justitie distinguished between the following phases.<sup>13</sup>

#### (a) Phase before summons<sup>14</sup>

The plaintiff initiated the process by applying to the court to issue a summons (*mandament*) against the defendant. The application was referred to a judge or judges (*commissarissen van de rolle*), who first had to endeavour to move the parties towards a settlement. In the absence of a settlement permission was granted for the issuing of a summons. An official (*deurwaarder* or *exploiter*) was charged with the duty to summon the defendant to appear in court on a return day (*regtdag*) to answer to the plaintiff's claim. After the return day had been determined the plaintiff had to deliver a document (*presentasie*) to the court in which particulars were set out regarding the parties and their legal representatives, as well as the court roll on which the case had been set down.

#### (b) Pleading phase<sup>15</sup>

Thereafter the plaintiff delivered his particulars of claim (*conclusie van eisch*) to the defendant. On the return day the defendant applied for a postponement to the *dag van beraad*. This period provided him with the opportunity to consider his position *vis-à-vis* the plaintiff's claim. In order to enable the defendant properly to prepare for trial he was given the opportunity to apply for the discovery of documents upon which the plaintiff's claim was based and further particulars to clear up any ambiguity regarding the plaintiff's claim. The defendant could also raise an exception to the plaintiff's claim on various grounds, such as lack of jurisdiction, *res iudicata* and *lis pendens*. In the absence of such an exception the defendant had to deliver a plea on the merits (*antwoord*). Thereafter the plaintiff filed a repli-

<sup>13</sup> See Taitz in 1979 SALJ, p. 471-476 who relies mainly upon Van der Linden, *Verhandeling over de Judicieele Practijq*; Anonymous, 'Roman Dutch Law of Evidence' in 1902 SALJ, p. 373; Van Loggerenberg, *Hofbeheer en Partybeheer*, p. 66-70.

<sup>14</sup> Taitz in 1979 SALJ, p. 471-472.

<sup>15</sup> Taitz in 1979 SALJ, p. 472.

cation, which called for a duplication (*duplicq*) from the defendant. This brought the pleading phase to a close.

(c) Proof and arguments<sup>16</sup>

At the commencement of this phase the court decided if the arguments were to be presented in oral or written form. This decision (*dispositief*) was recorded on the court record. Thereafter the *wisselen van inventaris en stukken* took place, which included not only documents but also the statements of potential witnesses. As alluded to above, the collegial court who had to adjudicate the matter, did not itself hear any evidence. One or more commissioners were charged with the duty to hear the testimony of the witnesses, to record it and to report to the court in this regard. The procedure before the commissioner(s) unfolded as follows:

‘In the first place ... the evidence of witnesses was not taken in open Court, but in private by commissioners ... who transmitted it to the Court. In the second place the examination and cross-examination was not conducted by the advocates of the parties, but by the commissioners. To them the attorney of the party who called the witness handed the statement of the witness, which might take the form of a declaration before a notary. The statement might be supplemented by questions which it was suggested should be put by the commissioners on points on which the witness’ statement was deficient. The attorney on the other side delivered to the commissioners the so-called *contra-interrogatories* which were to be put to the witness, and which constituted the cross-examination.

The oath was solemnly administered by the commissioners in the presence of the attorneys as representatives of the parties. Thereupon the attorneys withdrew, and the commissioners with the assistance of the statements and questions handed to them examined the witnesses in privacy, only one witness being admitted at a time. The evidence thus taken was recorded by an official of the Court, and was now *in forma probanti* or ripe for use in the decision of the case.’<sup>17</sup>

At the final proceedings before the collegial court, which took place with the exclusion of the public, the legal representatives were given the opportunity to present their arguments.

(d) Judicial deliberation and judgment<sup>18</sup>

There were no strict rules regulating the admissibility of evidence and the court could, in accordance with certain criteria, take all relevant evidence into consideration.<sup>19</sup> Upon the con-

<sup>16</sup> Taitz in 1979 SALJ, p. 472-473.

<sup>17</sup> Anonymous in 1902 SALJ, p. 373. Cf. also Van Loggerenberg, *Hofbeheer en Partybeheer*, p. 69. During the early part of the English administration in the Cape, while the Dutch legal institutions were still functioning, a change occurred – clearly under English influence. The legal representatives could then be present when the evidence was heard and had the right to cross-examine the witnesses – see Taitz in 1979 SALJ, p. 473.

<sup>18</sup> Taitz in 1979 SALJ, p. 474.

<sup>19</sup> C. Schmidt, *Bewysreg* (1989, 3. ed), p. 12.

clusion of the deliberation the members of the court came to a decision by means of a majority vote. The judgment was made public but the grounds therefore were not divulged.

### 2.3 Evaluation

The members of the *Raad van Justitie* were in general laymen who had little if any, legal knowledge.<sup>20</sup> Furthermore, this institution was at no stage provided with proper instructions.<sup>21</sup> Although there were both advocates and attorneys practicing in the Cape only the former were required to have a legal qualification.<sup>22</sup> These factors, coupled with the isolation of the community in the Cape, were clearly not conducive to the development of a refined procedural system. To the contrary, on the eve of the final British take-over of the Cape an authoritative Dutch official found that the judicial system had deteriorated into a 'miserable state'.<sup>23</sup> Nevertheless, the largely unqualified legal profession made a vital contribution to the establishment of the Roman-Dutch law in the Cape.<sup>24</sup>

## 3 English influence upon South African civil procedure<sup>25</sup>

The Dutch era came to an end in 1795 when Britain took possession of the Cape. There was a brief interruption from 1803 to 1806 when the Netherlands – then in the name of the *Bataafse Republiek* – again gained possession of the Cape. But this development had no permanent influence on legal development in South Africa.<sup>26</sup>

### 3.1 Procedural reform in the Cape

After Britain had retaken possession of the Cape in 1806 the Roman-Dutch law remained in force, except in so far as it was changed by legislation enacted by the British rulers. This was in accordance with the English constitutional principle that the law of a conquered country remained in force until it was changed by the British conquerors.<sup>27</sup> Substantive law remained largely untouched, but as regards procedural law generally, the writing was

<sup>20</sup> Visagie, *Regspleging en Reg*, p. 44, 77-78.

<sup>21</sup> Visagie, *Regspleging en Reg*, p. 45.

<sup>22</sup> The admission of advocates and attorneys to their professions was controlled by the *Raad van Justitie* – H.R. Hahlo & E. Kahn, *The Union of South Africa. The Development of its Laws and Constitution* (1960), p. 202.

<sup>23</sup> This was the finding of Commissioner-general De Mist who had investigated *inter alia* the judicial system in the Cape at the commencement of the 19th century on the instructions of the newly established Batavian Republic – see Hahlo & Kahn, *SA Legal System*, p. 569-570 n. 23.

<sup>24</sup> Visagie, *Regspleging en Reg*, p. 77-78.

<sup>25</sup> This part of the paper is also based on the sources mentioned in n. 6.

<sup>26</sup> The period runs from February 1803 to January 1806 – Hahlo & Kahn, *SA Legal System*, p. 569 n. 23. The Batavian Republic instructed commissioner-general De Mist to investigate the judicial system and on his initiative a reform process was set in motion. But because of the short existence of the Batavian administration and the final take-over of the Cape by the British in 1806 this reform came to nothing – see Visagie, *Regspleging en Reg*, p. 98-113.

<sup>27</sup> Hahlo & Kahn, *SA Legal System*, p. 575.

on the wall. A commission of enquiry into the judicial system in the Cape, consisting of commissioners Bigge and Colebrook, delivered a report in 1826 in which it found that the existing process was highly unsatisfactory. The commission, therefore, recommended that it should be replaced by an English orientated model. It also recommended that a court structure based on the English system and a jury should be established in the Cape.<sup>28</sup> These recommendations gave rise to several legislative measures that, almost in toto, replaced the Roman Dutch procedural system with an English orientated model. The new dispensation in the Cape was to have a profound and lasting effect upon procedural development in South Africa, as Hahlo and Kahn explain eloquently:

‘[T]he spirit of reform was abroad, and within a lustrum the legal institutions of the Cape had been transmogrified. The new order was to influence the legal structure of all future European settlement in Southern Africa.’<sup>29</sup>

The First Charter of Justice of 1827, followed by the Second Charter of Justice of 1834, gave effect to a new high court structure and procedure that was essentially in accordance with the English system. In terms of these measures the newly established Cape Supreme Court had the authority to make rules regarding

‘the forms and manner of proceeding to be observed ... and the practice and pleadings upon all actions, suits, and other matters ... Provided, always, that ... the same shall be so framed as to promote, as far as may be economy and expedition in the dispatch of the business of the supreme court ... and that all such Rules and forms of practice, process, and proceeding shall, so far as the circumstances of the ... colony may permit, be framed with reference to the corresponding Rules and forms in use in Our Courts of Record at Westminster ...’<sup>30</sup>

As from 1830 several other procedural reforms followed. The lower courts were also reformed according to the English model, by replacing the existing *landdrost* and *heemraden* with residential magistrates.<sup>31</sup> In addition the English law of evidence was imported wholly into the Cape<sup>32</sup> procedure and provision was made for a jury trial – first only in criminal trials but thereafter also in civil proceedings.<sup>33</sup> In the latter context, however, the jury proved to be a dismal failure in the Cape, and later on in South Africa. Hahlo and Kahn explain:

28 Hahlo & Khan, *Union of SA Development*, p. 18, 205; Taitz in 1979 SALJ, p. 475.

29 Hahlo & Khan, *Union of SA Development*, p. 205.

30 First Charter of Justice, quoted by Taitz in 1979 SALJ, p. 475-476.

31 T.J.M. Patterson, *Eckard's Principles of Civil Procedure in the Magistrates' Courts* (1996), p. 1-3.

32 Ord. 72 of 1830 – Hahlo & Kahn, *Union of SA Development*, p. 207.

33 Ord. 84 of 1831 made it applicable to criminal trials while Act 7 of 1854 achieved the same result in civil trials – Hahlo & Kahn, *Union of SA Development*, p. 213-214.

‘One of the causes of its institution was the profession’s belief that judges awarded inadequate damages; but the jury went to the other extreme. It seemed constitutionally unable to find in favour of the State; it gave excessive damages against it and wealthy corporations; and elsewhere often bias, prejudices and emotions took command.’<sup>34</sup>

In addition to the above changes, the English principle that court proceedings must be open to the public had already been imported at an early stage.<sup>35</sup> The English practice of a rigid division between the professions of advocates (barristers) and attorneys (solicitors) also gained acceptance in the Cape.<sup>36</sup> And in accordance with the English tradition judges were henceforth appointed exclusively from the ranks of advocates, who were mainly schooled in English law.<sup>37</sup>

The above reforms served as the model for procedural development in the other provinces, and thus laid the foundation for the future South African civil procedural system. Although many changes occurred during the rest of the 19th and 20th centuries, the essential features of our present-day procedural system can still be traced to the early Cape model.

### 3.2 Differences between the Cape Model and English procedure

At the time of the reforms in the Cape English law still distinguished between law and equity, which were applied respectively in the common law courts and the Court of Chancery. But since the Roman-Dutch substantive law was retained in the Cape, there was no room for the introduction of these concepts in the local system. It follows, further, that there was no need for two separate courts. Hence, one court – the Supreme Court – was established. This development had a beneficial effect as regards the procedure as such. In England, at the time, civil litigation was characterised by technicality and complexity. But, since there was only one court in the Cape it was possible to provide for a more streamlined and less complicated procedural system. In this sense the Cape model was in advance of the English system, since the rationalisation of the latter only occurred with the drastic reforms introduced by the Judicature Acts of 1873 and 1875.<sup>38</sup>

### 3.3 Roman-Dutch elements that survived the reforms

Although the civil procedural system in the Cape had lost its continental character and become part of the common law family, some significant Roman-Dutch remedies survived the process of reform. The best known is probably the procedure of provisional sentence,

<sup>34</sup> Union of SA Development, p. 215.

<sup>35</sup> Namely 1813 – Hahlo & Kahn, *Union of SA Development*, p. 204.

<sup>36</sup> Hahlo & Kahn, *Union of SA Development*, p. 205 and 218.

<sup>37</sup> Hahlo & Kahn, *Union of SA Development*, p. 205 and 208.

<sup>38</sup> See Erasmus, ‘Historical Foundations of the South African Law of Civil Procedure’, in: 1991 SALJ, p. 265.

known in Roman Dutch law as *namtissement*. This procedure has its origin in the Italian cities of the early Middle Ages. From there it made its way through France (where it was known as *garnissement de main*) to Holland and was incorporated in the Roman-Dutch law.<sup>39</sup> Other remedies include the *mandament van spolie* (spoliation order),<sup>40</sup> attachment and arrest *ad fundandam* or *ad confirmandam iurisdictionem*<sup>41</sup> and arrest *suspectus de fuga*.<sup>42</sup> In Roman-Dutch law these remedies were characterised by complicated procedures, but in South African law they were modified to fit in with the new structure.<sup>43</sup>

### 3.4 Result: hybrid legal system

The result of the historical development described above is that the South African legal system today displays a hybrid character. We have an English orientated judicial and procedural framework, which serves as the mechanism for the enforcement of continental flavoured substantive rules of law.<sup>44</sup>

### 3.5 Brief Note on the English influence upon Roman-Dutch substantive law in South Africa

This question falls outside the procedural domain and as a proceduralist I am not adequately equipped to analyse it. Nevertheless, I think that the occasion does call for a brief comment on this issue.

Although Roman-Dutch substantive law remained in place after the British conquest, it was inevitable that the English law would, in the course of time, exercise a certain influence in this domain. This development was due to the fact that during the era of British rule, which lasted until 1910, advocates and, therefore, judges too, were mainly schooled in English law. Judges were, of course, duty bound to apply Roman-Dutch law and, generally, they achieved remarkable success in this regard. But, because of their English legal background, it was natural for them to turn to English law whenever the Roman-Dutch sources were unclear, obscure or inaccessible on a certain issue. Thus, in an indirect manner, the way was cleared for English precedents and principles to seep into South African law and to attain authoritative status on local soil. I should add that there was a backlash during the 20th century, when jurists schooled in Roman-Dutch law, like the legendary Prof. J.C. de Wet, endeavoured to put back the clock. But eventually this influence was accepted as part of the historical development of South African law with an enriching effect.

<sup>39</sup> See Malan et al, *Provisional Sentence on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes* (1986), p. 4-15.

<sup>40</sup> Taitz in 1979 SALJ, p. 476.

<sup>41</sup> Van Zyl, *The Judicial Practice of South Africa* (1902), p. 132 et seq.; C.F. Forsyth, *Private International Law* (1996, 3. ed), p. 172.

<sup>42</sup> Van Zyl, *Judicial Practice*, p. 129-132; Suliman Mia & Co v Juda 1914 TPD [= Transvaal Provincial Division] 648; Shell South Africa (Edms) Bpk v Gross 1980 4 SA [=South African Law Reports] 151, 153-154.

<sup>43</sup> Cf. Malan et al., *Provisional Sentence*, p. 14-15; Taitz in 1979 SALJ, p. 476.

<sup>44</sup> For an authoritative study of the implications of this phenomenon, see H. Erasmus, 'The Interaction of Substantive and Procedural Law: The South African Experience in Historical and Comparative Perspective', in: 1990 Stellenbosch Law Review, p. 348.

Borsbeeld van Prof. De Wet in een van die groot lesingslokalen (die J.C. De Wet lesingsaal) van die Universiteit van Stellenbosch. Prof. J.C. de Wet word allerweë beskou as een van die grootste figure wat die Suid-Afrikaanse regs-wêreld tot sover opgelewer het. Hy was 'n briljante regsakademies met twee doktorsgrade – een van die Universiteit van Stellenbosch en een van die Universiteit van Leiden. Sy intellek en die helderheid van sy redevoering het tot gevolg gehad dat studente 'n heldeverering vir hom ontwikkel het. Die boeke wat hy geskryf het – onder andere oor die kontrakreg en strafreg – het 'n onskatbare bydrae tot die uitbouing van die Suid-Afrikaanse reg gelewer. Kortom, hy het 'n legende in sy eie tyd geword. Sien R. Zimmermann en C. Hugo, 'Fortschritte der Süd-Afrikanischen Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert: der Beitrag von J.C. de Wet (1912-1990)', in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 60 (1992), p. 157-175.



Bust of Prof. De Wet in one of the large lecture-rooms (J.C. de Wet lecture-room) of the University of Stellenbosch.

Prof. J.C. de Wet is generally regarded as one of the greatest legal figures of South Africa. He was a brilliant legal academic, with two doctorates – one from the University of Stellenbosch and one from the University of Leiden. His intellect and the clarity of his arguments caused his students to hero-worship him. The books that he wrote – inter alia on law of contract and criminal law – made an inestimable contribution to the development of South African law. In brief, he became a legend in his own time.

In addition to the English influence that came to us through the judicial channel, the South African legislature also borrowed from English examples in the course of time.

The end result was that Roman-Dutch law remained largely intact in the private law domain – especially in the area of the law of things but also in the fields of the law of persons, the law of contract and delict. In the area of commercial law, on the other hand, a different picture emerged. In branches like company law and banking law the influence of English law, which was imported mainly through legislation, was profound and lasting.

#### 4 Traditional characteristics of South African civil procedure<sup>45</sup>

The South African procedural system, which came into existence at the formation of the Union of South Africa in 1910, was the subject of many legislative reforms during the course of the 20th century, until the end of the apartheid era in 1994. These changes were, *inter alia*, related to the structure of the courts, jurisdictional issues and matters of practice. But, as alluded to above, the developments of the 20th century, prior to the new constitutional dispensation in 1994, did not affect the common law character of our procedural system in any material way. The question that arises at this stage is what the outstanding features of this system were, prior to the adoption of the New Constitution. They can be summarised as follows:

##### 4.1 Judicial review

The traditional role of our courts, as a branch of state authority, was in accordance with our English constitutional heritage. The Constitution preceding the new dispensation did not contain a Bill of Rights and did not allow the judicial review of legislation duly enacted by parliament.<sup>46</sup> The only meaningful method of control over the government at that time was the judicial review of administrative action by the Supreme Court.<sup>47</sup>

##### 4.2 Individualistic principles

South African civil procedure is still influenced to a high degree by 19th century individualistic principles. Generally speaking a civil suit is seen as a conflict between private par-

<sup>45</sup> See W.L. de Vos, 'Developments in South African Civil Procedural Law over the Last Fifty Years', in: 2000 Stellenbosch Law Review, p. 343.

<sup>46</sup> Constitution of the Republic of South Africa of 1983, which replaced the Constitution of the Republic of South Africa of 1961. These Constitutions did, however, allow the Supreme Court (now the High Court) to enquire into the *procedure* by which legislation had been passed. This is illustrated by the constitutional crisis of the early 1950's when the former Appellate Division, in the famous *Harris* cases, struck down successive acts of parliament, mainly on the ground that they did not comply with prescribed procedural requirements (i.e. *Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A [= Appellate Division]) and *Minister of the Interior v Harris* 1952 4 SA 769 (A [= Appellate Division])).

<sup>47</sup> This power forms part of the High Court's innate or general jurisdiction, which derives from the creating statute that founded a high court of justice in the English mould – *Chunguete v Minister of Home Affairs and Others* 1990 2 SA 836 (W [= Witwatersrand Local Division]) 843-844. For a contrary view, see Taitz, *The Inherent Jurisdiction of the Supreme Court* (1985), p. 5.



ties in which the state has no interest, save to provide the machinery for the adjudication of the dispute. In keeping with this individualistic conception of civil procedure, the *locus standi* rule requires that the party seeking relief must have a personal interest in the matter. And the rules in regard to the joinder of parties require that all interested persons be joined, since the order of court is binding only on the parties to the suit. In consequence of these principles, the right to sue is awarded solely to the individual, who has personally suffered injury, save in the few exceptional cases where a representative type of action is allowed. It follows that our traditional procedural model leaves virtually no room for group and public interest litigation in the American mould.<sup>48</sup>

#### 4.3 Recognition of fundamental guarantees

Until 1994, when the new constitutional dispensation came into being, South African civil procedural law followed essentially the same approach as the English model in regard to the recognition of fundamental rights or guarantees of civil litigants. Consequently, these rights were not accorded constitutional protection and parliament had the final say in this regard. As is the case in England,<sup>49</sup> these principles could be identified only by a process of abstraction from specific statutory provisions and court decisions interpreting these measures.

#### 4.4 Party Control

In true common law tradition our system gives full recognition to the principle of party control, which assigns a passive role to the judge and an active role to the parties who are normally represented by their legal representatives. In accordance with the English model, this principle governs all stages of the proceedings in South Africa. This is especially evident during the pre-trial phase. It is for the parties to take all the necessary steps to initiate the action and to prepare the case for trial, while the function of the judge is merely to consider requests for interim relief by the parties. But even at the trial the parties play a leading role. They determine what evidence is to be presented to the court and they conduct the examination (questioning) of the witnesses. The function of the court is to see to it that the proceedings are conducted according to the prescribed procedure and to deliver a judgment at the conclusion thereof.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> See De Vos, 'The Impact of the New Constitution upon Civil Procedural law', 1995 *Stellenbosch Law Review*, p. 37, where reference is made to other sources. These rules are now qualified by the Constitution 108 of 1996, which gives recognition to both a class action and a public interest action – see section 38 of the Constitution; *Ngxusa v Secretary Department of Welfare Eastern Cape Provincial Government* 2000 12 *Butterworths Constitutional Law Reports* (BCLR) 1322 (E [= Eastern Cape Provincial Division]).

<sup>49</sup> See Cappelletti & Tallon (eds.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* (1973), p. 172. For a recent and innovative exposition of the basic principles of English civil procedural law, see N. Andrews, *Principles of Civil Procedure* (1994). Account must now also be taken of the Human Rights Act of 1998 in England, which incorporated the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 – see T. Wadham & H. Mountfield, *Human Rights Act 1998* (2000, 2 ed.).

<sup>50</sup> It should be noted that a limited form of case management was introduced into the South African civil process recently. However, the procedure applicable in terms of r37 of the Uniform Rules of Court can hardly be called a case management system, since the judge can only give directions 'with the consent of the parties' (subr 8©). R37A, which applied only to the Cape high court on

#### 4.5 Distinction between trial and pre-trial.

South African procedure, like other common law systems, distinguishes clearly between the pre-trial and the trial stages. The pre-trial phase is characterised by the exchange of pleadings between the parties and certain procedures, such as the discovery of documents, whereby they prepare themselves for the trial. The trial, in turn, is a continuous process, which is characterised by the immediate (direct), and mainly oral presentation of evidence. Unlike the English and American civil justice systems that both give recognition to the method of trial by judge and jury, the South African system entrusts the adjudication of a civil case to a judge alone.<sup>51</sup>

#### 4.6 Legal profession

To complete the picture I should add a note on the traditional organisation of the legal profession in South Africa. Like its English counterpart, the profession is divided into two branches, namely attorneys on the one hand, and advocates on the other. The attorney performs various functions over the whole spectrum of legal practice, including litigation, whilst the advocate specialises in litigation, particularly the conduct of the trial. This division further entails that the advocate cannot accept instructions directly from the public. His brief must come from the attorney, who, in turn, receives his instructions from the client.<sup>52</sup> And until recently, the advocate had the sole right of audience in the Supreme Court, whilst the attorney had to be satisfied with the right of appearance in the magistrates' courts.<sup>53</sup>

an experimental basis, was more imaginative and provided for a more meaningful form of case management. But this measure failed dismally because of various reasons. The necessary infra-structure backed by information technology was never put in place, lawyers generally paid only lip service to the provisions, some judges lacked the necessary commitment to the new procedure and the provisions of the rule were too complex and cumbersome. It's recent repeal, therefore, came as no surprise. See GN [= Government Notice] R373 of 30-4-2001; Erasmus, 'The Demise of Rule 37A' May 2001, *De Rebus*, p. 39; Griesel, 'The Demise of Case Management or a New Beginning?', August 2001 *De Rebus*, p. 8; Flemming 'What Do We really Want from Case Management?' August 2001 *De Rebus*, p. 9.

<sup>51</sup> In South Africa the civil jury was abolished as long ago as 1927. According to Hahlo and Kahn, *Union of SA Development*, p. 257 this institution 'passed unwept, unhonoured and unsung.'

<sup>52</sup> See *Society of Advocates of Natal v De Freitas and Another* 1997 4 SA 1134 (N [= Natal Provincial Division]) where this rule of practice was confirmed, after a thorough examination of the Roman-Dutch and English authorities on the subject.

<sup>53</sup> This rigid rule evoked strong criticism from the attorneys' profession in the past, which eventually led to legislation providing for a right of audience in the High Court for attorneys – see *The Right of Appearance in Courts Act 62 of 1995*. However, this measure was not regarded as sufficient in the new political climate and will soon be superseded by a new law. The new measure, presently in the form of the third draft of the Legal Practice Bill of 2000, envisages drastic changes to wide-ranging aspects of the legal profession, inter alia, the merger of the two professions.

## 5 Recent changes to the character of South African civil procedure<sup>54</sup>

### 5.1 *New political and constitutional dispensation*

The year 1994 was a watershed in South Africa's history, since it saw the formal demise of apartheid and the birth of a new political and constitutional dispensation, based on the supremacy of the Constitution and equality for all.<sup>55</sup> The hallmarks of the final Constitution of 1996, which correspond in essential terms with those of the interim Constitution of 1993, are a Bill of Rights, giving recognition to basic human rights and freedoms including certain procedural guarantees, and the judicial review of legislation and other forms of state action. This power is exercised by both the High Court and the newly created Constitutional Court. But the latter has exclusive jurisdiction in regard to some matters and in all other constitutional matters it is the final and highest authority.<sup>56</sup>

### 5.2 *Constitutional recognition of procedural guarantees*

The Constitution of 1996 does not affect the basic common law features of our civil process, but it breaks with the past by giving full recognition to the procedural guarantees or rights of civil litigants. Thus, civil procedural law attained a constitutional dimension.

The fundamental rights with an indirect bearing on civil procedure, such as the right of equality before the law,<sup>57</sup> are endorsed in the final Constitution, but in my view they are clearly encompassed by the provision on access to the courts. The right of access to the courts, which forms the gravamen of the constitutional protection offered to civil litigants, is defined in section 34:

‘Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum.’

This broad provision, which bears a striking resemblance to article 6 of the European Convention,<sup>58</sup> gives recognition to four guarantees, *viz.*:

- access to justice;
- fair hearing (trial);
- public hearing (trial); and
- independence and impartiality of the judge.

<sup>54</sup> See De Vos in 2000 *Stellenbosch Law Review*, p. 351-354.

<sup>55</sup> The new order was ushered in by the interim Constitution 200 of 1993 and confirmed in all material respects by the final Constitution 108 of 1996.

<sup>56</sup> De Vos in 2000 *Stellenbosch Law Review*, p. 352; section 167 of the Constitution of 1996.

<sup>57</sup> Section 9.

<sup>58</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 – see Sieghart, *The Lawful Rights of Mankind* (1985), p. 197.

Since the content of these rights or guarantees cannot be analysed within the confines of this paper,<sup>59</sup> I confine myself to a few remarks on the significance of the recognition of the principle of a fair hearing. The entrenchment of the right to a fair hearing or trial in civil matters is undoubtedly the most important innovation brought about by the Final Constitution. Although it could be argued that the interim provision on access to a court impliedly guaranteed this right<sup>60</sup> its explicit constitutional recognition must be hailed as a major development in the field of civil procedure. In my view the importance of this fundamental principle can hardly be over-emphasised. It constitutes the very core of procedural justice in civil litigation and provides the basis for other more specific guarantees. In brief, the right to a fair trial, together with the other principles discussed in this paper, forms the foundation of the entire civil process. Andrews, who must receive credit for his innovative approach to English civil procedure, explains succinctly:

‘They [*i.e.* these principles] help to identify the connections between legal rules. If rules can be likened to bricks, principles are the foundations and girders which support the great legal edifice.’<sup>61</sup>

Although all developed procedural systems share most of the basic requirements for procedural justice, different systems give diverse practical meanings to these principles. This phenomenon is well illustrated by the great divide between the common law and civil law (continental) systems, with regard to the application of procedural guarantees.<sup>62</sup> It follows that the practical content of a broad principle like the right to a fair trial must necessarily be determined within the common law orientated framework of our system. With this background in mind, it is suggested that the right to a fair hearing, as enshrined in section 34 of the Final Constitution, includes *inter alia* the following more specific guarantees:

- (i) Equal treatment of the parties (‘equality of weapons’ or ‘Waffengleichheit’)<sup>63</sup> and the right to be heard (*audi alteram partem*),<sup>64</sup>
- (ii) Legal representation;

<sup>59</sup> See in this regard De Vos, ‘Civil Procedural Law and the Constitution of 1996: an Appraisal of Procedural Guarantees in Civil Proceedings’, in: 1997 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* (TSAR), p. 444 and 452 *et seq.*

<sup>60</sup> Section 22 of the Interim Constitution of 1993. The basis of the implication could have been that a trial before a court must, by its very nature, be fair.

<sup>61</sup> *Principles of Civil Procedure*, p. 13.

<sup>62</sup> The differences between the English and French systems serve as a good example in this regard – see De Vos, ‘Die Rol van die Hof en die Partye in die Engelse en Franse Siviele Proses’, 1988 TSAR, p. 216 and p. 377.

<sup>63</sup> Cf. Habscheid, ‘The Fundamental Principles of the Law of Civil Procedure’, in: 1984 *Comparative and International Law Journal of South Africa*, p. 1 and 15. The principle of ‘equality of arms’ has been recognised as an inherent element of a fair trial by the European Court of Human Rights. According to this principle each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case to the court under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent – cf. Wadham & Mountfield, *Human Rights Act 87; Civil Procedure* (2000), vol. 1, par. 1.3.10 and D.J. Harris, M. O’Boyle & C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (1995) 207 where the case law is discussed.

<sup>64</sup> This principle includes the right of the defendant to notice of the proceedings, the right of the parties to be apprised of the nature of the opponent’s case and the right of the parties to state their respective cases – cf. Cappelletti & Tallon, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, p. 156 *et seq.*

- (iii) Party control, as exemplified by the age-old rules *nemo iudex sine actore* and *ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*;
- (iv) An oral hearing;
- (v) Exclusion of unlawfully obtained evidence;
- (vi) Reasons for judgment;
- (vii) Finality of the court's decision as expressed in the maxims *ne bis in idem* and *res judicata*;
- (viii) Appeal.

The entrenchment of civil procedural guarantees in the Constitution gives expression to a totally new approach to this branch of the law. The most notable of these is the right to a fair trial; and it is quite fitting, to my mind, that this guarantee is proclaimed in the most important legal document that ever came into being in South Africa. This development is a clear manifestation of the close link between the socio-political events in society and civil procedural law, which Cappelletti advocated in many of his writings.<sup>65</sup>

## 6 Conclusion

Two important aspects emerge from the above survey. Firstly, we must accord full recognition to the general principles (guarantees) of civil procedural law, which are simply a reflection of society's conceptions of procedural justice. Otherwise, the specific rules of procedure would remain devoid of real meaning.<sup>66</sup> Secondly, we must be conscious of the strong influence of historical, political and cultural events in society on the character of civil procedure. Otherwise, most of those concerned with this branch of the law would continue to regard it as a set of sterile technical rules. I wish to conclude with the following words of Klein, the great Austrian proceduralist:

'[T]he squalid, arid, neglected phenomenon of civil procedure is in fact strictly connected with the great intellectual movements of peoples; and ... its varied manifestations are among the most important documents of mankind's culture.'<sup>67</sup>

<sup>65</sup> See quote at n. 5.

<sup>66</sup> Cf. Storme & Casman (eds.), *Towards Justice with a Human Face* (1978), p. 19.

<sup>67</sup> Quoted by Cappelletti in 1971 *Michigan Law Review*, p. 885 with reference to Klein, *Zeit und Geistesströmungen im Prozesse* (1958), p. 8.

# SEKA MIT BRANDE ENDE MIT BREKE. OUDFRIESE TERMINOLOGIE MET BETREKKING TOT HET RECHTSINSTITUUT ‘WOESTING’<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In zijn recente studie over het Oudfrieese recht biedt Algra een welkom overzicht van een reeks ingewikkelde en vooral door filologen nogal eens misbegrepen Oudfrieese rechtsregels. Daarbij besteedt hij veel aandacht aan de precieze betekenis van Oudfrieese rechtstermen. Een rechtsinstituut dat bij hem slechts terloops wordt genoemd, is de woesting,<sup>2</sup> door de auteur zelf (in zijn *Index verborum*) gedefinieerd als het ‘verdelgen van het huis van de ongehoorzame’. Een iets uitgebreider behandeling van dit rechtsgebruik bij de Friezen is te vinden in de studies van His over Oudfries strafrecht en van Munske over Germaanse rechtsterminologie op het gebied van de misdaden.<sup>3</sup>

Veruit de belangrijkste publicatie over de woesting is Fischers vergelijkende studie *Die Hauszerstörung* uit 1957. Hoewel het bij afstand langste hoofdstuk van deze monografie juist op Friesland betrekking heeft (‘Die friesischen Landrechtsquellen’),<sup>4</sup> is dit werk tot dusver kennelijk ontsnapt aan de aandacht van de auteurs over Oudfries recht en Oudfrieese filologie.<sup>5</sup> Een andere voor een goed begrip van de woesting in Friesland belangrijke studie is de eveneens in 1957 verschenen monografie van Van Iterson over de geschiedenis van de confiscatie in Nederland.<sup>6</sup>

In het recente artikel over ‘Wüstung’ van Laubenberger in het *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG) wordt erop gewezen dat Fischer zich vrijwel uitsluitend baseert op normatieve teksten, terwijl ‘vertellende’, voor de rechtswerkelijkheid representatiever bronnen (bedoeld zullen zijn niet alleen kronieken, maar ook oorkonden) slechts zeer zelden ter sprake komen.<sup>7</sup> Aangezien dit niet alleen voor Fischer, maar ook voor de andere hier genoemde auteurs geldt (alleen Van Iterson besteedt ook aandacht aan oorkonden, maar alleen voorzover die voor zijn confiscatie-onderzoek van belang zijn), wil ik in het

1 Ik betuig graag mijn dank aan prof. mr. P. Gerbenzon en dr. B.S. Hempenius-van Dijk voor hun commentaar op de eerste versie van dit artikel.

2 N.E. Algra, *Oudfries recht 800-1256* (Leeuwarden 2000), p. 35, 262.

3 R. His, *Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter* (Leipzig 1901), p. 168, 176-181, 213; H.H. Munske, *Der germanische Rechtswortschatz im Bereich der Missetaten I. Die Terminologie der älteren westgermanischen Rechtsquellen* (Berlin-New York 1973), p. 177.

4 E. Fischer, *Die Hauszerstörung als strafrechtliche Massnahme im deutschen Mittelalter* (Stuttgart 1957), p. 58-85.

5 Het ontbreekt bijv. ook in R.H. Bremmer Jr., *A bibliographical guide to Old Frisian studies* (North-Western European Language Evolution, Supplement vol. 6; Odense 1992).

6 W. van Iterson, *De geschiedenis der confiscatie in Nederland* (Utrecht 1957), p. 24-28 (over de woesting in het algemeen), 332-342 (over strafbare feiten die aanleiding konden geven tot verbeurdverklaring in de oudere Friese rechtsbronnen).

7 P. Laubenberger, ‘Wüstung (als Strafe)’, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. V (Berlin 1998), kol. 1586-1591.

onderstaande proberen, mede op grond van oorkonden en in mindere mate kronieken, een aanvulling op het beeld van de Oudfriese woesting te geven, waarbij ook mogelijk met dit rechtsinstituut samenhangende handelingen in de beschouwing worden betrokken. Centraal staat daarbij de met dit rechtsgebruik verbonden Oudfriese terminologie.<sup>8</sup>

## 2. Het rechtsinstituut woesting

De woesting wordt in het HRG gedefinieerd als de van overheids- of rechtswege bevolen en door middel van brand of braak voltrokken vernietiging van onroerend goed van een delinquent. Fischer maakt onderscheid tussen de vernietiging en verwoesting van huis, hof en grondbezit van een misdadiger (woesting) en de niet als bestanddeel van een meeromvattende woesting op te vatten vernietiging van alleen een huis of burcht ('Hauszerstörung').<sup>9</sup> Omdat hij ook zelf niet streng aan dit verschil vasthoudt, kan zonder bezwaar worden volstaan met het gebruik van enkel de aanduiding 'woesting'.<sup>10</sup>

Blijkens Fischers studie werd de woesting als Germaans rechtsinstituut vooral aangetroffen in het Friese en Nederlands-Nederfrankische gebied en in de door het Germaanse recht beïnvloede delen van Frankrijk en Italië. In het Angelsaksische recht lijkt het onbekend te zijn geweest, terwijl de Scandinavische landen er slechts zeer sporadische voorbeelden van opleveren. De woesting komt voor in samenhang met de vredeloosleggingsprocedure, maar ook als zelfstandige straf (volgens Van Iterson gaat het in het laatste geval om een deviatie van het oorspronkelijke rechtsgebruik). De van overheids- of rechtswege bevolen en door de rechtsgemeenschap voltrokken woesting moet worden onderscheiden van de huisvernietiging als geoorloofde vetehandeling en van die als delict, de zgn. 'Heimsuche' (die overigens ook beperkt kan zijn tot huisvredebreuk).

De oorsprong van de woesting zou volgens Fischer kunnen liggen in de brandstichting als vetehandeling. Bepaalde formaliteiten die bij de woesting in acht werden genomen, zouden zijn bedoeld om deze van de brandstichting in de vete te onderscheiden. Fischer vermeldt nog velerlei andere opvattingen over de oorsprong van dit rechtsgebruik. Daarbij ontbreekt die van Van Iterson,<sup>11</sup> die benadrukt dat het hebben van een huis 'waar rook uitging' een vereiste was om als volwaardig lid van een rechtsorganisatie te worden aangemerkt. Door verwoesting van het huis zou dan 'dit centrale punt van het particuliere rechtsleven' zijn weggenomen. De verwoesting van geboomte en te velde staande oogst moet dan wel worden geïnterpreteerd als een later aangroei.

De oudste vermelding van het rechtsinstituut woesting is te vinden in het *Capitulare Saxo-*

<sup>8</sup> Vgl. over semantische aspecten van de rechtsterminologie in de Oudfriese oorkonden: O. Vries, 'The importance of legal history for Old Frisian lexicography', in: K.H. van Dalen-Oskam e.a. (eds.), *Dictionaries of Medieval Germanic Languages: A Survey of Current Lexicographical Projects* (International Medieval Research 2; Turnhout 1997), p. 135-147.

<sup>9</sup> Fischer, *Die Hauszerstörung*, p. 11. Deze paragraaf is ook verder gebaseerd op Fischer, tenzij anders aangegeven.

<sup>10</sup> Zo ook bij Laubenberger, 'Wüstung'.

<sup>11</sup> Van Iterson, *Geschiedenis der confiscatie*, p. 26.

nicum uit 797. Op veel plaatsen begon het te verdwijnen in de volle of late middeleeuwen. Het ging over in confiscatie van het onverwoeste bezit of een enkele keer in een nog slechts symbolische handeling, zoals het ontsteken en opheffen van een vuurbaken door de rechter.<sup>12</sup> Op Corsica daarentegen was nog in 1704 een wet van kracht die gebood dat op een daartoe strekkende rechterlijke uitspraak de huizen van een veroordeelde met de aardbodem gelijk gemaakt en bomen en wijnstokken omgehakt en uitgerukt moesten worden, terwijl het land onvruchtbaar moest worden gemaakt.

Op de woesting in de Friese gebieden moet wat dieper worden ingegaan. Ik baseer mij hierbij op Fischer, die overigens meer voorbeelden presenteert dan hier worden aangehaald.<sup>13</sup> Woesting komt hier om te beginnen voor als bestanddeel van de vredeslooslegging van de rechtsweigeraar. Verschillende bronnen, alle uit Westerlauwers Friesland, leggen hiervan getuigenis af. Blijkens het Oudere Schoutenrecht werd een 'huisman' die, na negenmaal te zijn gedagvaard, nog niet voor het grafelijke gerecht was verschenen, waarmee hij blijk gaf van 'on gehoorzaamheid', tot brand en braak veroordeeld. De woesting werd voltrokken door het hiertoe opgeroepen 'gerechtsvolk'. De ongehoorzame werd hierna door de asega vredeloos gelegd. In het Jongere Schoutenrecht komt ook een geval voor van iemand die na negen dagvaardingen nog niet is verschenen (het gaat hier specifiek om de aangeklaagde wegens doodslag). Hier krijgt de ongehoorzame, wanneer het daartoe opgeroepen volk al naar zijn huis en hof is opgetrokken, nog de gelegenheid zich aan het recht te onderwerpen alvorens het teken tot de aanval wordt gegeven. Hier is minder duidelijk aangegeven dat de woesting voorafgaat aan de formele vredelooslegging. In het Jongere Schoutenrecht is ook sprake van het geval dat iemand weigert de door hem te onderhouden dijk in orde te brengen. Het volk trekt dan met verlof van de schout op naar zijn bezit om hem de geldboete waarin hij is vervallen, af te panden. Blijft hij weigerachtig, dan volgt woesting en vredelooslegging. In het Rudolfsboek wordt weer melding gemaakt van woesting van huis en hof van degene die nalaat voor het gerecht te verschijnen. Wanneer deze huis noch hof meer heeft, moet de grietman hem vredeloos leggen. Van woesting als bestanddeel van de vredelooslegging is ook nog sprake in de Papena ponten, de keuren van Wymbritseradeel uit 1404.

Als zelfstandige straf komt de woesting in bronnen uit zowel Ooster- als Westerlauwers Friesland voor. Zo werd in Riustringen doodslag met weergeld, vredegeld en brand bestraft. In de betreffende Riustringer keuren waren overigens ook straffen gesteld op het voortijdig branden van het huis van de doodslager, dat wil zeggen voordat de rechter het vonnis heeft uitgesproken. In de Brokmerbrief fungeert de 'huisbrand' als een van de hoofdstraffen. Ook de door het volk gekozen rechters of andere ambtsdraggers werden bij

<sup>12</sup> Het laatste was het geval in Den Briel. Volgens Van Iterson, *Geschiedenis der confiscatie*, p. 28 werd hier met een brandende fakkel gezwaaaid, maar dit is niet geheel juist. Zie J.A. Fruin en M.S. Pols (eds.), *Het rechtsboek van Den Briel beschreven in vijf tractaten door Jan Matthijsen* (W.O.V.R. I, 1; 's-Gravenhage 1880), p. 187.

<sup>13</sup> Verscheidene van deze voorbeelden worden ook besproken door Van Iterson, *Geschiedenis der confiscatie*, p. 332-342. Bronverwijzingen zijn in deze overzichtsparagraaf niet opgenomen, maar wel in de hierop volgende paragrafen.



ambtsvergripen met deze straf bedreigd. Opvallend is dat de vernieling van geboomte en veldvruchten in de Brokmerbrief uitdrukkelijk wordt verboden.<sup>14</sup> In andere bronnen wordt melding gemaakt van woesting in geval van verkrachting. Hier kan de woesting zich ook uitstrekken tot alle huizen waarin de misdadiger was gevlucht. In de *Jurisprudentia Frisica* is een artikel opgenomen waarin werd bedreigd met woesting van een huis waarin valsemunterij is bedreven. Informatief is verder het koninklijke privilege van de stad Staveren uit 1118 (Fischer spreekt abusievelijk van 1108), waarin in vier gevallen brand en braak wordt toegestaan: bij moord, doodslag binnenshuis (waarbij de huisvrede is verbroken), verbreking van de stadsvrede en verkrachting. Hier dient het huis van de dader te worden afgebroken om buiten de stad te worden verbrand.

### 3. Omschrijving met de begrippen barna en urstera

De omschrijving ‘woesten’ (ofwel een Friese vorm van dit woord) komt in de Friese rechtsbronnen niet voor. Deze was met name in Zeeland in gebruik<sup>15</sup> en is via Hugo de Groot in de negentiende eeuw in het rechtshistorisch spraakgebruik gerecipeerd.<sup>16</sup>

Fischer gaat niet specifiek in op de in Friesland gangbare terminologie met betrekking tot het woesten. Munske doet dit uiteraard wel, en wel in zijn hoofdstuk over de brandstichting.<sup>17</sup> Hierin wijst hij het begrip *barna* (branden) aan als de meest gebruikte term voor het woesten van een huis. De eigenlijke terminus technicus is volgens hem echter *barna and breka* (branden en breken, door hem vertaald als ‘mit Bruch und Brand [bedoeld zal zijn: Brand und Bruch] überziehen’). Munske wijst verder nog op de volgende nominale vormen van de formule: *brand and breke thelda* (dulden, ondergaan), *ti brande ieftha ti breke dela* (veroordelen), *toe brand ende toe breck dwaen* (doen), *zonder brand ende zonder breke* en *sunder husbreke ... jeftha* (of) *sunder bronde*. Overigens was de omschrijving *met breck ende met brande* ook gangbaar in Holland.<sup>18</sup> Opgemerkt zij nog dat wanneer in de bronnen sprake is van het ‘branden’ van een persoon, uiteraard het woesten van diens huis wordt bedoeld.<sup>19</sup>

Opvallend is het veelvuldige gebruik van de formule *breck ende brand*, vaak verbonden met *raeff ende reynd* (‘roof en plundering’), in een reeks *gaerlegers* (overeenkomsten, waarin afspraken zijn vastgelegd over de handhaving van vrede en recht), een door Fischer en Munske niet geraadpleegde bron uit Westerlauwers Friesland.<sup>20</sup> Hier gaat het echter

<sup>14</sup> Niet gesignaleerd door Fischer, *Die Hauszerstörung*, wel door Van Iterson, *Geschiedenis der confisatie*, p. 27.

<sup>15</sup> Vgl. *Middelnederlandsch Woordenboek* (MNW) s.v. *woesten*, betekenis 2 en 3. Zie ook: R. Fruin, ‘Over twee Middelnederlandsche woorden. I. Over de betekenis van woesten in de oud-Nederlandsche rechtstaal’, in: *Verslagen en Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde*, III, 4 (1887), p. 82-92 (ook in R. Fruin, *Verspreide Geschriften*, VI (’s-Gravenhage 1902), p. 431-439).

<sup>16</sup> Laubenberger, ‘Wüstung’, kol. 1586.

<sup>17</sup> Zie hierboven, noot 3.

<sup>18</sup> Fruin, ‘Over twee Middelnederlandsche woorden’, p. 88.

<sup>19</sup> Zo wordt in bronnen uit Holland en Zeeland dikwijls ook gesproken van het ‘woesten’ van een persoon. Vgl. Fruin, ‘Over twee Middelnederlandsche woorden’, p. 85-86, en MNW s.v. *woesten*.

<sup>20</sup> Wel genoemd door M.S. van Oosten, *De ambtshalve vervolging naar oud-Friesch recht* (Leiden 1938), p. 44-45 (deze auteur vertaalt

steeds om vehandelingen en niet om gevallen van woesting. Slechts één keer is er in een *gaerleger* sprake van *barna* en wel in een van het land (*terra*) Westergo uit 1460.<sup>21</sup> Hierin worden op doodslag in strijd met de landvrede of na het sluiten van een zoen de volgende straffen gesteld: een veertievoudige boete en dito vredegeld, verbanning uit het land gedurende jaar en dag, een strafbedevaart naar de paus *ende deer to schil ma syn hws barna ende syn hield om werpa* (en bovendien zal men zijn huis branden en zijn schuur [of versterking?] omverwerpen). Hier wordt dus nog altijd expliciet met huisverwoesting door middel van branden gedreigd en wel, gezien de verbanning, als onderdeel van een vredeloosleggingsprocedure.

Een late rechtsbron uit Westerlauwers Friesland waarin nog met woesting wordt gedreigd, is de *Jurisprudencia Frisica*, een poging tot vastlegging van een gemoderniseerd Fries recht (vóór 1504). Hierin is de bepaling te vinden dat wanneer in een huis valsemunterij plaatsvindt en de eigenaar hiervan op de hoogte is, men zal *vr stera huus ende hof*.<sup>22</sup> Dit is de enige keer dat in teksten betreffende Friesland voor het woesten de omschrijving *urstera* ('zerstören', verwoesten) wordt gebruikt.

#### 4. Omschrijving met het begrip *seka*

Niet expliciet door Fischer en in het geheel niet door Munske gesignaleerd is het gebruik van de term *seka* (zoeken) in samenhang met de woesting, hoewel deze in de bronnen veelvuldig voorkomt. Dit is al het geval in het Oudere Schoutenrecht, waar in het artikel met betrekking tot woesting eerst wordt gesproken van *ti breke ende ti brande dela* (tot braak en brand veroordelen), waarna de tekst (hier aangehaald volgens het handschrift Jus)<sup>23</sup> als volgt verder gaat: *Jefhi des allis wrherich wirt, soe aegh ma him te sekana mei here ende mei fiore; ende als hij barnd is, ...* (letterlijk: wanneer hij [de persoon tegen wie dit vonnis is geweest] in dit alles ongehoorzaam wordt, dan heeft men hem te zoeken met krijgsmacht en met vuur; en wanneer hij gebrand is, ...). Wat precies wordt er met dit 'zoeken met krijgsmacht en met vuur' bedoeld? Fischer is hierover niet al te duidelijk. Volgens hem gaat het om 'die Heim-suche', waarbij *heer* het opgeroepen gerechtsvolk is. Dat is vreemd, omdat er bij 'Heim-suche' (zie §2) geen sprake is van optreden van het gerechtsvolk, maar om een 'benededict'.<sup>24</sup> Op het vuur gaat Fischer niet in, maar kennelijk verbindt hij dit element met het branden van het huis. Van Iterson stelt daarentegen dat het vuur moet worden opgevat als een soort signaal of waarschuwingsteken. Opvallend is dat in de beide andere versies van het Oudere Schoutenrecht (in *Unia* en *Druk*) wordt gesproken van 'zoeken' *mith here and*

het begrip *gaerleger* met landvrede). Over de betekenis van het begrip *gaerleger*: O. Vries, 'Wat betsjut Aldfrysk *gaerleger*', in: *Us Wurk* 44 (1995), p. 38-50.

21 P. Sipma (ed.), *Oudfriesche Oorkonden* (OFO), 3 dln. (Oudfriesche Taal- en Rechtsbronnen 1-3; 's-Gravenhage 1927-1941) II 46.

22 W.J. Buma, P. Gerbenzon en M. Tragter-Schubert (eds.), *Codex Aysma. Die altfriesischen Texte* (Assen-Maastricht 1993), p. 230.

23 W.J. Buma en W. Ebel (eds.), *Westerlauwersches Recht I. Jus Municipale Frisonum* (Altfriesische Rechtsquellen 6; Göttingen 1977), p. 108.

mith brande resp. mit here ende mit brand.<sup>25</sup> In het licht van wat hierna nog volgt, is het aannemelijk dat met ‘vuur’ of ‘brand’ wordt gerefereerd aan het ontsteken van vuurbakens (in een *gaerleger* eenmaal aangeduid met de omschrijving *teijken brand*, dit is ‘signaalbrand’),<sup>26</sup> door middel waarvan de rechters het gerechtsvolk oproepen.<sup>27</sup> Het voltrekken van de woesting is derhalve in het ‘zoeken’ niet inbegrepen en ook om deze reden is Fischers interpretatie ‘Heimsuche’ hier minder juist. De vertaling van het begrip ‘zoeken’ met ‘opzoeken’ door Buma/Ebel en Algra is dan ook de betere.<sup>28</sup>

Veel uitgebreider is de omschrijving van de woestingsprocedure in het Jongere Schoutenrecht.<sup>29</sup> Wanneer de aangeklaagde na negen dagvaardingen niet is verschenen, zullen de schouten ’s avonds vuurbakens ontsteken (*dae branden ti barnane*) en het gerechtsvolk oproepen (*dae kedene ti dwane*). De morgen daarop zal men hem dan *seka*, welk begrip hier met een andere paarformule wordt verbonden dan in het voorgaande geval: *Des moernes aegh ma him ti sekane it howe ende it huse, als ma dis koningis fiand schel, mit brande ende mit breke* (letterlijk: In de morgen heeft men hem te zoeken te hof en te huis, zoals men ’s konings vijand moet (zoeken), met brand en met braak). Het begrip ‘zoeken’, dat hier wordt gebruikt in samenhang met de formule ‘met brand en met braak’, kan in dit geval wèl worden vertaald met ‘heimsuchen’ (in de hedendaagse betekenis van ‘teisteren’): de dader moet immers in zijn hof en in zijn huis worden ‘geteisterd’ met brand en met braak (voor deze vertaling kiezen ook Buma/Ebel; Fischer en ook Van Klarbergen, de uitgever van de verschillende versies van het Jongere Schoutenrecht, houden het op ‘zoeken’).

In de hierna volgende passage wordt nog gezegd dat de ongehoorzame ‘dag en termijn’ mag hebben, wanneer hij komt om de boete te betalen *eer di fana op were* (letterlijk: eer de vaan op was). Komt hij niet vóórdat de vaan is opgestoken (want dat zal zijn bedoeld), dan heeft hij nog één kans brand en braak alsmede vredelooslegging af te wenden. Hij moet dan met de ene hand beloven en met de andere betalen, dat wil zeggen op staande voet de boete betalen. Betaalt hij niet, *soe aegh ma him ti breke ende ti brande ti dwane ende ferdelos ti lidziane* (dan heeft men braak en brand aan hem te voltrekken en hem vredeloos te leggen). Volgens Fischer betekent dit alles dat er voor de ongehoorzame ‘jetzt noch’, dat wil zeggen nadat het gerechtsvolk hem al had ‘(op)gezocht’, de mogelijkheid bestond de boete te betalen, tenminste wanneer de vaan nog niet ‘op’ was. Het opsteken van de vaan zou dan dus het sein zijn tot het beginnen van het verwoestingswerk door het gerechtsvolk. Dit laatste is echter niet erg aannemelijk: het opsteken van de vaan zal zijn geschied bij de aanvang

24 Vgl. Munske, *Der germanische Rechtswortschatz*, p. 177-180.

25 W. Steller (ed.), *Das altwestfriesische Schulzenrecht* (Breslau 1926), p. 114, 115. Hierbij sluit de vermoedelijk 14de-eeuwse Middelnederlandse vertaling aan (*te zoeken mit here ende mit brande*): Ph.H. Breuker (ed.), *Landrecht der Vriesne: tekstuitgave en commentaar* (Leeuwarden 1996), p. 52.

26 OFO II 47 (1460).

27 Vgl. ook M.J. Noordewier, *Nederduitse regtsoudheden* (Utrecht 1853), p. 53, 95.

28 Buma/Ebel, *Westerlauwersches Recht I*, p. 109; Algra, *Oudfries recht*, p. 35. Von Richthofen geeft in zijn *Altfrisisches Wörterbuch* (Göttingen 1840; reprint: Aalen 1961, 1970) geen vertaling van het begrip *seka* waar het voorkomt in samenhang met het rechtsinstituut woesting (s.v. *seka*, betekenis 3). Als een van de betekenissen van het begrip ‘zoeken’ in het Middelnederlands wordt opgegeven: ‘Opzoeken met een vijandelijk oogmerk, bestoken, aanvallen, aantasten’ (MNW s.v. *soeken*, betekenis 8). Uit de opgegeven citaten

van de 'zoekactie', omdat het optrekkende gerechtsvolk zich juist hiermee onderscheidde van een in veteverband optrekkende krijgsmacht.<sup>30</sup> Het komt er dus op neer dat de ongehoorzame ook nà het opsteken van de vaan nog de kans krijgt de boete te betalen.

In het Rudolfsboek wordt de woesting met vrijwel dezelfde woorden omschreven als in het Jongere Schoutenrecht: *soe aegh ma him etta fiarda dei ti sekane et sine howe mit brande ende mit breke* (letterlijk: dan heeft men hem op de vierde dag te zoeken in zijn hof [het begrip huis is hier kennelijk weggefallen] met brand en met braak).<sup>31</sup> Met 'zoeken' moet hier ook weer het 'heimsuchen' (Buma en Ebel gebruiken hier het synoniem 'überziehen') zijn bedoeld.

In de ambtseed van de grietmannen van Wymbritseradeel is onder meer de verplichting opgenomen de ongehoorzame, die het tegen hem uitgesproken vonnis niet acht, tot gehoorzaamheid te brengen. Gezegd wordt dat de grietmannen hem moeten *seke mit fiore ende mit fana* (zoeken met vuur en met vaan).<sup>32</sup> In de Papena ponten, de keuren van hetzelfde rechtsdistrict, wordt gezegd (artikel 37) dat *dae greetman schellet hiare wrheriga handa seka, eer hia wt da riucht gaet, myt fijor and mith fana* (de grietmannen de aan hen ongehoorzame personen zullen zoeken, voordat zij uit het recht gaan [afgaan als rechters], met vuur en met vaan).<sup>33</sup> In beide gevallen wordt dus aangegeven dat de grietmannen de ongehoorzame personen moeten 'zoeken met vuur en met vaan'. Mijns inziens wordt met deze formulering aangegeven aan welke uiterlijke tekenen men kon zien dat er sprake was van een wettelijke 'zoekactie': eerst zijn er vuurbakens ontstoken om het gerechtsvolk op te roepen en daarna is de vaan opgestoken waaronder rechters en volk optrekken naar het huis van de ongehoorzame. Dit maakt het nog waarschijnlijker dat ook in het Jongere Schoutenrecht met het 'op' zijn van de vaan wordt bedoeld dat de opmars naar het huis van de dader en niet het daadwerkelijke verwoesten is begonnen. Fischer omschrijft het 'zoeken' in artikel 37 van de Papena ponten als 'das Anrücken zum Zerstörungswerk'. Dit is vermoedelijk te sterk uitgedrukt, want het is, zoals wij nog zullen zien, niet altijd zo dat er bij een 'zoekactie' ook echt werd 'gewoest'. Van belang is nog dat in dit artikel tevens wordt meegedeeld wanneer het 'zoeken' dient plaats te vinden, namelijk voordat de grietmannen 'uit het recht gaan', dat wil zeggen voordat hun ambtsperiode is afgelopen en zij hun ambt overdragen aan hun opvolgers.

Het begrip 'zoeken' van een ongehoorzame komt ook in verscheidene niet door Fischer gesignaleerde bronnen uit Westerlauwers Friesland voor. Om te beginnen moet dan worden gewezen op de willekeuren van Utingeradeel uit 1450.<sup>34</sup> Hierin wordt deze handeling

blijkt dat het hierbij steeds gaat om gevallen van 'Heimsuche' en nooit van woesting.

29 B.W. van Klaarbergen, *Das altwestfriesische jüngere Schulzenrecht* (Drachten 1947) p. 34-37; Buma/Ebel, *Westerlauwersches Recht I*, p. 234-236.

30 Vgl. over de vaan: Noordewier, *Nederduitse regtsoudheden*, p. 41. In Humsterland namen de rechters, wanneer zij ongehoorzamen gingen panden (rouen), *sunte Ludgers faene* in de hand. Wie dan tegen hen vocht, verviel in een dubbele boete en dubbel vredegeld. Zie T.S.B. Johnston, *Codex Hummercensis* (Groningen, UB, PEIP 12). An Old Frisian legal manuscript in Low Saxon guise (Leeuwarden 1998), p. 337, 441 (noot 18).

31 Buma/Ebel, *Westerlauwersches Recht I*, p. 356.

32 Buma/Ebel, *Westerlauwersches Recht I*, p. 630.

33 Buma/Ebel, *Westerlauwersches Recht I*, p. 626.

weer verbonden met het 'uit het recht gaan' van een grietman. Deze moet, zo lezen wij hier, *eer hij wter gretene gheeth dae ferdlaza aenden ieff een termijn lidza...* (voordat hij uit het grietmansambt gaat, de [nog in het 'deel'<sup>35</sup> verblijvende] vredeloze straffen of een termijn leggen...). Blijft deze ongehoorzaam, dan moet de grietman met het gerecht en met de meente naar diens huis gaan *ende seka dijn ferdlaza ende peynda dae claghene sijn schilda wt dae guede* (en de vredeloze zoeken en [voor] de klager het hem verschuldigde uit het goed panden). Hier blijkt dat het 'zoeken' niet inhield dat het gerechtsvolk, na de ongehoorzame (of vredeloze) te hebben opgezocht, ook daadwerkelijk overging tot het voltrekken van brand en braak, maar dat de met het gerechtsvolk opgetrokken rechter overging tot panning van het verschuldigde.

Uit meerdere bronnen blijkt dat er ook nog op andere niveaus dan alleen dat van het deel 'zoekacties' konden plaatsvinden. Zo is in een verbond van Oostergo en Westergo uit 1492 vastgelegd dat elk van deze beide landen eenmaal per jaar een *sekenze* ('zoekactie') zal 'doen' *op syn wrherigen*.<sup>36</sup> In een overeenkomst tussen de in het Leppa-verbond samenwerkende gerechten van Leeuwarderadeel, Idaarderadeel, Tietjerksteradeel en Smallerland uit 1450 wordt melding gemaakt van de verplichting *den wr herigha tho seeken ende den haena dat syn to bi helpen* (de ongehoorzame te zoeken en de gelaedeerde aan het zijne te helpen).<sup>37</sup> Ongetwijfeld is hier ook weer panning uit het goed van de ongehoorzame bedoeld. In een overeenkomst van een aantal 'hemmen' (binnenpolders) uit 1453 wordt onder meer vastgesteld dat men de ongehoorzame zal *seka to hws ende to hou*, waarbij, zo wordt gesteld, het gerecht voorop moet gaan en de meente moet volgen. De meenteleden die niet opkomen, verbeuren een bedrag van acht pond.<sup>38</sup> Een voorbeeld van het 'zoeken' van een ongehoorzame op dorpsniveau vinden wij in de dorpswillekeur van Pingjum uit 1504.<sup>39</sup> De betreffende passage begint als volgt: *Als dy tolle grietman mey syn tollen ende dijo ghemene meent to seeken gheeth...* (Wanneer de dorpsrechter met zijn gezworenen en de gemene meente gaat zoeken...). Hierin wordt degene die niet opkomt, beboet met een halve enkelgulden. Interessant is dat ook geestelijken met een 'zoekactie' konden worden bedreigd. Zo is in een uit 1449 daterende overeenkomst tussen de parochianen van een aantal parochies van een dekenaat vastgelegd dat de meente de dekens die zich misdragen, kan *sekin*.<sup>40</sup>

Wij stuiten ook op verwijzingen naar 'zoekacties' in verscheidene *gaerlegers*. De oudste hiervan is een overeenkomst van de landsgemeenten Oostergo en Westergo uit 1461,<sup>41</sup> waarin de verplichting wordt aangegaan vredebrekers als ongehoorzamen *to seken ende to*

34 OFO II 29.

35 De onderdelen van een land werden in Westerlauwers Friesland met het begrip *deel* aangeduid. Utingeradeel maakte deel uit van het land Zevenwouden.

36 OFO II 137.

37 OFO II 30.

38 OFO II 33.

39 OFO II 202. Een essentiële passage ontbreekt in deze uitgave. Zie hiervoor: O. Vries, *Correcties op P. Sipma, Oudfriesche Oorkonden I-III, aangevuld met een overzicht van schrijvershanden* (Estrikken 64; Groningen 1984), p. 70.

40 P. Gerbenzon e.a. (ed.), *Fryske stikken út Codex Furmerius. In rige foarstúdzjes fan Grinzer en Uterter frizisten, 2 dln.* (Estrikken 33-34; Groningen 1963)), II, p. 9.

worfolghien mitter ferscha dede (te zoeken en te vervolgen op heter daad). Dit vervolgen dient te geschieden mit standena sijnw mit clocka clinck (met opgehesen alarmteken [en] met klok-gelui), waarmee wordt aangegeven hoe de meente moet worden opgeroepen. Er worden ook bepalingen gemaakt betreffende de schade die kon worden opgelopen bij een door het land afgekondigde meene sekens (algemene 'zoekactie'), en betreffende straffen voor wie hierbij niet opkomt. Van belang is verder de passage dat wie een misdadiger of vredeloze hulp verleent, even ongehoorzaam en vredeloos zal zijn als de ongehoorzame ende dyn to seken ende to byriuchten ghelyck den wrherigha... (en die te zoeken en te berechten gelijk de ongehoorzame...). In *gaerlegers* uit 1466, 1467 en 1473 komt enkel deze laatste passage, soms in licht afwijkende vorm, terug.<sup>42</sup> Opvallend is dat hierin wordt gesproken van het berechten van de ongehoorzame, waarmee het executeren van het vonnis aan de ongehoorzame zal zijn bedoeld.<sup>43</sup>

Evenals de al door Fischer opgegeven verwijzingen zijn alle hier besproken attestaties afkomstig uit normatieve bronnen. Er zijn echter ook enige stukken die betrekking hebben op concrete gevallen, alle uit Westerbouwers Friesland. In de eerste plaats is er een tekst uit 1439 overgeleverd, waarin de verbonden gerechten van de stad Leeuwarden en de twee kleine landen Opsterland en Smallingerland een hoofddeling dagvaardden.<sup>44</sup> Zij laten hierin weten dat, voor het geval deze niet op de aangegeven rechte dagen verschijnt, de donderdag erop is vastgesteld als *seec dey* ('zoekdag'). Of er die dag inderdaad een 'zoekactie' heeft plaatsgevonden, is onbekend. Dan is er een mandaat bewaard gebleven van Oostergo en Westergo uit 1480, waarin de bekende hoofddeling Wyba Siurds tho Grovestins wordt gelast naar Leeuwarden te komen om daar in gijzeling te worden genomen. Blijft hij in gebreke, *soe wollen wy jae* (lees *joe*) *seka* (dan willen wij u zoeken).<sup>45</sup> Hierin is verder sprake van *der aersta sekenis* (de eerste 'zoekactie').

Het voor ons meest interessante document is een brief van de hoofddeling Seerp Lyeuwa zoen aan een andere hoofddeling, Sicka Sjaerda, van 14 juli 1486.<sup>46</sup> Vermoedelijk moeten wij dit schrijven zien in het licht van gebeurtenissen die zich hadden afgespeeld in december 1485.<sup>47</sup> Uit de kroniek van Worp van Thabor weten wij dat Seerp, wiens familienaam Beyma was en die in Arum woonde, toen op bevel van Sicka Sjaerda, de over veel macht beschikkende hoofddeling van Franeker, onder meer een stins te Witmarsum had platgebrand. Hij schrijft nu aan Sicka dat over twee dagen (op een zondag) *Woldenzera sekens*, dat is de 'zoekactie' van Wonseradeel (waarin de dorpen Arum en Witmarsum gelegen zijn), zal plaatsvinden. Deze 'geldt' zijn twee broers en nog een derde persoon en verder hun *mannyngha* (de mannen die in hun dienst staan) en *friownden* (verwanten). Seerp, die niet

41 OFO II 48 (dit stuk wordt ook gesignaleerd door Van Iterson, *Geschiedenis der confiscatie*, p. 344).

42 OFO II 67 (ook, in drie versies en met woordenlijst, in: Gerbenzon e.a., *Fryske stikken*, I, p. 117-156), III 8, II 73, II 154. Van laatstgenoemde oorkonde bestaat nog een variante tekst: O. Vries (ed.), *Oudfriese Oorkonden*, dl. IV (Oudfriese Taal- en Rechtsbronnen 14; 's-Gravenhage 1977), p. 75.

43 Van Oosten, *De ambtshalve vervolging*, p. 69.

44 OFO II 24.

45 OFO III 12.

46 OFO III 19.

duidelijk uitspreekt of de ‘zoekactie’ ook tegen hemzelf is gericht, schildert de ijver van de grietmannen in deze zaak. Hij vraagt vervolgens aan Sicka wat zij kunnen doen, waarbij hij opmerkt dat zij ‘land en lieden’ niet kunnen verlaten, omdat zij ten zeerste begaan zijn met de ‘schamele meente’, die met hen heeft ‘gereisd’ (hiermee zal zijn bedoeld dat de meente heeft deelgenomen aan de krijgshandelingen in december).<sup>48</sup> Cryptisch is zijn mededeling dat, zoals Sicka wel weet, *wy selm dae sekense naet forseka moghen* (wijzelf de ‘zoekactie’ niet kunnen ‘verzoeken’). Hij benadrukt nog eens dat men van plan is *ws toe seken to huus ende toe hof* (ons te zoeken te huis en te hof) en laat weten dat hun belagers, als zij doorzetten, mogelijk niet ongeschonden zullen weggkomen. Ook in dit geval weten wij niet wat er verder is gebeurd. Wel lijkt hier sprake te zijn van dreigende verbanning van degenen die de ‘zoekactie’ geldt.

Wij kunnen nu vaststellen dat met het begrip ‘zoeken’ in de aangehaalde bronnen wordt bedoeld: het optrekken van het daartoe opgeroepen gewapende gerechtsvolk naar het huis van een ongehoorzame, oorspronkelijk uitmondend – althans bij weigering van de ongehoorzame de boete op staande voet te betalen – in het voltrekken van brand en braak aan diens huis en hof, later in de regel alleen nog in het executeren van het vonnis, bijvoorbeeld door panding van het verschuldigde uit het huis van de ongehoorzame. Wordt er gesproken van ‘iemand zoeken met brand en braak’, dan is de bedoeling om daadwerkelijk brand en braak te voltrekken nog duidelijk aanwezig. Alleen wanneer dit laatste het geval is, kan het begrip ‘zoeken’ worden vertaald met Duits ‘heimsuchen’, waarbij wel moet worden bedacht dat dit begrip hier niet wordt gebruikt in de oorspronkelijke betekenis van het plegen van huisvredebreuk.

De door Ahlsson gegeven vertalingen van de begrippen *sêkinge* (‘Suchen, Nachsuchen’) en *sêknisse* (= *sekense*) (‘Suchen, Nachsuchen, Haussuchung’)<sup>49</sup> kunnen worden getypeerd als te weinig expliciet of, zoals in het geval van ‘Haussuchung’, zelfs onjuist. Gerbenzon vertaalt *seka* in de door hem uitgegeven teksten eenmaal met ‘sykje’ (zoeken) en eenmaal met ‘eksekúsjetocht hâlde’ (executietocht houden), en *sekense* met ‘eksekúsjetocht’.<sup>50</sup> Het begrip ‘executietocht’ kan worden getypeerd als een goede weergave van die ‘zoekactie’ waarbij het alleen gaat om het executeren van het vonnis aan de ongehoorzame. Als algemene aanduiding voldoet echter de ruimere aanduiding ‘gerechtelijke strafexpeditie’ beter. Het begrip ‘zoekdag’ kan in het ene geval waarin het is geattesteerd, adequaat worden weergegeven met de aanduiding ‘executiedag’. De ruimere aanduiding is in dit geval: dag waarop een gerechtelijke strafexpeditie wordt gehouden.

<sup>47</sup> Vgl. Worp van Thabor, *Vierde boek der Kronijken van Friesland* (Leeuwarden 1850), p. 160.

<sup>48</sup> Meer over het begrip ‘reizen’ in §6.

<sup>49</sup> L.-E. Ahlsson, *Die altfriesischen Abstraktbildungen* (Uppsala 1960), p. 83, 120. De betekenis van het verder nog door hem opgegeven begrip *sêk(e)ne* ‘Durchsuchung eines Hauses, Haussuchung’ (p. 22) past wèl bij het daar opgegeven citaat. Eenmaal, en wel in de uit de zestiende eeuw daterende bewerking van het stadrecht van Leeuwarden, is sprake van *execucie ofte vuytsoeckinge* van rechtswegen: A. Telting (ed.), *De Friesche stadrechten* (W.O.V.R., I, 5; ’s-Gravenhage 1883), p. 240 (art. 83). Hier wordt met ‘uitzoeking’ bedoeld: panding. Het ‘zoeken’ slaat hier op het uitzoeken (selecteren) van de uit te panden zaken.

## 5. De begrippen *oenfer* en *tofare*

Er is naast *sekense* nog een ander Oudfries rechtswoord dat door Gerbenzon met ‘eksekúsjetocht’ wordt vertaald, namelijk *oenfer*.<sup>51</sup> Ook dit woord, een wat jongere vorm van *onfere*, dat letterlijk ‘aanvaart, aanrit’ betekent, verdient daarom onze aandacht.

In zijn uit 1840 daterend *Altfriesisches Wörterbuch* geeft Von Richthofen twee betekenissen van het trefwoord *onfere*: ‘besitzergreifung’ en ‘execution’.<sup>52</sup> De tweede betekenis steunt op slechts één attestatie en wel in een artikel van het Jongere Schoutenrecht, waarin, althans in de versie van Druk (de uit 1483/1486 daterende incunabel van het Friese landrecht), wordt meegedeeld dat di schelta een *oenfer greta scil oen al syne landnaten*. Von Richthofen wil dit blijkbaar als volgt vertalen: dat de schout een executie zal voltrekken aan al zijn landgenoten (het gaat hierbij om verwaarlozing van het onderhoud van een zijl). Van Oosten, die het begrip *oenfer* tegenkwam in een aantal teksten van *gaerlegers*, nam van Von Richthofen de betekenis ‘executie’ over. Hij omschrijft de *oenfer* nader als een actie waarbij alle gerechten en ingezetenen die met elkaar een landvrede hebben gesloten, tegen de ongehoorzame optrekken. Als synoniemen noemt hij nog de woorden *reyse* en *tofare*.<sup>53</sup>

De betekenis ‘executie’ is nadien evenwel op losse schroeven komen te staan, doordat Van Klaarbergen, de uitgever van de drie versies van het Jongere Schoutenrecht, de ondeugdelijkheid kon aantonen van de attestatie in Druk, waarop Von Richthofen was afgestaan.<sup>54</sup> Hofmann heeft deze betekenis van *onfere* dan ook geschrapt uit de door hem bewerkte tweede druk van Holthausens Oudfriesche handwoordenboek.<sup>55</sup> Er zijn echter, zoals Van Oosten al had aangegeven, nog verscheidene andere, aan Von Richthofen onbekende, vindplaatsen van het begrip *oenfer*. In totaal zijn dat er veertien, alle in Westerlauwerse teksten uit de tweede helft van de vijftiende eeuw. Wat opvalt is dat dit begrip hierin steeds wordt voorafgegaan door het voorzetsel *by* (hier met de betekenis ‘op straffe van’)<sup>56</sup> en dat het onveranderlijk wordt gebruikt bij strafbedreiging van een rechtsovertreder. Wij kunnen dan ook gevoeglijk spreken van een *oenfer*-clausule. Ik laat de verschillende attestaties hierna kort de revue passeren.

In een drietal inhoudelijk vrijwel identieke *gaerlegers*, daterend uit 1456, 1466 en 1467,<sup>57</sup> wordt de clausule gebruikt in een bepaling waarin degenen die worden benoemd in de raad van het land, worden bedreigd met straffen, indien zij *breckhafftich* (nalatig) of *wrherich* (on-

50 Gerbenzon e.a., *Fryske stikken*, I, p. 151, 152 (s.v. *sieckens*); II, p. 23.

51 Gerbenzon e.a., *Fryske stikken*, I, p. 150.

52 Von Richthofen, *Altfriesisches Wörterbuch* s.v. *onfere*. De betekenis ‘Exekution’ is op grond van het door Von Richthofen opgegeven citaat ook opgenomen in *Deutsches Rechtswörterbuch* s.v. *An'fahrt*. De betekenis ‘Besitzergreifung’, die in de Vierentwintig Landrechten is geattesteerd, kan hier verder buiten beschouwing blijven. Von Richthofen geeft bij deze betekenis ook een attestatie uit een oorkonde (zie hieronder, noot 58).

53 Van Oosten, *De ambsthalve vervolging*, p. 46-47.

54 Van Klaarbergen, *Das altwestfriesische jüngere Schulzenrecht*, p. 103. Het woord *oenfer* in Druk blijkt een verschrijving of verkeerde interpretatie te zijn van de woorden *an fara* (tevoren). De vertaling van de betreffende passage moet volgens Van Klaarbergen worden: dat de schout één man tevoren zal aanklagen en (vervolgens) al zijn landgenoten.

55 F. Holthausen, *Altfriesisches Wörterbuch*. Zweite, verbesserte Auflage von D. Hofmann (Heidelberg 1985), p. 79.

56 Een keer ti, maar hierbij gaat het om een onbetrouwbare late kopie (OFO III 8).



gehoorzaam) worden. Zij vervallen dan in een breuke van honderd oude schilden, welke mededeling wordt gevolgd door de woorden *ende by des landes oenfer*. Wanneer het land Westergo in 1474 een privilege verleent aan de stad Franeker, wordt bevolen hierop geen inbreuk te maken op straffe van een breuke en *by dae ferdloosheed (vredeloosheid) ende landis oenfer*.<sup>58</sup> In een mandaat van een jaar later dreigt hetzelfde land weer met een breuke en *landes oenfer*, deze keer in combinatie met *landes wrheringhs* (ongehoorzaamheid aan het land).<sup>59</sup> In het al eerder aangehaalde mandaat uit 1480 aan de hoofdeling Wyba Siurds tho Grovestins komen bedreiging met een geldstraf en *landes oenfer* voor in combinatie met *wigernys, ferdloes ende meenede* (weigering, vredeloosheid en meenede).<sup>60</sup> In de overige gevallen, die niet afzonderlijk hoeven te worden besproken, gaat het steeds weer om bedreiging met een breuke, gevolgd door de *oenfer*-clausule.<sup>61</sup> De met *oenfer* dreigende instantie is acht keer een land of een aantal verbonden landen, vier keer een stedenverbond (er wordt dan gesproken van *by der steden an fer, by wse oenfer* of *kortweg by der oenfer*) en eenmaal een stad en een daarmee verbonden kwartier van een deel (de clausule luidt dan: *by der sted en fiaerndels anfer*).

Duidelijk is dat *oenfer* in de tweede helft van de vijftiende eeuw een gangbaar begrip was in Westerlauwers Friesland.<sup>62</sup> Wat het precies inhoudt, kan uit de context echter niet worden opgemaakt. Vast staat wel dat dit substantief is afgeleid van het verbum *onfara* (letterlijk: aanvaren, aanrijden), dat tweemaal is overgeleverd, beide keren weer in het Jongere Schoutenrecht. Wij treffen het in de eerste plaats aan in een artikel over het onderhoud van de kerkweg.<sup>63</sup> Wanneer op een daartoe te houden rechtzitting een beëdigd getuigenis van iemands nalatigheid in dezen is afgelegd, vervalt de nalatige in een boete. Is hij na na vier dagvaardingen nog niet verschenen en dus ongehoorzaam, dan *aegh ma him oen ti farane ende dae wrheerghenisse of ti haliane* (heeft men hem ‘aan te rijden’ en de breuke wegens ongehoorzaamheid te panden). Wanneer hij alsnog voor het gerecht verschijnt *eer di fana opteyn wirt* (voordat de vaan opgestoken wordt), mag hij nog ‘dag en termijn’ hebben. Wacht hij totdat de vaan al op is, dan kan hij de boete alleen nog op staande voet betalen. Opvallend is de parallelie met de hierboven (§4) beschreven procedure tegen de aangeklaagde wegens doodslag.

De tweede attestatie heeft betrekking op het niet in orde brengen van een dijk waarop onderhoudsplicht rust (Fischer heeft deze tekst ook al gesignaleerd).<sup>64</sup> De nalatige vervalt in een boete en wil hij dan noch deze boete betalen noch zijn dijk in orde brengen, *zoe aghen him dae lioede oen ti farane mit dis scelta orloue ende disse wrherichnese of ti haliane* (dan heb-

57 OFO II 41, 67 (ook uitgegeven door Gerbenzon, zie noot 42), III 8. Geciteerd wordt steeds uit het eerste stuk.

58 OFO II 77 (naar deze oorkonde verwijst ook Von Richthofen, zie hierboven, noot 52).

59 OFO II 81 (Ahlsson, *Die altfriesischen Abstraktbildungen*, p. 60, vertaalt *wrheringhs* abusievelijk met ‘Verheerung’).

60 OFO III 12.

61 OFO II 91 (1481), 106 (1482) (hierin twee attestaties), III 15 (1483), II 120 (1484), 130 (1486), 138 (1486), 158 (1488).

62 Dit zal ook verklaren waarom de anonieme, ongetwijfeld uit dit deel van Friesland stammende, bewerker van de incunabel Druk juist dit specifieke woord in de tekst van het Jongere Schoutenrecht heeft willen lezen.

63 Van Klarbergen, *Das altwestfriesische jüngere Schulzenrecht*, p. 52-53; Buma/Ebel, *Westerlauwersches Recht I*, p. 214 (aangehaald is weer de versie van Jus).

64 Van Klarbergen, *Das altwestfriesische jüngere Schulzenrecht*, p. 60-63; Buma/Ebel, *Westerlauwersches Recht I*, p. 220. Geparafraseerd

ben de lieden hem ‘aan te rijden’ met toestemming van de schout en deze breuke wegens ongehoorzaamheid te panden). Daarna moet hij alsnog zijn dijk in orde brengen. Wanneer hij dat de vierde dag nog steeds niet doet, moet men de vuurbakens branden. Na nog een aantal rechtshandelingen gaat de vaan op. De nalatige kan dan de boete nog op staande voet betalen. Doet hij dit niet, dan wijst de asega dat men zijn huis *toe breke dwaen* zal en dat hijzelf en al zijn goed vredeloos zullen zijn.

Uit deze beide gevallen wordt wèl duidelijk wat het begrip *oenfer* inhoudt. Het gaat om het optrekken van het gerechtsvolk naar het huis van een ongehoorzame, uitmondend in het voltrekken van het vonnis door panning van het verschuldigde uit het huis van de ongehoorzame. Volhardt deze in zijn ongehoorzaamheid, dan kan het gerechtsvolk opnieuw optrekken, nu om woesting aan diens huis en hof te voltrekken.

Het begrip *oenfara* in het Jongere Schoutenrecht wordt door Van Klarbergen vertaald met ‘angreifen’, terwijl Buma/Ebel de eerste keer kiezen voor ‘auf seinen Besitz fahren’ en de tweede maal voor ‘Zwangsmassnahmen ergreifen’ (laatstgenoemde betekenis is door Hofmann overgenomen).<sup>65</sup> Geen van deze vertalingen kan bevredigend worden genoemd.

Zoals gezegd vermeldt Van Oosten nog twee met *oenfer* synonieme begrippen, waarvan *tofare* (letterlijk ‘toevaart, toerit’) er een is. Hij verwijst hierbij naar Cleveringa, bij wie een reeks van voorbeelden van het gebruik van dit begrip en ook van het werkwoord *towaren*, alle stammend uit de Ommelanden, is te vinden.<sup>66</sup> In al deze voorbeelden komt het begrip *tofare* (*toefaer*, *toevaert*), evenals bij *oenfer* het geval is, voor als onderdeel van een clausule waarin een rechtsovertreder met straf wordt bedreigd.

In Friestalige rechtsbronnen komt het begrip *tofere*, dus in de Oudfriese vorm, slechts eenmaal voor: in de formule *on there tofere ieftha on there fonfere* (‘op de heenreis of op de terugreis’, in dit geval naar de plaats waar de rechtzitting wordt gehouden) in de Hunsingoër keuren van 1252.<sup>67</sup> In dit geval ontbreekt een semantische overeenkomst met *oenfer* in de hierboven gegeven betekenis. Anders is het echter met de attestaties van het begrip *tofare* in Middelnederduits- en Nederlandstalige Ommelander bronnen. Om te beginnen kan worden gewezen op een van de Keuren van Humsterland (veertiende eeuw), waarvan de titel luidt: *Van to fare*. Deze opent als volgt: *Soe we so ene daet doet ende dene vrede breket ende den rechteren neet horich en wert ende se em to vareth, de eerste to fare op veer marck eng., de ander op achte marck eng.*<sup>68</sup> Het gaat hier om de vredebreker door doodslag, die ongehoorzaam is aan de rechters (bedoeld zal zijn: die niet voor het gerecht verschijnt na een bepaald aantal dagvaardingen). Wanneer dan de rechters naar hem ‘toevaren’, moet hij voor de eerste ‘toevaart’ vier en voor de tweede acht mark betalen. De overeenkomst met *oenfer* is overduidelijk, al is het vermelden van de precieze boeten ter compensatie van de onkosten van de ‘zoekactie’

bij Fischer, *Die Hauszerstörung*, p. 63.

<sup>65</sup> Holthausen/Hofmann, *Altfriesisches Wörterbuch*, p. 169.

<sup>66</sup> R.P. Cleveringa, *Gemeene landswarfen Hoofdmannenkamer te Groningen tot 1601* (Groningen-Den Haag-Batavia 1934), p. 18-19.

<sup>67</sup> W.J. Buma en W. Ebel (eds.), *Das Hunsingoer Recht* (Altfriesische Rechtsquellen 4; Göttingen 1969), p. 120; W.J. Buma en W. Ebel (eds.), *Das Fivelgoer Recht* (Altfriesische Rechtsquellen 5; Göttingen 1972), p. 194.

<sup>68</sup> Johnston, *Codex Hummercensis*, p. 340. Johnston vertaalt het begrip *tofare* met ‘trip (on the way to); expedition’ (*Codex Hummer-*

nieuw. Op de in deze keur voorkomende werkwoordvorm *tofaren* (of *faren to*) stuiten wij ook in artikel 1 van het Hunsingoër Overrecht (rond 1300),<sup>69</sup> die betrekking heeft op de doodslag van een rechter tijdens de rechtzitting. Dan is de procedure als volgt: *soe sal de meente al gemeen dat schow op theen* (het alarmteken optrekken), *ende de clocken an cleppen, ende faeren to den huse daer de hantdadige op vlucht (...); soe soelensy dat huus tobreken.*<sup>70</sup> In dit geval wordt dus met een daadwerkelijke woesting (door braak) bedreigd en wel na de oproeping van het gerechtsvolk door middel van het ons ook uit Westerlauwerse bronnen bekende optrekken van een alarmteken en luiden van de klokken.

De *tofare*-clausule duikt ook op in een overeenkomst van de rechters van drie kleine landen in het zuidoosten van het huidige Friesland (Stellingwerf, Schoterwerf en Boernferd) met de stad Groningen en de Ommelanden uit 1386.<sup>71</sup> Hierin wordt onder meer bepaald dat geen Fries *des anders hues* zal *anvechten mit blyden of mit steenbussen* op straffe van een breuke van duizend oude schilden *ende bij des menes landes to vare*. Onno Onsta (hier nog in de oudere vorm *Ontсата*) met zijn ‘partij’ wordt genoemd als rechtsovertreder; met de stad Groningen is overeengekomen om met elkaar op hem te *reijzen (...)* *umme den broke*. In een oorkonde uit 1392 wordt op verzet tegen een beschikking van de stad Groningen en de rechters van de landen Hunsingo en Fivelgo een straf gesteld van opnieuw duizend oude schilden *ende by des landes ende der Stad to vare.*<sup>72</sup> Ook in de zogenaamde grote verbonden van Groningen met de Ommelanden uit 1428, 1473 en 1482 komt de *tofare*-clausule voor.<sup>73</sup> Deze kan verder nog worden aangewezen in een reeks van Groninger/Ommelander oorkonden uit de vijftiende eeuw.<sup>74</sup>

Hoewel de verwijzing naar de *tofare* geleidelijk een lege formule zal zijn geworden, bericht de Ommelander kroniekschrijver Johan Rengers van Ten Post (1542-1626) dat de hoofdmannen ook na het ophouden van de partijschappen der Schieringers en Vetkopers (bedoeld zal zijn nog in de zestiende eeuw) daadwerkelijk gebruik maakten van de *tofare*-clausule in het grote verbond van 1482. Zij zouden deze hanteren om Ommelander rechters die zelf misdadigers wilden straffen, te dwingen hun gevangenen te laten gaan. Daartoe stuurden zij dan hun dienaren (op het gerechtsvolk werd dus geen beroep meer gedaan) mit *bijlen breeckjser vnd wapenen den gefangens loss tho laten.*<sup>75</sup> Opvallend is overigens dat dezelfde Rengers in zijn glossarium van Oudfriese en Ommelander rechtstermen to

censis, p. 584).

69 Zie voor deze datering: M.Y. Smit, *Het Hunsingoër Overrecht* (onuitgegeven doctoraalscriptie Rijksuniversiteit Groningen, 1998), p. 20-23.

70 K. von Richthofen (ed.), *Friesische Rechtsquellen* (Berlin 1840; reprint: Aalen 1960), p. 348.

71 P.J. Blok e.a. (eds.), *Oorkondenboek van Groningen en Drent(h)e* (OGD), 2 dln. (Groningen 1893-1899) 762; ook bij R.K. Driessen (ed.), *Monumenta Groningana veteris aevi inedita*, 2 dln. (Groningen 1822-1827), p. 398-407 (met aantekeningen).

72 OGD 836.

73 Van Oosten, *De ambtshalve vervolging*, p. 70-71.

74 Bijv. M.G. Oosterhout e.a. (eds.), *Pax Groningana. 204 oorkonden út it Grinzer Gemeente-archyf oer de forhålding Grins-Fryslân yn de fyftjinde ieu* (Estrikken 49; Groningen 1975), 1 (1416), 17 (1461), 19 (1467), 41 (1487), 143 (1496); A.S. de Blécourt, *Oldambt en Ommelanden. Rechtshistorische opstellen met bijlagen* (Assen 1935) p. 135 (1435); Cleveringa, *Gemeene landswarf*, p. 18 (mandaten 1438, 1439), p. 79 (mandaat 1437).

faert (en to gefaren) wel vermeldt, maar er geen betekenis bij opgeeft.<sup>76</sup> Kennelijk voelde hij zich er niet al te zeker van.

Terwijl de *oenfer*-clausule in Westerlauwers Friesland na de vijftiende eeuw is verdwenen, blijft de Groninger/Ommelander tegenhanger in gebruik en wel in mandaten van de Hoofdmannenkamer. Zo ontboden stadhouder en hoofdmannen in 1576 de ingezetenen der Ommelanden tot een wapenschouw bij *pene hondert gulden und den thovart*.<sup>77</sup> Het begrip *toefaert* komt ook voor in een door burgemeesters en raad van Groningen uitgevaardigde commissiebrief van een 'loper' op de Oldambten uit 1573.<sup>78</sup> Ook na de Reductie van 1594 werd de *tofare*-clausule nog gehanteerd en zelfs de in 1749 in plaats van de Hoofdmannenkamer getreden Hoge Justitiekamer (tot 1795) gebruikte in haar gedrukte formulieren van de zogenaamde twintig-goudgulden-mandaten nog altijd het woord *toevaert*.<sup>79</sup> De betekenis van het begrip is dan niets anders dan 'parate executie', zoals expliciet wordt opgegeven door Egbert Alting, stadssecretaris van Groningen van 1553 tot 1594, in een notitie in de marge van een mandaat uit 1473: *nota verbum toevaert usitatum Groningen paratam executionem designat, quo passim in mandatis utentur hoc tempore Regii iudices*.<sup>80</sup> Het voortleven van het begrip *tofare/toevaert* in de Ommelanden illustreert weer eens de grote mate van continuïteit in het rechtsleven van dit gebied, die scherp afsteekt bij de breuk in Westerlauwers Friesland in 1504.

Er kan nog op worden gewezen dat de begrippen *oenfer* en *tofare* herinneren aan de omschrijving *berijt* in de rechtstaal van Zeeland en West-Vlaanderen, waarmee oorspronkelijk werd bedoeld: het opsporen van ballingen of gedaagden (meer in het algemeen: van degenen die *contumax* waren verklaard). Op geregelde tijdstippen hield de graaf of zijn vertegenwoordiger zo'n *berijt*, waarbij allen die binnen het rechtsdistrict woonden, moesten opkomen om zich te paard naar het huis van de *contumax* verklaarde te begeven. Had deze zich uit de voeten gemaakt, dan werd hij bij verstek veroordeeld, gebannen en gewoest.<sup>81</sup>

75 H.O. Feith (ed.), *Werken van den Ommelander edelman Johan Rengers van Ten Post*, 3 dln. (Groningen 1852), I, p. 165.

76 P. Gerbenzon, 'In Aldfrisk glossarium fan Johan Rengers fan Ten Post', in: *Us Wurk* 10 (1961), p. 39-43 (i.c. 43). Rengers verwijst slechts naar het 14de Landrecht en het Hunsingoër Overrecht. In het eerste geval maakt hij een dubbele vergissing: bedoeld moet zijn de 14de Keur (en niet het 14de Landrecht) en hierin is in de Middelnederduitse Ommelander versie weliswaar sprake van in to varen (J. Sytsema, *De 17 Keuren en de 24 Landrechten in de Ommelander Rechtshandschriften* (Amsterdam 1998), p. 226), maar Rengers heeft niet gezien dat dit hier een gerundiumvorm is van het werkwoord *invaren*.

77 J.A. Feith en H. Brugmans (eds.), *De kroniek van Abel Eppens tho Equart*, 2 dln. (Amsterdam 1911), I, p. 226.

78 W.J. Formsma en R. van Roijen (ed.), *Diarium van Egbert Alting 1553-1594* ('s-Gravenhage 1964; RGP, Grote Serie 111), p. 237. De betreffende passage, die niet geheel helder is, luidt als volgt: *Des sall he rechte beredinge doen van alle roven, de bij der toefaert gescreven sint* (Zo zal hij van alle pandingen rekenschap afleggen, die bij de *toefaert* opgeschreven(?) zijn). Ik dank deze vindplaats aan Dr. B.S. Hempenius-van Dijk.

79 Cleveringa, *Gemeene Landswarf*, 19; Driessen, *Monumenta Groningana*, 400.

80 Aangehaald bij Cleveringa, *Gemeene Landswarf*, p. 19. Driessen, *Monumenta Groningana*, p. 400 interpreteert het begrip *tofare* als 'kosten van de (...) reis of veldtocht'.

81 MNW s.v. *berijt* (betekenis 3). Zie ook J.H. van Dale, 'Berijden – berijd – berijddag – berijddrol – berijder – berijderschap', in: *De Taal- en Letterbode* 3 (1872), p. 187-203; Fruin, 'Over twee Middelnederlandsche woorden', p. 83-85; S.J. Fockema Andreae, 'Het verbranden of afbreken van het huis eens misdadigers', in: *Handelingen en Mededeelingen van de Maatschappij der Nederlandsche Letterkunde*

## 6. Het begrip landesreise

Als synoniem van *oenfer* en *tofare* noemt Cleveringa, zoals gezegd, ook het woord *reyse*. Hierbij kan meteen al worden opgemerkt dat dit woord uiteraard niet altijd synoniem zal zijn, want veelal betekent het gewoon ‘reis, tocht’. Het kan echter ook ‘krijgstocht, veldtocht, strooptocht’ betekenen.<sup>82</sup> Laatstgenoemde betekenis heeft zich ontwikkeld in het vetewezen: wat de veldtocht is in de oorlog, is de *reyse* in de vete.<sup>83</sup> De vraag is nu of dit begrip ook kan zijn gebruikt in dezelfde betekenis als *oenfer* en *tofare*, dus als *reyse* van het gerechtsvolk tegen een ongehoorzame.

In de al eerder aangehaalde overeenkomst van Groningen en de Ommelanden met Stellingwerf, Schoterwerf en Boernferd uit 1386<sup>84</sup> wordt gesproken van *reysen (...)* *umme den broke*, wat identiek lijkt te zijn aan de *tofare*, waarvan in hetzelfde stuk sprake is. Meer houvast nog geeft het ook al geciteerde *gaerleger* van Oostergo en Westergo uit 1461.<sup>85</sup> Wanneer hierin sprake is van een *meene sekens*, volgt daarop een bepaling over de vergoeding van een reeks van mogelijke voorvallen in *disse reysen*. Het begrip *reyse* kan hier alleen terugslaan op *meene sekens* en is in dit geval dus inderdaad synoniem met ‘zoekactie’. In dezelfde tekst wordt vervolgens gesproken over degenen die niet opkomen in *alducka need reysen wors. als dae syuwen op teyn wirdet ende dyo clocka clinckt* (in alzulke noodreizen voornoemd, wanneer de alarmtekens worden opgetrokken en de klok luidt). Met ‘noodreis’ zal zijn bedoeld: een ‘reis’ waaraan men verplicht is deel te nemen. De wijze waarop hiertoe wordt opgeroepen, komt overeen met wat wij eerder zijn tegengekomen. Verderop wordt nog eens gesproken van *landes reysen* (meervoud), waarmee wordt benadrukt dat het gaat om een ‘reis’ van de meente oftewel van het gerechtsvolk van het land. Van *landes reysen* is ook sprake in *gaerlegers* uit 1456, 1466 en 1473.<sup>86</sup> Bij omschrijvingen als *landes reise* en *needreise* kan het uiteraard nooit gaan om een gewone reis of een vetetocht; wij hebben dan zekerheid dat een door de (lands)overheid afgekondigde ‘zoekactie’ is bedoeld.

Een concreet geval van een ‘landsreis’ is te vinden in de kronieken van Worp en Peter van Thabor. Wij vernemen bij hen dat er in 1469 en 1470 onderhandelingen plaatsvonden van gedeputeerden van Oostergo en Westergo met Karel de Stoute, hertog van Bourgondië, die als rechtmatige heer van de Friezen wenste te worden erkend. Deze eis werd door de landsvergadering van Oostergo en Westergo afgewezen. De hertog had echter in Oostergo ook medestanders. De hoofdeling Offe van Dokkum reisde zelfs samen met vier burgers van deze stad heimelijk naar de hertog om hem in het land te halen. Terwijl Karel zich voorberidde op een gewelddadige onderwerping van Friesland, *soe is heel Westergoe* (en dus niet

te Leiden, over het jaar 1892-1893 (Leiden 1893), p. 99-108, i.c. 105-106.

<sup>82</sup> MNW s.v. *reise*.

<sup>83</sup> K. de Vries, *Bijdrage tot de kennis van het strafprocesrecht in de Nederlandse steden benoorden Maas en Schelde vóór de vestiging van het Bourgondisch gezag* (Groningen-Djakarta 1955), p. 33.

<sup>84</sup> Zie noot 71.

<sup>85</sup> Zie noot 41.

<sup>86</sup> OFO II 41, 67 (ook uitgegeven door Gerbenzon in *Fryske stikken*, I, p. 122-137), 73. In een *gaerleger* uit 1487 wordt gesproken van

Oostergo, waarin Dokkum ligt) op 21 augustus 1470 eendrachtelick gereist toe Dockum, aldus Worp. De deelnemers aan deze onderneming *verduruen* (letterlijk: verdienen) Offes huis en de huizen van de vier burgers en ontnamen hun al hun goederen.<sup>87</sup> Peter van Thabor deelt mee dat dat *ghemeyne lant* naar Dokkum toog *ende worpen syn huys onder foeten*.<sup>88</sup> Deze kennelijk daadwerkelijk uitgevoerde woesting,<sup>89</sup> gevolgd door inbeslagneming, werd, zo wordt uit het relaas van de beide kroniekschrijvers duidelijk, voltrokken aan een landverrader. Hoewel wij deze straf voor landverraders in normatieve bronnen uit Friesland niet tegenkomen, past deze goed bij Fischers vaststelling dat de woesting zich juist voor deze categorie misdadigers lang heeft kunnen handhaven.<sup>90</sup>

Er kan ook nog worden gewezen op twee minder succesvolle 'landsreizen'. In 1461 trok het *mene land* op tegen de broers Haring en Agge Donia, die, zo wordt gezegd, veel kwaad hadden bedreven. Zij werden te Akmarij op de stins van een medestander belegerd, maar deze kon niet worden ingenomen.<sup>91</sup> Het andere geval speelde zich af in Engwierum in 1473. De plaatselijke hoofdeling Bennert Donia, die *dat recht ende die meente ende rechters* rebell was geworden, werd drie dagen lang op zijn stins belegerd door de rechters van Oostergo, waarna er een bestand werd gesloten.<sup>92</sup>

Uiteraard vonden er in de landsheerlijke periode na 1498 in Westerlauwers Friesland geen landsreizen en geen communale woestingen meer plaats. Toch stuiten wij nog op een besluit tot woesting van een huis in Leeuwarden in 1568. Dit betrof de aanzienlijke woning van dr. Tjalling van Eysinga, raadsheer in het Hof van Friesland, die zich, zonder teruggave van de hem door de koning verleende commissie en zonder herroeping van de eed waardoor hij gebonden was, in dienst had begeven van de opstandelingen tegen diens gezag. Het idee van woesting van het huis van deze afvallige raadsheer was afkomstig van de stadhouder van Friesland, de hertog van AreMBERG. In een brief van 17 mei 1568 legde deze aan de hertog van Alva, landvoogd van de Nederlanden, het volgende voorstel voor: *pour exemple et terreur d'autres, en perpétuelle mémoire, l'on devroit faire démolir et raser rez-terre sa maison (...), avec deffence de jamais y recommencher quelque bastiment ny édifice, et ung escripteau devant l'héritage, exprimant l'occasion de telle démolition* (ten voorbeeld en afschrik van anderen, tot eeuwige herinnering, zou men zijn huis moeten laten verwoesten en met de grond gelijkmaken (...), met verbod om er ooit enig bouwwerk, klein of groot, weer op te trekken, en voor het erfeen schrijven (aan te brengen), waarin de reden voor deze verwoesting wordt uitgedrukt). De

wt reysinge (OFO II 151, IV 87).

87 Worp, *Vierde boek*, p. 118-119. Offe van Dokkum kan worden geïdentificeerd als Offa Jargisma (ook Vffa Jaerxsma, Vffen Ja-richs). Vgl. OFO I 173, IV 14; Vries, *Correcties*, p. 53; Pax Groningana, nr. 18.

88 R. Steensma, *Het klooster Thabor bij Sneek en zijn nagelaten geschriften*. Een inleiding en inventarisatie (Leeuwarden 1970), p. 293 (ongepubliceerd fragment van de kroniek van Peter van Thabor).

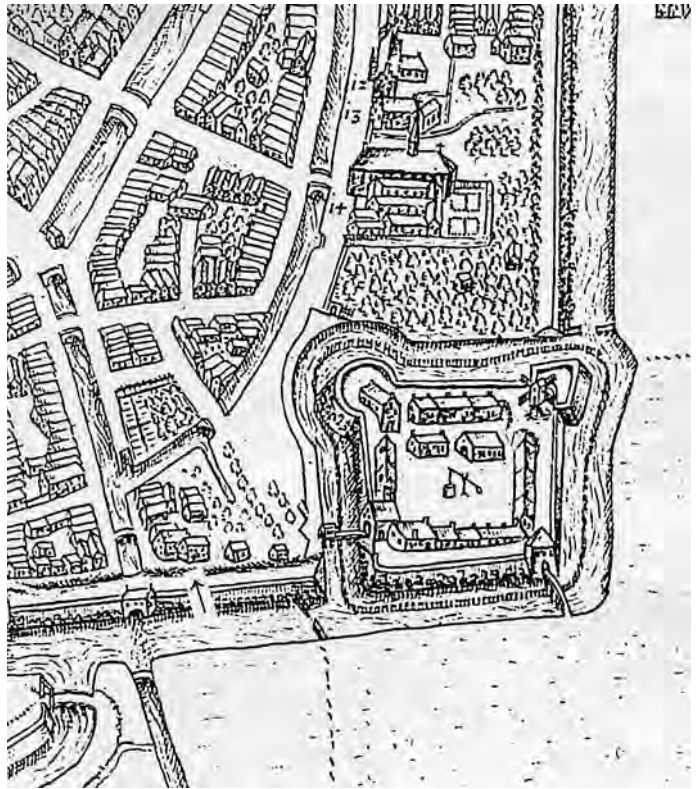
89 Kennelijk is het huis herbouwd, want in 1496 koopt de stad Groningen *saligen vffen Jarghes huus mytter hofsteden (...)* so als dat to dockum gelegen is (Pax Groningana, nr. 139).

90 Fischer, *Die Hauszerstörung*, p. 178. Vgl. ook Laubenberger, 'Wüstung'.

91 Worp, *Vierde boek*, p. 107; Peter van Thabor, *Historie van Vriesland* (Leeuwarden 1824-1827; reprint: Leeuwarden 1973), p. 18; Buma/Ebel, *Westerlauwersches Recht I*, p. 580. Het gaat hier om een episode uit de zgn. Donia-oorlog (1458-1464). Vgl. P.N. Noomen, 'De Friese vetemaatschappij: sociale structuur en machtsbases', in: J. Frieswijk e.a. (red.), *Fryslân, staat en macht 1450-1650*. Bijdragen aan het historisch congres te Leeuwarden van 3 tot 5 juni 1998 (Hilversum-Leeuwarden 1999), p. 43-64, in het bijzonder p. 58.

Gedeelte van de plattegrond van Leeuwarden uit 1572, een van de vestingbouwkundige plattegronden uit M. Schroor en Ch. van den Heuvel, *De Robles atlasen* (Leeuwarden 1998). Rechts onder het blokhuiscomplex.

Het huis van de raadsheer dr. Tjalling van Eysinga, dat in opdracht van Alva moest worden verwoest, is met een pijltje aangegeven.



bouwmaterialen zouden kunnen worden geschonken aan een klooster of gasthuis. Een andere overweging die Aremberg nog noemde, was het feit dat Eysinga's huis dicht bij het blokhuis stond. Alva stemde zes dagen later van ganser harte met dit advies in.<sup>93</sup> Voor de uitvoering van deze landsheerlijke woesting, waarvoor dus van de allerhoogste instantie toestemming was verleend, zal uiteraard niet, zoals in het communale tijdperk, het gerechtsvolk zijn opgeroepen, maar het zal de bedoeling zijn geweest dat deze werd voltrokken door militairen. Nu wilde het geval dat juist op de dag waarop Alva zijn toestemming verleende, Aremberg in de slag bij Heiligerlee sneuvelde. Anderhalve week later, op 2 juni, verzocht de luitenant-stadhouder Zeger van Groesbeek aan Alva uitstel van de uitvoering van de woesting, omdat hij gevaarlijke effecten vreesde.<sup>94</sup> Van uitstel is uiteindelijk afstel gekomen: op de plattegronden van Leeuwarden uit 1572 en 1603 is het bewuste huis, de vroegere stins van het hoofdelingengeslacht Juwsma, nog steeds aanwezig.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Worp, *Vierde boek*, p. 120.

<sup>93</sup> M. Gachard (ed.), *Correspondance du duc d'Albe sur l'invasion du comte Louis de Nassau en Frise, en 1568, et les batailles de Heiligerlee et de Gemmingen* (Bruxelles-Leipzig 1850), p. 71, 91.

<sup>94</sup> ARA Brussel, Audiëntie 294, f. 40 (microfiche in Ryksargyf Fryslân, BFB 288).

<sup>95</sup> Zie over dit huis: W. Eekhoff, *Geschiedkundige beschrijving van Leeuwarden*, 2 dln. (Leeuwarden 1846), I, p. 314.

## 7. Conclusie

De woesting heeft in de Friese rechtsbronnen betrekkelijk veel sporen nagelaten. Van belang is dat er naast de in de literatuur al bij herhaling geciteerde vermeldingen van dreiging met woesting in oudere, nog uit de grafelijke tijd daterende rechtsteksten ook verwijzingen naar dit rechtsinstituut te vinden zijn in jongere bronnen, waarbij ook enkele ‘vertellende’, uit de communale tijd, dat wil zeggen het tijdperk van de Friese vrijheid. Het laatste alleen al maakt duidelijk dat de dreiging met woesting in de Friese landen in vergelijking met aangrenzende gebieden met een sterker overheidsgezag lang in zwang is gebleven.

Overigens is het de vraag of er wel meer dan zeer incidenteel tot daadwerkelijke woesting is overgegaan. Vast staat dat er blijkens de oudere rechtsbronnen voor de rechtsovertreder nog een mogelijkheid bestond om de voltrekking van ‘brand en braak’ door het al opgeroepen gerechtsvolk af te wenden door de opgelegde boete te betalen voordat ‘de vaan op was’. In een latere fase lijkt het optrekken van het gerechtsvolk naar het huis van de rechtsovertreder in eerste instantie te zijn bedoeld om het vonnis aan hem te executeren, bijvoorbeeld door het panden van de opgelegde boete. Deze actie kon in bijzondere gevallen (in het Jongere Schoutenrecht bij blijvende nalatigheid in dijkonderhoud) kennelijk worden gevolgd door een tweede optrekken van het gerechtsvolk, waarbij wèl tot ‘brand en braak’ werd overgegaan.

De in de Friese bronnen gehanteerde terminologie kan als volgt worden samengevat: met *barna ende breka* (nominale vorm: *brand ende brek*) zal het daadwerkelijk voltrekken van de woesting zijn bedoeld, met *seka* (nominale vorm: *sekense*) het optrekken van het gerechtsvolk naar het huis van de rechtsovertreder ter voltrekking van de woesting dan wel tot het executeren van het vonnis. Met laatstgenoemd begrip synoniem zijn kennelijk de aanduidingen *oenfara* (nominale vorm: *oenfer*) en – in Nederduitstalige Ommelander rechtsbronnen – *toefaren* (nominale vorm: *tofare*, in Nederlandse vorm: *toevaert*).



# DE STRAFRECHTELIJKE EN POLITIEKE ASPECTEN VAN HET CONTRASEIGN: EEN VERGELIJKING VAN DE ONTWIKKELING VAN HET CONTRASEIGN IN BELGIË EN NEDERLAND<sup>1</sup>

## I Inleiding

De geschiedenis van de ministeriële mede-ondertekening van koninklijke besluiten, het contraseign, begint in de Nederlanden rond 1815. Vooral vanuit de Zuidelijke Nederlanden klonk vanaf dat moment een roep om ministeriële verantwoordelijkheid. Het contraseign werd – eerst in België, meteen na de afscheiding van de Noordelijke Nederlanden, en even later ook in Nederland – als noodzakelijke schakel geïntroduceerd om ministers verantwoordelijk te kunnen stellen voor het landsbeleid en tegelijk de onschendbaarheid van het staatshoofd te vrijwaren. In eerste instantie waren de meningen echter verdeeld over het soort van verantwoordelijkheid dat uit het contraseign voortspoot.

In dit artikel wordt onderzocht hoe het contraseign in beide landen is ontstaan, wat de betekenis van het contraseign bij de invoering was en wat de betekenis heden ten dage is. Eerst zal de geschiedenis van het contraseign aan de orde komen in de periode 1815-1830, daarna zal enerzijds het contraseign in België aan bod komen en anderzijds zullen de Nederlandse ontwikkelingen worden onderzocht. Daarbij zal, behalve aan de staatsrechtelijke kant van het verhaal, aandacht worden besteed aan de strafrechtelijke dimensie van het contraseign. Dit mag immers in zowel het Belgische als het Nederlandse staatsrecht als een bijzonderheid worden beschouwd.

## II De voorgeschiedenis

De geschiedenis van het contraseign begint met de geboorte van het Koninkrijk der Nederlanden in 1815, toen België onder de Kroon van Willem I werd gebracht. De macht van de Kroon was tijdens het regime van Koning Willem I aanzienlijk, zeker in verhouding tot de bevoegdheden die het parlement in die periode had. De Koning oefende alle bevoegdheden uit die niet door de Grondwet aan anderen waren geattribueerd, zoals aan de Staten-Generaal. Hetgeen met andere woorden niet uitdrukkelijk aan de wetgever was voorbehouden, werd door de Koning beschouwd als ‘zijn zaak’. Hij werd daarin bijgestaan door een aantal ‘dienende’ ministers.

<sup>1</sup> Met dank aan prof. mr. D.J. Elzinga voor het becommentariëren van een eerdere versie van dit artikel.



Koning Willem I (1772-1843). Schilderij door Joseph Paelinck (1781-1839) in Rijksmuseum Amsterdam.

Willem I voerde een persoonlijk bewind (1813-1840). De invoering van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid, tot uitdrukking komend door middel van het *contraseign*, was voor hem reden het koningschap door te geven aan zijn zoon.

Op het door Willem I gevoerde persoonlijke bewind hadden de Staten-Generaal dan ook nauwelijks invloed. Het wekt geen verbazing dat in de Staten-Generaal, voornamelijk van de zuidelijke parlementariërs, zo nu en dan de roep om ministeriële verantwoordelijkheid ('een verantwoordelijk ministerie') gehoord kon worden.<sup>2</sup> Vooral de katholieke en liberale oppositie in België had problemen met respectievelijk de afgekondigde vrijheid van religie en de beperking van onder andere de persvrijheid.<sup>3</sup>

Reeds in 1815 werd door de Belgische leden van de grondwetscommissie het voorstel gedaan om naar Engels voorbeeld ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet op te nemen. Dit zou een verantwoordelijkheid dienen te zijn voor handelingen in strijd met de Grondwet.<sup>4</sup> Het lid van de grondwetscommissie De Coninck stelde daartoe de volgende bepaling voor: 'La personne du roi est sacrée et inviolable. Les ministres sont responsables des actes contraires à la constitution dont ils auront ordonné l'exécution. (...)'.<sup>5</sup> Deze aansprakelijkheid zou dienen te gelden voor de strafrechter.<sup>6</sup>

In het voorstel van De Coninck wordt een vorm van strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid voorgesteld: ministers worden strafrechtelijk aansprakelijk gehouden voor de uitvoering van 'des actes', dat wil zeggen besluiten en wetten, die in strijd met de Grondwet zijn. Waar het ons hier evenwel om gaat is de laatste zinsnede uit het citaat van

2 Wij zullen hier niet uitgebreid ingaan op de geschiedenis van de ministeriële verantwoordelijkheid. Deze geschiedenis is onder meer uitvoerig beschreven door: A.H.M. Dölle, 'De geschiedenis van de Nederlandse ministeriële verantwoordelijkheid op hoofdlijnen', in: D.J. Elzinga (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland* (Zwolle 1994). De geschiedenis van de ministeriële verantwoordelijkheid zal worden behandeld voor zover deze van belang is voor de invoering van het *contraseign*.

3 R. C. Van Caenegem, *Geschiedkundige inleiding tot het recht (Publiekrecht)* (Brussel 1988), p. 190.

4 Van der Pot – Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 14e druk, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen (Deventer 2001), p. 427.

5 Zie over dit voorstel: H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet*, II ('s-Gravenhage 1909), p. 147.

6 Voor schending van wetten zouden ministers door de procureur-generaal voor de Hoge Raad dienen te worden gebracht. Dit laatste element kwam overeen met de in 1814 geïntroduceerde strafrechtelijke procedure voor het vervolgen van ministers wegens het begaan van ambtsmisdrijven.

De Coninck: 'dont ils auront ordonné l'exécution'. Deze zinsnede laat een vingerwijzing zien naar het latere contraseign: het gaat om een verantwoordelijkheid voor besluiten waarvan de ministers de uitvoering hebben gelast. Er wordt derhalve een 'koppeling' aangebracht tussen minister, wet en verantwoordelijkheid door het gelasten van de uitvoering van die wet. Als gevolg van het uitvaardigen van een wet zou een minister verantwoordelijk worden. Uit het voorstel wordt weliswaar niet duidelijk of aan het uitvaardigen uiting wordt gegeven door een ministeriële handtekening, maar het voorstel van De Coninck kan als een eerste stap in die richting worden gezien.

Het voorstel werd echter door een meerderheid van de grondwetscommissie afgewezen. Deze meerderheid, voornamelijk bestaande uit Noord-Nederlandse parlementariërs, was gekant tegen de eigenstandige positie van ministers, zoals in het voorstel De Coninck werd verwoord. Ministers dienden dienaren van de Kroon te zijn; daarmee strookte het niet dat zij op eigen houtje wetten zouden kunnen afkondigen.

### III Het contraseign in België

#### *De politieke dimensie*

Na de afscheiding van België in 1830 begon de Grondwetscommissie, die door het Voorlopig Bewind belast was met het opstellen van een ontwerp van Grondwet, haar taak met een weersin tegen vergedreven koninklijke macht. Enkele maanden later besprak het Nationaal Congres dat ontwerp van Grondwet vanuit een zelfde uitgangspunt: De macht van de nieuwe Koning der Belgen moest beperkt zijn.<sup>7</sup> Vooreerst werd daarom bepaald dat de soevereiniteit bij de Natie lag<sup>8</sup> en dat de Koning geen andere bevoegdheden had dan deze die hem door of krachtens de Grondwet uitdrukkelijk werden toegekend.<sup>9</sup> Hiermee leek de situatie ten opzichte van 1815 welhaast 'omgekeerd'. Om de bestendigheid en de erfelijkheid van de monarchie te verzekeren werd de Koning, zoals het in de tijdsgeest paste, onschendbaar verklaard. Deze onschendbaarheid was gebaseerd op de fictie dat de Koning niet kan misdoen.<sup>10</sup> Maar wegens de historische precedentes rekende men niet meer blindelings op de goedheid van de Vorst. Men achtte de kans groot dat ook de nieuwe Koning, dankzij zijn onschendbaarheid, ongestraft kon raken aan de nieuwe rechten en vrijheden die door de Grondwet werden verzekerd. Iemand moest feitelijk kunnen worden aangesproken voor een mogelijke schending van Grondwet en wetten. Bijkomend werd dan ook bepaald dat de Koning onbekwaam was alleen te handelen en werden de ministers

7 R. Senelle, *De constitutionele vorst in België* (Teksten en Documenten 160) (Brussel 1963), p. 6.

8 Artikel 25 Grondwet 1831 (huidig artikel 33 Grondwet). Zie voor de tekst: *Moniteur belge* 7 februari 1831.

9 Artikel 78 Grondwet – 1831 (huidig artikel 105 Grondwet).

10 De fictie beruiste oorspronkelijk op het goddelijke recht van de koningen om over hun onderdanen te regeren. Een recht dat door zijn aard geen beredeneerde instemming behoeftte.



Leopold I, de eerste Koning der Belgen (1831-1865), had zo zijn eigen interpretatie van ministeriële verantwoordelijkheid: ministers waren in de eerste plaats aan hem verantwoording verschuldigd.

Museum voor Moderne Kunst, Brussel.

verantwoordelijk gesteld voor de akten (dat wil zeggen ‘besluiten’) van de Koning. Zij konden echter juridisch niet zomaar verantwoordelijk gesteld worden voor de daden van een ander en daarom werd een constructie bedacht waarbij de ministers deelachtig waren aan het totstandkomen van die koninklijke akten: het contraseign.<sup>11</sup> Deze staatsrechtelijke constructie werd in artikel 63 van de Grondwet als volgt neergeschreven<sup>12</sup>: ‘De persoon des konings is onschendbaar; zijn ministers zijn verantwoordelijk’ en onmiddellijk daarop bepaalde artikel 64 Grondwet<sup>13</sup>: ‘Geen akte van de Koning kan gevolg hebben, wanneer zij niet medeondertekend is door een minister, die daardoor alleen reeds, ervoor verantwoordelijk wordt’.

Dit laatste grondwetsartikel, het basisartikel voor contraseign, vindt zijn tekstuele oorsprong gedeeltelijk in de Franse Grondwet van 1791.<sup>14</sup> De medeondertekening als handeling bestond namelijk reeds onder het Franse Ancien Régime, maar had toen slechts als betekenis authenticiteit te verlenen aan de handtekening van de Koning, en daardoor ook de akte van authenticiteit te voorzien. Het Nationaal Congres zag een kans om de ministeriële medeondertekening te verbinden met een politieke verantwoordelijkheid.<sup>15</sup> Het artikel stelde niet alleen duidelijk dat voor de

11 O. de Kerchove de Denterghem, *De la responsabilité des ministres dans le droit belge* (Gent 1867), p. 59.

12 In de authentieke versie was dit: ‘La personne du Roi est inviolable; ses ministres sont responsables’. Huidig artikel 88 Grondwet.

13 ‘Aucun acte du Roi ne peut avoir d’effet, s’il n’est contresigné par un ministre, qui, par cela seul, s’en rend responsable’. Huidig artikel 106 Grondwet.

14 Titre III, Chapitre II, Section IV Des Ministres, article 4 van de Franse Grondwet van 1791: ‘Aucun ordre du Roi ne pourra être exécuté s’il n’est pas signé par lui et contresigné par le ministre ou l’ordonnateur du département’. Zie voor een analyse van de Belgische Grondwet van 1831: J. Gilissen, ‘La Constitution belge de 1831: ses sources, son influence’, *Res Publica* 1968, p. 107-141.

15 M. Defré, ‘De la responsabilité ministérielle’, in *La Belgique judiciaire*, 31 mei 1863, p. 701.

geldigheid van koninklijke akten een minister moest medeondertekenen, maar tevens vloeide uit die medeondertekening rechtstreeks een eigen verantwoordelijkheid voort, voor de minister in kwestie en ten aanzien van het parlement. Op deze wijze zou hen de kans worden ontnomen bescherming te zoeken bij de onschendbare Koning.<sup>16</sup>

Leopold I beschouwde de leden van de regering als ‘zijn’ ministers die hem in zijn zware taak als eerste Koning der Belgen moesten bijstaan.<sup>17</sup> De ministers bleven dan ook in de praktijk in eerste plaats verantwoordelijk ten aanzien van de Koning. De verantwoordelijkheid ten aanzien van het parlement bestond weliswaar, maar de ministers stonden loyaal achter hun Vorst en dekten alle initiatieven. Naar mate de persoonlijke macht van de Koning begon te minderen, werden zij meer de vertegenwoordiging van de parlementaire meerderheid.<sup>18</sup> De zelfstandigheid van de ministers ten aanzien van de Vorst kreeg daarvoor meer vorm en de ministeriële verantwoordelijkheid ten aanzien van het parlement meer inhoud. Zo schreef in 1884 de toenmalige chef de kabinet<sup>19</sup>, Jules Malou, naar aanleiding van een onenigheid tussen Leopold II en hemzelf: ‘Ministres du roi, nous sommes aussi les représentants et défenseurs de cette majorité légale, plus forte aujourd’hui qu’elle ne l’a jamais été et plus résolue aussi à maintenir ses droits et sa légitime autorité.’<sup>20</sup>

### *De strafrechtelijke dimensie*

De politieke verantwoordelijkheid werd pas in 1993 uitdrukkelijk in de Grondwet neergeschreven.<sup>21</sup> De strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid daarentegen was reeds duidelijk vermeld in het artikel 90 Grondwet 1831 (nu art. 103, gewijzigd in 1998). Het ging hier om de vermelding van een te volgen procedure in geval van strafrechtelijke vervolging.<sup>22</sup> De uitzonderingsprocedure was gecreëerd ter bescherming van het ambt van de minister in kwestie. Bij de inwerkingtreding van de eerste Belgische Grondwet in 1831 was door het Nationaal Congres aan de wetgever geadviseerd dat binnen de kortst mogelijke tijd uitvoeringswetten tot stand moesten komen die het basisartikel 90 verder zouden uitwerken. Het ging hier vooral om de omschrijving van de delicten, waarvoor de ministers

<sup>16</sup> Dat werd nog eens duidelijk gemaakt met het artikel 89 Grondwet – 1831: ‘En aucun cas, l’ordre verbal ou écrit du Roi ne peut soustraire un ministre à la responsabilité’. Huidig artikel 102 Grondwet.

<sup>17</sup> Voor alle duidelijkheid: Met ‘regering’ worden in België louter de ministers en staatssecretarissen als collectief aangeduid; de Koning maakt naar Belgisch staatsrecht geen deel uit van de regering. Dat is wel zo in Nederland. Daar wordt het geheel van ministers en staatssecretarissen als ‘het kabinet’ aangeduid.

<sup>18</sup> Die persoonlijke macht van de Koning over de ministers vertaalde zich onder andere in de bevoegdheid om ‘zijn’ ministers te benoemen en te ontslaan. De keuzemogelijkheid werd in de praktijk alsmat beperkter. De regering diende namelijk de steun van de parlementaire meerderheid te hebben. En naar mate er meer politieke partijen met een duidelijk omlijnd programma opstonden, versterkte de greep van het parlement op de ministers. A. Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht* (Deurne 1995), p. 25. Over de verhouding vorst – ministers zie men vooral M. van den Wijngaert, L. Beullens en D. Brants, *België en zijn koningen. Monarchie en macht* (Antwerpen 2000), p. 181-188.

<sup>19</sup> De voorloper van het huidige ambt van Eerste Minister.

<sup>20</sup> R. Senelle, *Preadvies. De Ministerraad in België* (Antwerpen en Zwolle 1983), p. 12. Met ‘cette majorité légale’ werd de ‘parlementaire meerderheid’ bedoeld.

<sup>21</sup> Artikel 101, lid 1 Grondwet: ‘De ministers zijn verantwoordelijk tegenover de Kamer van Volksvertegenwoordigers’.

<sup>22</sup> Dat uitzonderingsregime bestond hoofdzakelijk uit een inbeschuldigingstelling door de Kamer van volksvertegenwoordigers en een berechting voor het Hof van Cassatie.

een speciale procedure genoten, en de bepaling van de strafmaat. Zolang de uitvoeringswetten ontbraken, moest de overgangsbepaling van artikel 134 Grondwet deze leegte opvangen. Men had namelijk voorzien dat de uitwerking van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de Grondwet ‘de profondes méditations et un long travail’ vereisten.<sup>23</sup> Dat het een werk van lange adem betrof werd duidelijk: de uitvoeringswetten zijn namelijk nooit totstandgekomen.<sup>24</sup> Ondertussen gaf de overgangsbepaling de Kamer van volksvertegenwoordigers een discretionaire bevoegdheid om te beslissen in welk geval een minister in beschuldiging kon worden gesteld en het Hof van Cassatie de discretionaire bevoegdheid het delict te karakteriseren en de strafmaat te bepalen. Met andere woorden, niet enkel het Strafwetboek en de bijzondere strafwetten boden een basis voor de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid, maar de bewindslieden konden ook in beschuldiging worden gesteld en worden berecht voor delicten die niet uitdrukkelijk omschreven en strafbaar gesteld waren door een strafwet. Men dacht bij het laatste vooral aan handelingen en verzuimen die de minister toelieten misbruik te maken van zijn functie. Theoretisch betekende dit echter dat een minister voor nagenoeg alle handelingen strafrechtelijk kon worden vervolgd. Dat dit strijdig is met het legaliteitsbeginsel werd pas veel later aangevoerd.

Men heeft wel verschillende pogingen gedaan om een nadere omschrijving te geven van de feiten die specifiek de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid in het gedrang konden brengen. Dit specifiek strafbaar feit, dat verschilde van de gemeenrechtelijke delicten (dit wil zeggen *commune delicten*), kon enkel door personen worden gepleegd die het ambt van minister bekleedden en de daaraan verbonden bevoegdheden en taken uitoefenden. Men dacht hoofdzakelijk aan het schenden van de Grondwet en de wetten, waardoor de Belgische Staat in het gedrang kon komen of de rechten van de burgers konden worden geschonden. Eén van de pogingen tot opsomming was het, door Minister Bara ingediende, wetsontwerp van 24 februari 1870<sup>25</sup> waarin, onder andere, te lezen stond dat strafrechtelijk kon worden vervolgd: ‘le ministre qui aura contresigné un arrêté royal

- qui suspend la constitution en tout ou en partie;
- qui suspend une loi ou dispense de son exécution;
- qui abolit la poursuite de certains crimes ou délits, ou les condamnations prononcées à raison de ces crimes ou de ces délits’ (artikel 5).

In de pogingen tot opsomming of tot algemene omschrijving van ministeriële delicten (ambts-misdrijven) komt duidelijk tot uiting dat door middel van de medeondertekening een strafbaar feit kon worden gepleegd.<sup>26</sup> Niet iedereen was er immers van overtuigd dat het schen-

<sup>23</sup> M. Defré, *a.w.*, p. 689.

<sup>24</sup> In 1865 is wel een tijdelijke procedurewet ontwikkeld om de toenmalige minister van oorlog Chazal te berechten voor een duel met volksvertegenwoordiger Delaet (Wet 18 juni 1865, *Moniteur*, 19-20 juni 1865). Een tweede tijdelijke wet bood in 1995 de mogelijkheid bepaalde daden van onderzoek ten aanzien van ministers te stellen in de periode tussen de ontbinding van de Kamer van volksvertegenwoordigers en de installatie van de nieuwe Kamer (de Agusta-wet, *Belgisch Staatsblad*, 5 april 1995). De laatste tijdelijke wet (de Di Rupo-wet, *Belgisch Staatsblad*, 18 december 1996) regelde, in beperkte mate, de te volgen procedure.

<sup>25</sup> *Gedr. St. Kamer*, 1869-70, nr. 100, p. 315.

<sup>26</sup> Zie voor de verscheidene pogingen tot omschrijving van de misdrijven die specifiek behoren tot het ministerieel ambt: R. Senelle, *Preadvies betreffende ministeriële verantwoordelijkheid en ministeriële verantwoording* (Brugge 1978), p. 4-8.

den van de rechten van burgers door het (mede)ondertekenen van ongrondwettelijke of onwettige koninklijke besluiten zomaar door een vingertik van het parlement was opgelost. Om te voorkomen dat sommige ministers een motie van wantrouwen naast zich neer zouden leggen, schuilend achter een minderheid in de Kamer of schuilend achter de Koning, was het noodzakelijk of nuttig dat zij in beschuldiging konden worden gesteld.<sup>27</sup> Dit werd niet als onrechtvaardig gezien omdat men ervan uitging dat de minister vrij was te kiezen of hij al dan niet de koninklijke akte medeondertekende. Hij koos dan ook vrij of hij medewerking zou verlenen aan de totstandkoming van ongrondwettelijke en onwettige koninklijke besluiten. Zijn keuzevrijheid rechtvaardigde een eventuele verwijtbaarheid.

Maar geen enkel van deze wetsvoorstellen is ooit aangenomen en de mogelijke basis voor inbeschuldigingstelling van ministers bleef derhalve erg vaag en algemeen. Daarenboven is geen enkele minister door de Kamer ooit in beschuldiging gesteld voor delicten die geen basis vonden in een strafwet, waardoor ook in de praktijk geen concrete voorbeelden werden ontwikkeld.<sup>28</sup> Het volgende was wel duidelijk: De strafrechtelijke verantwoordelijkheid kon bovenop de reeds bestaande politieke verantwoordelijkheid komen. Zolang de minister in functie handelde, was hij verantwoording schuldig aan het parlement. Ging hij echter als minister de grenzen van zijn mandaat te buiten en schond hij daarbij eventueel de Grondwet of de wetten, dan kon hij voor dit delict daarenboven terechtstaan voor een rechterlijke macht.<sup>29</sup>

In 1993 heeft men de overgangsbepaling, wegens strijdigheid met de Grondwet, het EVRM en het BUPO-verdrag<sup>30</sup>, aangepast. De discretionaire bevoegdheid voor inbeschuldigingstelling en berechting van respectievelijk de Kamer en het Hof van Cassatie kon vanaf dan enkel worden uitgeoefend 'in de gevallen en met toepassing van de straffen die in de strafwetten zijn bepaald'.<sup>31</sup> Men heeft met andere woorden geen wettelijke basis gecreëerd waarin specifieke ministeriële misdrijven werden omschreven, maar zich louter laten leiden door de reeds bestaande strafwetten. Hiermee is dan ook het legaliteitsbeginsel, waarmee de overgangsbepaling worstelde, gerespecteerd. Uiteindelijk is in 1998 het gehele systeem procedureel en materieel gewijzigd en uitgewerkt. Enkel gemeenrechtelijke delicten liggen aan de basis van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid. Dit zijn handelingen die door bestaande en voor eenieder geldende bepalingen strafbaar zijn gesteld. Uit de medeondertekening als handeling volgt nu slechts een politieke verantwoordelijkheid.

27 Zie hierover E. Picard, *Ministre (Agent de gouvernement), Pandectes Belges*, (Bruxelles 1907), p. 858, voetnoot 2.

28 Er zijn wel verschillende pogingen geweest om ministers in beschuldiging te stellen zonder dat daar een strafrechtelijke basis voor bestond. Een ervan dateert van 1833 en was een poging om Minister Lebeau in beschuldiging te stellen voor een uitlevering zonder wettelijke basis. Een schending van de Grondwet werd hier aangehaald als strafbaar feit, maar na een kort debat wees de Kamer de inbeschuldigingstelling af en ging over tot de orde van de dag.

29 M. Defré, *a.w.*, p. 690.

30 Het in casu ontbreken van een wettelijke basis voor strafbaarstelling is namelijk een inbreuk op artikel 12 en 14 Grondwet, artikel 7 EVRM en 15 BUPO-verdrag.

31 Grondwetsherziening van 5 mei 1993, artikel 103 Grondwet, *Belgisch Staatsblad*, 8 mei 1993.

### *Inhoudelijke evolutie van contraseign*

Dat elke akte van de Koning steeds medeondertekening behoeft is in de praktijk niet altijd zo geweest. Tot WO II werd door een meerderheid van rechtsgeleerden en politici aanvaard dat de Koning over enkele prerogatieven beschikte die hij zonder medeondertekening van zijn ministers uitoefende. Het ging hoofdzakelijk over het toenmalig artikel 68 Grondwet (huidig artikel 167 Grondwet) dat aan de Koning het bevel over land- en zee-macht opdroeg en dat de Koning in tijden van oorlog telkenmale alleen uitoefende. Naar aanleiding van de houding van Leopold III tijdens WO II werd een commissie belast met het uitbrengen van 'een met redenen omkleed advies ... over de toepassing van de grondwettelijke beginselen betreffende de uitoefening van de prerogatieven van de Koning en over de verhoudingen der grote grondwettelijke machten onderling'.<sup>32</sup> De commissie was in beginsel vooral verdeeld over het recht van de Koning over prerogatieven te beschikken, maar besloot uiteindelijk dat deze strijdig zijn met artikel 33 Grondwet, dat de soevereiniteit in handen van de Natie legt, en artikel 106 Grondwet, dat stelt dat geen akte van de Koning gevolg kan hebben wanneer zij niet medeondertekend is. De regel van de medeondertekening is met andere woorden absoluut en geldt derhalve voor iedere koninklijke akte; uitzonderingen worden niet geduld, ook niet in oorlogstijd.

Daarnaast is ook de grondwettelijke gewoonte ontstaan dat politieke verantwoordelijkheid niet enkel voor geschreven akten geldt, maar ook voor alle handelingen en verzuimen van de Koning voor zover die een politieke weerslag hebben. Het is dan in de praktijk de Eerste Minister die verantwoording zal afleggen aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers over het optreden van de Koning. Reeds in het begin van de 20ste eeuw werd in het parlement gediscussieerd over de reikwijdte van de politieke verantwoordelijkheid. Sommigen beweerden immers dat voor handelingen van de Koning waarvoor geen medeondertekening mogelijk was en waarmee de ministers in het geheel niet akkoord gingen, geen politieke verantwoordelijkheid gold. Terwijl anderen beweerden dat uit de onschendbaarheid van de Koning en zijn niet-verantwoordelijkheid enkel kon voortvloeien dat ministers wel politiek verantwoordelijk waren voor de persoonlijke daden van de Koning.<sup>33</sup> In 1979 werd door de toenmalige Eerste Minister Martens nogmaals bevestigd dat elke handeling van de Koning met een politieke weerslag onder de verantwoordelijkheid van de ministers of de regering valt.<sup>34</sup> Daar waar een medeondertekening niet mogelijk is, is het gebruikelijk dat een minister aan de zijde van de Koning staat en zo aantoonde dat de

<sup>32</sup> Verder: Verslag van de Adviescommissie over de prerogatieven van de Koning, *Belgisch Staatsblad* 6 augustus 1949, p. 7589-7600.

<sup>33</sup> Zie het debat naar aanleiding van een gepubliceerde brief met de persoonlijk mening van de Koning aan de toenmalige minister van oorlog, M. Cousebant d'Alkemade. De Eerste Minister had de publicatie van de brief toegestaan, maar vermeldde erbij dat hij de mening van de Koning niet deelde. Uit deze situatie ontspoon zich een debat over de draagwijdte van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid voor de handelingen van de Koning waarvoor geen medeondertekening was gegeven. E. Picard, 'Responsabilité', *Pandectes Belges* (Bruxelles 1907), nr. 9-11, p. 706-708.

<sup>34</sup> Deze verklaring kwam er naar aanleiding van de ontvangst door de Koning van een verzoekschrift van José Happart. Hand., Kamer, 1979-1980, 3 mei 1979, p. 432. In 1990 werd dit nogmaals in de praktijk gezet toen de Eerste Minister in de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd geïnterpelleerd naar aanleiding van een toespraak van de Koning. Hand., Kamer, 1990-91, 11 oktober 1990.



minister in kwestie akkoord gaat met de handelingen en uitspraken die het Staatshoofd op dat moment doet.<sup>35</sup>

### Het effect van de medeondertekening

In de praktijk gaat het tegenwoordig om een *voorafgaande* ondertekening door de minister van geschreven akten die de Koning als hoofd van de uitvoerende of als tak van de wetgevende macht ondertekent.<sup>36</sup>

Medeondertekening behelst in het Belgische staatsrecht twee effecten: het ene een materieel effect (de geldigheid van het besluit), het andere een zogenaamd moreel effect (de verantwoordelijkheid van de minister).<sup>37</sup> Enerzijds mist een akte van de Koning zonder medeondertekening elke juridische geldigheid.<sup>38</sup> Dergelijke onregelmatige akten mogen de rechtbanken en hoven buiten beschouwing laten.<sup>39</sup> Anderzijds is het gevolg van een ondertekening voor de minister(s) dat men 'daardoor alleen reeds, ervoor verantwoordelijk wordt'.<sup>40</sup> Een minister is echter niet verplicht de akte mede te ondertekenen en kan dus vrij kiezen of hij de ministeriële verantwoordelijkheid die uit de medeondertekening voortvloeit op wil nemen.<sup>41</sup> In het geval een meningsverschil ontstaat tussen de Koning en de minister(s) zal men in de eerste plaats proberen de Koning te overtuigen zijn mening te herzien. Lukt dat niet dan zal de minister geen andere weg hebben dan zijn ontslag in te dienen. De Koning zal zich echter in de regel schikken naar de beslissingen van de regering, die over het vertrouwen van de Kamers beschikt.<sup>42</sup>

### Wie ondertekent?

Gezien de medeondertekening een dubbel doel behelst, kan men de vraag welke minister moet ondertekenen op twee manieren benaderen.<sup>43</sup>

Uit de tekst van het grondwetsartikel kan worden afgeleid dat de handtekening van één

35 Dit gebeurt bij officiële toespraken, het bijwonen van evenementen, ontvangsten van buitenlandse hoogwaardigheidsbekleeders...enz..

36 J. Vande Lanotte, *Basisbegrippen* (Brugge 1994), p. 68.

37 Zie ook A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht* (Antwerpen 1996), p. 27.

38 Artikel 106 Grondwet.

39 Artikel 159 Grondwet: 'De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zover zij met de wetten overeenstemmen'. Hoewel men mag verwachten dat dergelijke akten zonder medeondertekening in de praktijk niet deel zullen nemen aan het juridisch verkeer.

40 Artikel 106 Grondwet.

41 Verslag van de Adviescommissie over de prerogatieven van de Koning, p. 7592.

42 Het kan echter ook anders verlopen: In april 1993 stelde zich plots een meningsverschil tussen Koning Boudewijn I en de regering. De zogenaamde 'abortuswet' was reeds door het parlement goedgekeurd en wachtte slechts nog op bekrachtiging en afkondiging van de Koning. Wegens een gewetensbezwaar weigerde de Koning echter de wet te ondertekenen, terwijl de regering hierop aandrong. De Koning liet echter wel weten dat hij de wet niet wou tegenhouden tegen de wil van het volk. Op 3 april 1993 hebben de in raad verenigde ministers besloten dat de Koning in de onmogelijkheid verkeerde te regeren, en de raad ging zelf over tot de bekrachtiging en afkondiging van de wet. Op 5 april 1993 werd de 'onmogelijkheid tot regeren' opgeheven.

43 Mast, Dujardin, Van Damme en Vande Lanotte, *a.w.*, p. 28.

minister voldoende is. Dit geldt zowel voor het op zich nemen van de politieke verantwoordelijkheid als voor de rechtsgeldigheid van de akte. Voor de rechtsgeldigheid van de akte is het naar de letter van de tekst niet nodig dat de minister die bevoegd is voor de materie de akte ondertekent. Maar men moet wel rekening houden met de benoemingsbesluiten, waarin de bevoegdheidsverdeling is neergelegd. Gebruikelijk ondertekent de minister onder wiens bevoegdheid de materie valt. Bepaalde aangelegenheden zijn echter complex en vallen onder de bevoegdheid van meer dan één minister. Het is niet ongrondwettelijk dat de akte dan door meerdere ministers wordt ondertekend.<sup>44</sup> Een koninklijk besluit dat in de Ministerraad moet worden overlegd, moet voor de geldigheid ervan echter niet door alle ministers worden medeondertekend. Hier volstaat dat in de aanhef vaststelling wordt gedaan van dergelijke beraadslaging.<sup>45</sup> Wegens de consensusprocedure van de besluitvorming in de Ministerraad, zullen wel alle ministers voor dit besluit verantwoordelijk zijn.

Ook staatssecretarissen hebben de bevoegdheid mede te ondertekenen. Zij zijn weliswaar toegevoegd aan een minister en maken geen deel uit van de ministerraad, maar worden in de Grondwet in principe gelijkgesteld met ministers.<sup>46</sup> Om deze reden is artikel 106 Grondwet ook op hen van toepassing. Het instituut van de staatssecretaris werd echter bij de invoering in de Grondwet bewust apart vermeld om te voorkomen dat de staatssecretarissen uiteindelijk als – op alle gebied – volwaardige ministers zouden kunnen worden beschouwd. Zoals Mast vermeldt: ‘Geoordeeld werd dat, daar (...) de staatssecretarissen geen deel uitmaken van de ministerraad, een aanpassing van de Grondwet de bezwaren moest ondervangen welke zouden kunnen worden ingebracht tegen de wettelijkheid van de koninklijke besluiten welke ‘in de ministerraad worden overlegd’ en die niet door de staatssecretarissen medeondertekend zijn’.<sup>47</sup> Het zijn de ministers die rechtstreeks de verantwoordelijkheid dragen die voortvloeit uit ‘koninklijke besluiten die in de ministerraad worden overlegd’. De staatssecretaris die is toegevoegd aan een minister zal in casu echter het lot van ‘zijn’ minister moeten volgen.

Tenslotte moet worden vermeld dat de bevoegdheid van staatssecretarissen om hun handtekening te plaatsen onder akten van de Koning grondwettelijk beperkt is.<sup>48</sup> Voor reglementaire koninklijke besluiten, koninklijke besluiten waarbij een ontwerp van wet wordt ingediend en voor de bekrachtiging en afkondiging van wetten volstaat de handte-

<sup>44</sup> A. Mast en J. Dujardin, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht* (Brussel 1985), p. 307; zie Mast, Dujardin, Van Damme en Vande Lanotte, a.w., p. 28, voetnoot 27 voor een opsomming van voorbeelden.

<sup>45</sup> Cass., 28 juni 1943, Arr.Verbr. 1943, p. 150.

<sup>46</sup> Volgens artikel 104, lid 4 Grondwet zijn de grondwettelijke bepalingen betreffende de ministers op de federale staatssecretarissen mede van toepassing, met uitzondering van de artikelen 90, tweede lid, 93 en 99.

<sup>47</sup> A. Mast, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht* (Gent 1973), p. 278. Het ging in principe niet om het gebrek van medeondertekening zelf, maar om het feit dat staatssecretarissen niet konden deelnemen aan de beraadslaging in de ministerraad.

<sup>48</sup> Artikel 104, lid 3 Grondwet betreffende staatssecretarissen: ‘De Koning bepaalt hun bevoegdheid en de perken waarbinnen zij het recht van medeondertekening kunnen krijgen.’ Grondwetsherziening, *Belgisch Staatsblad*, 31 december 1970, err., *Belgisch Staatsblad*, 22 januari 1971. Zie ook het KB 24 maart 1972 betreffende de staatssecretarissen, *Belgisch Staatsblad*, 28 maart 1972.

kening van een staatssecretaris namelijk niet.<sup>49</sup> In dergelijke gevallen moet de minister waaraan de staatssecretaris is toegevoegd mede-ondertekenen.<sup>50</sup>

#### IV Het contraseign in Nederland

##### *Een eerste voorstel*

Na de de facto scheiding van het Koninkrijk klonk de roep om ministeriële verantwoordelijkheid ook vanwege Nederlandse parlementariërs.<sup>51</sup> De weerstand die na de Belgisch-Nederlandse confrontatie tegen het beleid van Willem I bestond, was groot en onder meer gericht tegen de zwakke België-politiek en tegen het beleid op het gebied van de openbare financiën.

Een parlementariër die zich inzette voor de introductie van ministeriële verantwoordelijkheid was het Tweede-Kamerlid Warin. Op 8 november 1830 stuurde hij zijn collega's in de Tweede Kamer een concept-brief die aan de Koning geadresseerd diende te worden, waarin hij een voorstel tot invoering van medeondertekening van koninklijke besluiten en beschikkingen doet: 'Het is in het onafscheidelijk belang van Koning en Vaderland, dat Wij Uwe Majesteit verzoeken, zich wel te willen omgeven met een ministerie, geheel bestaande uit mannen, die het vertrouwen van Uwe Majesteit en van de natie bezitten; die onder de leiding van Uwe Majesteit de groote belangen des Vaderlands uit een en hetzelfde oogpunt beschouwen en eenstemmig behandelen; die niet schromen, zoowel gezamenlijk als elk in het bijzonder, de verantwoordelijkheid van alle daden van Regering op zich te nemen, en zich daartoe door de ondertekening van alle acten en besluiten, elk in zijn Departement, stellig verbinden.'<sup>52</sup>

Warin wenste derhalve de verbinding tussen minister, akten en besluiten en verantwoordelijkheid aan te brengen via de ministeriële ondertekening, een contraseign derhalve. Door hun ondertekening verbinden ministers zich aan de inhoud van akten en besluiten. Zo ontstaat hun verantwoordelijkheid voor die wetten en besluiten. Wat voor type verantwoordelijkheid uit de ondertekening zou voortvloeien, wordt uit Warins voorstel niet duidelijk. In tegenstelling tot De Coninck gaf Warin geen voorkeur aan voor een strafrechtelijke verantwoordelijkheid, maar laat hij in het ongewisse of hij doelt op een politieke of een strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid.

De Tweede Kamer uitte kritiek op de door Warin voorgestelde brief. Niet zozeer vanwege de gedachte van ministeriële verantwoordelijkheid, maar de Kamer achtte het noodzakelijk om bij de invoering van een vorm van ministeriële verantwoordelijkheid de

<sup>49</sup> Artikel 2 van het KB betreffende de Staatssecretarissen van 24 maart 1972, Belgisch Staatsblad 28 maart 1972, p. 3651.

<sup>50</sup> J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Overzicht van het Publiek recht* (Brugge 2001), p. 665, nr. 1069

<sup>51</sup> Dölle, 'De geschiedenis van de Nederlandse ministeriële verantwoordelijkheid op hoofdlijnen', p. 10.

<sup>52</sup> HdTK 1830-1831, p. 122 (cursivering IvdD/HB).

Grondwet te herzien. Omdat Warin vond dat erkenning van ministeriële verantwoordelijkheid door de Koning voldoende was en hij grondwetswijziging niet wilde afwachten, trok hij zijn 'initiatief-briefvoorstel' in; wel signaleerde hij de in brede kringen gedeelde overtuiging dat er een verantwoordelijk ministerie moest komen.<sup>53</sup>

#### *De strafrechtelijke basis van het contraseign*

In 1840 diende de Nederlandse Grondwet te worden herzien om de staatsrechtelijke gevolgen van het uiteenvallen van het Koninkrijk der Nederlanden in Nederland en België te regelen. De regering (lees: de Koning) zag in 1840 niet de noodzaak om de Grondwet ingrijpend te herzien; een vorm van ministeriële verantwoordelijkheid hoefde volgens de regering niet in de Grondwet opgenomen te worden. Volgens de regering stond de onschendbaarheid van de Koning reeds grondwettelijk vast en konden ministers op grond van artikel 177 Grondwet(-1815) wegens (ambts)misdrijven terecht staan voor de Hoge Raad. Volgens de regering volstonden deze bepalingen.

Hiermee ging de Tweede Kamer niet akkoord. Voor de Kamer was de ministeriële verantwoordelijkheid een uiterst belangrijk punt en de Kamer dreigde (voor de tweede keer achtereen) de begroting te verwerpen. Op 16 mei 1840 kwam de Koning tegemoet aan de wens van de Kamer naar de grondwettelijke verankering van een vorm van ministeriële verantwoordelijkheid. De verantwoordelijkheid kreeg een strafrechtelijke basis (zoals in het voorstel van De Coninck) en kwam tot uitdrukking via het contraseign (conform het voorstel van Warin). De Koning trad nog datzelfde jaar af, daarbij aanvoerend dat de ministeriële verantwoordelijkheid een drijfveer was om het Koningschap door te geven aan zijn zoon.

Het nieuwe artikel 75 Grondwet(-1840), waarin de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid werd vastgelegd, luidde als volgt: 'De Hoofden der Ministeriële Departementen zijn verantwoordelijk voor alle daden door hen als zoodanig verrigt, of tot welker daarstelling of uitvoering zij zullen hebben medegewerkt, waardoor de Grondwet of wetten mogten geschonden of niet opgevolgd zijn'. Artikel 76 luidde vervolgens: 'Ten einde van deze medewerking te doen blijken, zullen alle Koninklijke besluiten en beschikkingen moeten voorzien zijn van de mede-ondertekening van het Hoofd van Ministeriël Departement waartoe dezelve behooren'. Het contraseign werd derhalve gekoppeld aan de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid. Ministers werden strafrechtelijk verantwoordelijk geacht voor alle daden, door hen verricht of met hun medewerking tot stand gekomen, waardoor Grondwet of wet worden geschonden. De medewerking uitte zich door middel van het contraseign.

Van deze bepalingen uit de Grondwet van 1840 was het contraseign het meest verstrekkend. Door deze constructie werden Koning en minister aan elkaar 'gekoppeld'. Vanaf 1840 is voor elk koninklijk besluit de medewerking van een minister noodzakelijk. Dit

dwingt de minister tot het vormen van een eigen oordeel over koninklijke besluiten en beschikkingen. Hij is hierdoor niet langer te beschouwen als dienaar van de Kroon en kan zich ten opzichte van de volksvertegenwoordiging niet langer ‘verschuilen’ achter de wil van de Koning. Want nu ministers voor de rechtmatigheid van koninklijke besluiten moeten instaan, moeten zij zich eerst zelf overtuigen van die rechtmatigheid. De consequenties van een gecontrasegneerd onrechtmatig koninklijk besluit zijn immers groot.

### *Het vervolg*

De invoering van een strafrechtelijke vorm van ministeriële verantwoordelijkheid was niet het eindstation. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid baande een weg voor de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. De grondwetsherziening in 1848, waar vooral de naam van Thorbecke aan is verbonden, bracht deze politieke verantwoordelijkheid en enkele veranderingen ten aanzien van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid en het contraseign. Artikel 73 lid 4 Grondwet 1848 luidde: ‘Alle Koninklijke besluiten en beschikkingen worden door een der hoofden van de ministeriele departementen medeonderteekend.’ Artikel 53 Grondwet 1848 legde de politieke ministeriële verantwoordelijkheid vast en bepaalde (in de bekende formule) dat de Koning onschendbaar is en de ministers verantwoordelijk zijn.

De betekenis van de grondwetsherziening van 1848 was dat binnen de twee-eenheid Koning-minister die in 1840 werd geschapen de minister tot de politiek verantwoordelijke werd gemaakt.<sup>54</sup> Deze verantwoordelijkheid gold ten opzichte van het parlement; er werd in 1848 derhalve een rechtstreekse verbinding tussen ministers en parlement aangebracht. Ministers waren op grond van artikel 89 Grondwet 1848 gehouden aan de Kamers der Staten-Generaal inlichtingen te verschaffen. De politieke verantwoordelijkheid heeft, mede hierdoor en als gevolg van de kwesties Mijer en Luxemburg,<sup>55</sup> een centrale plaats gekregen in het Nederlandse constitutionele bestel. Daarnaast werd in 1848 vastgelegd dat de verantwoordelijkheid van ministers door de wet zou moeten worden geregeld. Deze wet, de Wet ministeriële verantwoordelijkheid (Wmv), kwam in 1855 tot stand. Hierin kwam te staan, dat ministers zorgen voor de uitvoering van Grondwet en wetten<sup>56</sup> en dat zij wegens het niet-naleven van deze verplichting verantwoordelijk en vervolgbaar zijn.<sup>57</sup> Artikel 2 Wmv luidt: ‘De mede-onderteekening van Koninklijke besluiten of Koninklijke beschikkingen wijst het Hoofd van het Ministerieel Departement aan, dat voor die besluiten of beschikkingen aansprakelijk is.’ De wet stelde in het inmiddels vervallen artikel 3 onder

<sup>54</sup> Van der Pot – Donner, *a.w.*, p. 430.

<sup>55</sup> Toen de politieke ministeriële verantwoordelijkheid in het Nederlandse staatsrecht was geïntroduceerd, bleken de verhoudingen tussen regering en Staten-Generaal nog niet uitgekristalliseerd. Daarvoor zorgden de twee hier genoemde kwesties. Uit de kwestie Mijer werd duidelijk dat de ministeriële verantwoordelijkheid zich over elke regeringsdaad uitstrekt en de Koning in die zin geen prerogatieven heeft. Uit de kwestie Luxemburg werd duidelijk dat een minister of een kabinet zich niet kan handhaven, indien de minister of het kabinet niet langer het vertrouwen van het parlement bezit.

<sup>56</sup> Artikel 1 lid 1 Wmv (Wet van 22 april 1855, Stb. 33).

<sup>57</sup> Artikel 1 lid 2 Wmv.

meer strafbaar de mede-ondertekening van koninklijke besluiten en beschikkingen die Grondwet, wet of algemene maatregel van bestuur<sup>58</sup> schenden en de uitvoering van koninklijke besluiten en beschikkingen die niet mede-ondertekend zijn.<sup>59</sup> Voor deze delicten, die verband houden met het plaatsen van het contraseign, werd een speciale vervolgingsprocedure in het leven geroepen; op andere door ministers gepleegde (ambts)-misdrijven bleven de gewone regels van strafvordering van toepassing.<sup>60</sup>

### *De politieke betekenis van het contraseign*

De invoering van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid heeft niet primair tot doel gehad ministers strafrechtelijk te kunnen vervolgen, maar veeleer om de Koning er toe te brengen ministers bij zijn besluiten te betrekken en hierdoor zijn macht te beperken. In die zin had de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid ook een politieke betekenis. Dit werd mogelijk door de medeondertekening van koninklijke besluiten door een minister die hiervoor strafrechtelijk aansprakelijk kon worden gesteld. Hierdoor kon, zo is hiervoor uiteen gezet, de macht van de Koning worden beteugeld en werden ministers gedwongen een oordeel te vormen over koninklijke besluiten. Natuurlijk was het eenvoudiger om ministers meteen politiek verantwoordelijk te maken, maar voor dit idee waren de meeste politici pas in 1848 te vinden en nog niet in 1840.

Heden ten dage is alle aandacht gericht op de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Echter, in de aanloop naar de grondwetsherziening in 1848 werd over de (politieke) ministeriële verantwoordelijkheid niet veel gesproken of gediscussieerd, ook niet bij de herziening zelf.<sup>61</sup> Dit maakt duidelijk, dat de betekenis van de invoering van strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid in politiek opzicht groot was. De invloed van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid moet, ten opzichte van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, niet worden onderschat. De betekenis van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid is voornamelijk gelegen in het contraseign: zonder de minister kan er geen regeringshandelen tot stand komen. Reeds na de invoering van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid, maar voor de introductie van de politieke verantwoordelijkheid, wendden parlementariërs zich voor inlichtingen rechtstreeks tot de minister. Er ontstond reeds toen een, in de woorden van Dölle, 'soort juridische gehoudenheid inlich-

<sup>58</sup> In de Grondwet van 1815 stonden algemene maatregelen van bestuur bekend als algemene maatregelen van inwendig bestuur. Dit zijn regels die door de Koning, thans de regering, kunnen worden gesteld en waarbij het parlement in de regel niet betrokken is. Algemene maatregelen van bestuur steunen veelal op een wet in formele zin. Deze wetten zijn door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk vastgesteld.

<sup>59</sup> De ministeriële ambtsmisdrijven zijn thans te vinden in de artikelen 355 en 356 Wetboek van Strafrecht. Deze artikelen zijn te beschouwen als de rechtsopvolgers van artikel 3 Wmv.

<sup>60</sup> Hierover uitgebreid: J.L.W. Broeksteeg, E. Sikkema, H.G. Warmelink, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers: ruime verantwoordelijkheid, beperkte vervolgbaarheid', in: *Nederlands Juristenblad* 75 (2000), p. 967.

<sup>61</sup> Dölle, 'De geschiedenis van de Nederlandse ministeriële verantwoordelijkheid op hoofdlijnen', p. 17. Ook bij de activiteiten van de Negenmannen (een groep van negen liberale Tweede-Kamerleden die een ingrijpend voorstel deden ter herziening van de Grondwet, welk voorstel in 1845 door de Tweede Kamer werd afgewezen) stond het begrip ministeriële verantwoordelijkheid niet centraal, aldus Dölle.

tingen te verschaffen en daarover te debatteren'.<sup>62</sup> Hierdoor wordt duidelijk dat het contraseign, zij het voorzichtig, een verbinding tussen ministers en parlement aanbracht voordat de politieke ministeriële verantwoordelijkheid werd ingevoerd. De link tussen contraseign, politieke verantwoordelijkheid en inlichtingen kon alleen worden gelegd als de inlichtingen over een medeondertekend document gaan.

Door de invoering van het contraseign werd aldus de relatief gemakkelijke weg vrij gemaakt voor de invoering van de politieke verantwoordelijkheid van de minister jegens de Staten-Generaal. Als gevolg van de invoering van het contraseign kwam het initiatief van wetgeving en besluitvorming reeds kort na 1840 bij de ministers te liggen. In die zin is de introductie van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid in 1848 te beschouwen als een logische stap. De politieke verantwoordelijkheid legde de twee-eenheid tussen Koning en minister duidelijk in de Grondwet neer en maakte de minister politiek verantwoordelijk ten opzichte van het parlement. Het strafrechtelijke waarborgkarakter van het contraseign bleef ook na 1848 weliswaar behouden, maar het accent van het contraseign kwam reeds kort na 1840 te liggen op het gevolg van het contraseign: de zelfstandige positie van ministers. De grondwetswijziging van 1848 gaf vervolgens die nieuwe rolverdeling duidelijk weer: de Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk.

#### *Huidige betekenis: de Grondwet van 1983*

Alvorens een wet of een koninklijk besluit in het Staatsblad kan worden geplaatst en daarmee rechtskracht krijgt, dient de koninklijke handtekening te worden voorzien van een ministeriële tegenhandtekening, het contraseign. Het contraseign heeft aldus een betekenis bij de afronding van de wetgevingsprocedure. Naast dit materiële effect van het contraseign, heeft het contraseign (nog steeds) een moreel effect: het maakt een minister zowel strafrechtelijk als politiek verantwoordelijk voor een wet of koninklijk besluit. Voor de rechtsgeldigheid van een wet of koninklijk besluit is, naast een ondertekening door de Koning, altijd een contraseign van een of meer ministers of staatssecretarissen vereist. Ministers en Koning zijn hierdoor op elkaar aangewezen, nog steeds conform de bedoeling van de invoering van het contraseign in 1840.

Artikel 47 Grondwet is thans de grondwettelijke basis van het contraseign en luidt: 'Alle wetten en koninklijke besluiten worden door de Koning en door een of meer ministers of staatssecretarissen ondertekend.' Het artikel, waarin overigens ook de staatssecretaris met naam wordt genoemd, is het resultaat van de in dit artikel geschetste ontwikkeling van de positie van de minister van dienaar van de Kroon, ondergeschikte uitvoerder van besluiten van de Koning, tot een aan de Koning nevensgeschikt orgaan. Dat dit artikel daarvan de neerslag is, is niet zo vanzelfsprekend als het lijkt. In voorstel tot Grondwetsherziening in 1983 was, in navolging van het rapport van de staatscommissie Cals-Donner, de bepaling

62 Dölle, 'De geschiedenis van de Nederlandse ministeriële verantwoordelijkheid op hoofdlijnen', p. 17.

opgenomen, dat alle wetten en koninklijke besluiten ‘door de Koning en mede door een of meer ministers of staatssecretarissen worden ondertekend’. Hiermee zou tot uitdrukking worden gebracht dat de Koning als eerste ondertekent.<sup>63</sup> In een amendement werd vervolgens voorgesteld het woordje ‘mede’ te schrappen, omdat het overbodig zou zijn.<sup>64</sup> Als gevolg van de aanvaarding van het amendement lijkt de huidige tekst van artikel 47 uit te gaan van eenzelfde soort ondertekening door zowel Koning als ministers. Dat is echter volgens Van der Burg niet het geval. Het contraseign wijst de minister aan die politiek verantwoordelijk moet worden geacht voor de inhoud van de wet of het koninklijk besluit. De ondertekening van de Koning wijst evenwel niet op een vorm van ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>65</sup> De Koning is de feitelijke ondertekenaar en de ministers nemen de verantwoordelijkheid op zich voor de koninklijke ondertekening.

Het betoog van Van der Burg sluit weliswaar aan bij de formulering van artikel 2 Wmv, waarin gesproken wordt van mede-ondertekening, maar miskent evenwel dat artikel 47 naast de ondertekening óók uitdrukking geeft aan de verhouding tussen Koning en ministers. De nevenstelling van Koning en ministers vindt niet alleen uitdrukking in artikel 42 Grondwet en de titel van de paragraaf ‘Koning en ministers’ in de Grondwet, maar ook in artikel 47. Door het schrappen van het woordje mede is aangesloten bij de huidige verhoudingen tussen Koning en ministers. Er is sprake van een gezamenlijke besluitvorming en daarbij heeft de Koning geen vooraanstaande positie ten opzichte van ministers. Het woordje mede, dat tot 1983 in de Grondwettelijke bepaling inzake het contraseign stond, moet dan ook worden gezien als een overblijfsel uit vervlogen tijden.<sup>66</sup>

## V België en Nederland: een zelfde doelstelling, een verschillende ontwikkeling

België en Nederland bleken in het begin van de 19de eeuw een zelfde doelstelling voor ogen te hebben: in beide landen bestond het verlangen naar ministeriële verantwoordelijkheid. Zulk een verantwoordelijkheid kwam tot stand met behulp van het contraseign, dat de link bleek tussen minister, besluiten en verantwoordelijkheid. Een vergelijking van de totstandkoming van contraseign leert, dat het contraseign in beide landen weliswaar op eenzelfde manier wordt gebruikt, maar dat de ontwikkeling van de daaraan gekoppelde ministeriële verantwoordelijkheid verschillend is verlopen.

Het contraseign was in België van meet af aan verbonden met de politieke verantwoordelijkheid van ministers. Sommige misstappen, zoals medewerking aan de schending van de Grondwet en de wetten, werden echter als zo gewichtig gezien dat een politieke beoorde-

<sup>63</sup> TK 1979-1980, 16 036 (R1139), nr. 3, p. 5.

<sup>64</sup> TK 1980-1981, 16 036 (R1139), nr. 16.

<sup>65</sup> F.H. van der Burg, *Regelgeving en bestuur* (Zwolle 1993), p. 86.

<sup>66</sup> Tot eenzelfde conclusie komen: Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (Deventer 2001), p. 430-431; en: P.J. Boon, ‘Naturalisatiebesluit en contraseign’, noot bij No 15 juni 1993, *Administratiefrechtelijke Beslissingen* 1993, 430, m.nt. PJS, in *Ars Aequi* 1994, p. 238-239.



ling door het parlement onvoldoende en zelfs partijdig werd geacht en een strafrechtelijke berechting een zekerder uitweg bood. Niet voor niets werd de politieke verantwoordelijkheid ook de 'morele verantwoordelijkheid' genoemd en de strafrechtelijke de 'juridische verantwoordelijkheid'. Maar echte duidelijkheid over eventuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid als gevolg van de schending van Grondwet en wetten is er niet gekomen.

In Nederland werd eerst in 1840 een vorm van ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet opgenomen. Omdat de geesten nog niet rijp waren voor een politieke, kreeg deze verantwoordelijkheid, anders dan in België, een strafrechtelijk karakter. Ook hier werd het contraseign gekozen als de link tussen minister, verantwoordelijkheid en koninklijke besluiten. Voor daden die een schending van Grondwet of wet tot gevolg hadden, kon een minister strafrechtelijk vervolgd worden. Dit kon blijken door de medeondertekening van koninklijke besluiten en beschikkingen. De strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid, waarvan de praktische betekenis nihil bleek, was een aanloop naar de politieke verantwoordelijkheid die acht jaren later ingevoerd werd.

Vanaf toen liep Nederland weer 'in de pas' met België, althans voor wat betreft de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Opvallend is, dat in beide landen vrijwel dezelfde vage formulering van ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet werd opgenomen: (de persoon van) de Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk. De Belgische formulering werd namelijk voorgesteld door de Nederlandse regering, en zij werd gewijzigd aangenomen door de Kamer.<sup>67</sup>

Pogingen in België om via medeondertekening ministers uitdrukkelijk strafbaar te stellen zijn alle mislukt. Een uitvoeringswet is er in Nederland juist in een relatief vroeg stadium, maar toch te laat gekomen. De Wet ministeriële verantwoordelijkheid werd in 1855 vastgesteld, vijftien jaar na de invoering van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid. De wet kwam nota bene zeven jaar na invoering van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, toen conflicten tussen Koning en minister over de correcte uitvoering van wettelijke voorschriften reeds via de politieke ministeriële verantwoordelijkheid werden uitgevochten en de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid reeds hierdoor aan betekenis verloren had. Opmerkelijk is dan ook, dat de pogingen om misbruik van het contraseign als een specifiek ambtsmisdrijf te kwalificeren in België zijn mislukt, terwijl de pogingen in Nederland, hoewel als mosterd na de maaltijd en in de praktijk als een dode letter, in 1855 wel zijn gelukt. In die zin is het evenzeer opmerkelijk dat in België op grond van een overgangsbepaling en via tijdelijke procedurewetten wél ministers strafrechtelijk zijn vervolgd en veroordeeld voor gemeenrechtelijke delicten. Hoewel de procedure en de delicten voor ministers in wetten reeds lang waren uitgewerkt, is dit in Nederland nimmer gebeurd.

67 Deze invoeging ('de persoon des konings') werd in de Nederlandse Grondwet 1848 uitdrukkelijk geweigerd door de Kamer, omdat zij de onschendbaarheid van de Koning slechts zou beperken tot zijn ambt en de mogelijkheid openliet dat men de Koning zou kunnen afzetten. Een mogelijkheid die men in België nu net wel wou openstellen. J.T. Buijs, *De Grondwet*, I (Arnhem 1883), p. 186.

Terwijl het contraseign op strafrechtelijk gebied in zowel België als Nederland weinig betekenis heeft gehad, is de invloed van het contraseign op politiek en staatsrechtelijk terrein niet gering. Ingevoerd om de Koning in zijn sterke positie te isoleren, is het contraseign uiteindelijk geëvolueerd naar een geldigheidsvoorwaarde voor koninklijke besluiten en wetten en een veruiterlijking van de zelfstandige bevoegdheid van ministers en hun nevengeschikte positie aan de Koning. De medeondertekening heeft er voor gezorgd dat ministers ontvoogd werden uit hun positie van dienaar van de Koning en uiteindelijk zelfs de prominente positie innamen in het dagelijks landsbestuur. Dat bewijst bovendien de huidige praktijk in België waar het contraseign van de minister een *voorafgaande* ondertekening is geworden, daar het initiatief van allerhande besluiten tegenwoordig veeleer bij ministers ligt dan bij de Koning. In Nederland ligt dit initiatief weliswaar ook bij de ministers, maar is het praktijk dat de Koning eerst ondertekent en dat vervolgens de ministers ondertekenen. Koninklijke besluiten komen tot stand ‘op voordracht’ van een minister.

Het contraseign effectueert in beide landen heden ten dage dezelfde betekenis, de huidige formulering van contraseign in de respectievelijke Grondwetten zijn echter totaal verschillend. ‘Alle wetten en koninklijke besluiten worden door de Koning en door een of meer ministers of staatssecretarissen ondertekend.’ Deze formulering uit 1983 lijkt de Koning en ministers op gelijke voet te behandelen. In tegenstelling tot de Nederlandse grondwetsevolutie is het artikel 106, sinds de invoering van de Belgische Grondwet in 1831, niet meer gewijzigd: ‘Geen akte van de Koning kan gevolg hebben, wanneer zij niet medeondertekend is door een minister, die daardoor alleen reeds, ervoor verantwoordelijk wordt’. De ongewijzigde versie bewijst in eerste instantie de duurzaamheid van de bepaling. De medeondertekening is weliswaar als begrip door gebruik en gewoonte verder geëvolueerd en verduidelijkt. Desalniettemin legt de grondwetsbepaling niet enkel de rechtsgevolgen van medeondertekening vast, zij koppelt ook nog steeds uitdrukkelijk de verantwoordelijkheid van de ministers (en tegenwoordig ook staatssecretarissen) aan de onbekwaamheid van de Belgische Koning alleen te handelen. En dat herinnert aan waar het allemaal om begon.

## PRINTING ON DEMAND, FUTURISTISCH BEKEKEN

Er wordt momenteel veel geschreven over *printing on demand*, hetgeen men beschouwt als een geheel nieuwe, door de computer veroorzaakte ontwikkeling. Boeken worden niet meer in een bepaalde oplage gedrukt, maar als computerbestand bewaard. Er worden zoveel exemplaren van gedrukt als er vraag naar is. Wil je een bepaald boek hebben, dan kun je het bestellen en heb je het binnen een paar dagen in huis.

Zo nieuw is deze methode overigens niet. Voor Amerikaanse proefschriften bestaat ze al tientallen jaren. Het is natuurlijk allemaal een kwestie van economie. Bij de tot dusver gebruikelijke druktechnieken zijn de kosten van een paar exemplaren meer of minder marginaal. Ook al verkoop je er van een oplage van duizend stuks maar vierhonderd, dan kan je nog winst maken. En het restant brengt in de ramsch ook nog wat op. Vele jaren boeken in voorraad houden doen kennelijk nog maar weinig uitgevers.

Nu het afdrukken van computerbestanden een fluitje van een cent is geworden, kan het goedkoper worden, zoveel boeken te drukken als er besteld worden. Kostbare opslag van grote voorraden boeken kan vervallen. Een computerbestand neemt bijna geen plaats in. Waarmee, terzijde opgemerkt, ook de ramsch-handel zijn langste dagen zal hebben gehad. De Slechte kan op termijn wel inpakken.

Om iets vergelijkbaars te vinden als *printing on demand* kunnen we overigens nog veel verder teruggaan. In de zeventiende eeuw kwam het vaak voor dat de drukkers de boeken die zij maakten niet lieten naaien, maar in de vorm van planovellen bewaarden. Naarmate er vraag kwam, werden boeken gevouwen, genaaid en als *paperback* verkocht (inbinden gebeurde meestal naar eigen smaak door de koper). Geen *printing on demand*, maar wel *binding on demand*. Ook dit was natuurlijk een kwestie van economie. Men spaarde bindkosten uit en de opslag van planovellen nam minder ruimte dan van genaaide boeken.

Overigens had dit systeem voor wetenschappelijke werken een merkwaardig gevolg. Omdat dit aspect bij de discussie over *printing on demand* nooit ter sprake komt, wil ik er een paar opmerkingen over maken, al ben ik noch in de drukkerij, noch in het

computerbedrijf, noch in het boekvak een specialist. Als een zeventiende-eeuwse auteur achteraf fouten vond (en wanneer gebeurt dat niet?), was het heel makkelijk en niet al te kostbaar, een planovel opnieuw te laten drukken. Kennelijk hadden drukkers daar geen moeite mee. Als het zetwerk nog 'stond', wat vaak jarenlang het geval was, kostte het ook niet erg veel tijd en geld. Bij ingenaaide boeken was dat natuurlijk veel bewerkelijker, al kon men ook daar desgewenst een bladzijde of katern uitsnijden en een nieuwe inplakken.

Als gevolg hiervan zitten huidige onderzoekers van die oude literatuur vaak met een groot probleem, dat men zich zelfs in wetenschappelijke kring niet altijd voldoende realiseert. Als men drie exemplaren van een en dezelfde editie van een oud boek heeft, kan het heel goed voorkomen, dat men drie in detail verschillende teksten heeft. Dat is bleek bijvoorbeeld het geval te zijn met drie exemplaren van de eerste druk van Gerard Noodts *Probabilia* (1674). Wat is dan de beste tekst? Dat laat zich vaak niet meer uitmaken. Als men al kan vaststellen wat de laatste verbetering is, hoeft die nog niet de beste tekst op te leveren. We kennen ook het verschijnsel dat de Duitsers zo mooi *Verschlimmbesserung* noemen.

Dit proces zal zich ongetwijfeld bij *printing on demand* in nog veel sterkere mate voordoen, want hoe veel gemakkelijker dan het herdrukken van een planovel is het niet, een computerbestand even bij te werken? Een drukker hoeft er niet meer aan te pas te komen. De auteur kan dat werkje desgewenst ook wel even zelf doen. Het aantal tekstvarianten van dezelfde editie zal dus navenant toenemen en niemand kan na enige tijd meer met zekerheid zeggen wat nu eigenlijk de beste tekst is.

Hier tekent zich eenzelfde averechtse ontwikkeling af, die men ook wel met betrekking tot het bewaren van teksten heeft geconstateerd: terwijl de techniek vooruit gaat, gaat de houdbaarheid achteruit. Perkament blijft gemakkelijk duizend jaar goed, negentiende-eeuws papier nog geen eeuw, celluloid en floppy disks slechts tientallen jaren. Als van een middeleeuwse tekst meerdere handschriften bestaan, kan men nog wel eens uitmaken wat de beste tekst is.

Als van eenzelfde oude druk meerdere varianten bestaan, wordt dat al moeilijker, en bij in de computer opgeslagen boeken zal het vaak helemaal onmogelijk worden. Toekomstige onderzoekers zijn gewaarschuwd. Ze zullen er nog heel wat mee te stellen krijgen. Of wordt het aloude streven, vast te stellen wat

nu eigenlijk de juiste tekst is, in het computertijdperk in veel gevallen ook iets van een ver verleden? Overigens is dat misschien niet eens zo slecht, want het kan in een verdere toekomst ook heel wat processen en heftige literaire, theologische en politieke discussies overbodig maken.

## DE AFFAIRE KRAYENHOFF: EEN KAFKAÏAANS PROCES

Met veel geraas stortte op 25 augustus 1824 een in 1823 gebouwd buskruitmagazijn te Ieper, in West-Vlaanderen, in. Dit deed het jonge Koninkrijk der Nederlanden dat op last van het Wener Congres in 1815 uit Noord en Zuid was gevormd als bastion tegen het agressieve Frankrijk, op zijn grondvesten schudden. Te meer toen ook de nieuwe vestingwerken te Oostende en Menen kort daarna instortten. Het Koninkrijk had de verdragsverplichting aanvaard de grenzen goed te beschermen. De grote mogendheden keken dan ook toe wat gedaan zou worden.

Op 18 maart 1825 werd een commissie van onderzoek ingesteld. In april 1825 werd de zich van geen kwaad bewust zijnde Cornelis Rudolphus Theodorus baron Krayenhoff door de Koning naar Curaçao gezonden met de eervolle opdracht plannen te maken tot versterking van het eiland. Hij kwam er met een grote staf medewerkers. Het moest een sterk fort worden, zoals Malta. Een jaar later werd het een vrijhaven. Zeerovers gevoelden zich niet welkom.

Voldaan teruggekeerd moest Krayenhoff, luitenant-generaal, inspecteur generaal der fortificatiën en van het korps ingenieurs, pontonniers, mineurs en sappeurs, ervaren dat hij, door een fluistercampagne welke hij aan de Commissie van onderzoek toeschreef, in opspraak was gebracht. Bij de fortbouw in de Zuidelijke Nederlanden zouden bakstenen van minderwaardige kwaliteit, tegen te hoge prijzen, zonder de voorgeschreven openbare aanbesteding, zijn aangekocht bij weduwen die geen steen- of pannenbakkerijen hadden. Generaal Krayenhoff werd als inspecteur generaal der fortificatiën gecompromitteerd. Het had er de schijn van, zo werd gesuggereerd, dat de Koning hem naar Curaçao had gezonden om het onderzoek buiten hem om te laten doen. Krayenhoff achtte zich diep gegriefd. Hij had een eervolle dienst van vele jaren voor het vaderland in hoge functies achter zich.

Baron Krayenhoff leefde van 1758 tot 1840. Na de studie in de rechtsgeleerdheid volgde die in de wijsbegeerte en de geneeskunde. Van 1784 tot 1795 praktiseerde hij als geneesheer te Amsterdam. Bij de nadering der Franse troepen in 1795, onder aanvoe-

ring van zijn vriend Daendels, moest hij, als patriot, Amsterdam ontvluchten, de troepen van Daendels tegemoet. Het nieuwe bewind benoemde hem tot luitenant-kolonel met verschillende opdrachten. In 1798 kreeg hij de opdracht een algemene kaart van Nederland te maken welke gediend heeft als grondslag voor de topografie van Nederland. Hij streed tegen de Engelsen en de Russen die in 1799 een inval in Noord-Holland deden. Ook Koning Lodewijk Napoleon (1806-1810) verleende hem militaire opdrachten. Zo escorteerde Krayenhoff het leger dat het Koninkrijk Holland op last van Keizer Napoleon deed inzetten in zijn veroveringstocht naar Spanje. Als minister van oorlog (1809-1810) versterkte hij de stad Amsterdam als vesting doch hij moest daarmee ophouden op last van Napoleon die er een ongewenste sterkte tegen zijn expansie in zag. Tijdens de inlijving (1810-1813) diende Krayenhoff de Franse genie in Parijs. Bij de ommekeer in 1813 nam hij op last van het Voorlopig Bewind het bestuur over de vestingwerken van en rond Amsterdam op zich. Tenslotte benoemde Koning Willem I hem in de voormelde militaire rangen en functies. In 1815 werd Krayenhoff in de adelstand opgenomen met de titel van Baron.

In verband met geruchten rond de instorting der militaire bouwwerken ontving Krayenhoff een opontbod (oproep) om op 22 mei 1826 voor het Hoog Militair Gerechtshof (H.M.G.) te Utrecht te verschijnen. Op 14 mei werd hem een aanschrijving van de commissaris-generaal van Oorlog, houdende kennisgeving dat de Koning had besloten hem van zijn functie als inspecteur generaal der fortificatiën te ontheffen. Krayenhoff loofde dit als een wijs besluit. Hangende deze kwestie toch was het juist zich terzijde te houden. Hij meende door het H.M.G. te zijn opgeroepen om inlichtingen te verstrekken ten dienste van het onderzoek. Er bevond zich immers een aantal verdachte officieren in verzekerde bewaring. Krayenhoff deed zich daarom vergezellen door zijn adjudant, kapitein ingenieur Viben. Deze zou behulpzaam kunnen zijn bij het verstrekken van informatie. Tot zijn verontwaardiging werd hij – naar hij later in een witboek over de hele affaire schreef – in een ‘donker, ongemeubileerd klein vertrek’ binnen

gelaten, met uitzicht op de ‘ramen der gevangenkamers met koekoeken bedekt, waarachter de tevoren vermelde officieren van zijn korps waren opgesloten’. Dit vervulde ‘zijne ziel met een dieptreffend hartstogtelijk gevoel, hetgeen hem lang daarna nog bijgebleven is’. Toen hij in de zittingszaal werd binnen gelaten, werd de hem vergezellende adjudant geweigerd ‘als zijnde bij het Hof strijdig met de gewoonte’. De luitenant-generaal, gealarmeerd, vroeg als hoedanig hij eigenlijk opgeroepen was: ‘om inlichtingen te geven, om te getuigen, of als beschuldigde’. Antwoord: als beschuldigde. Hij verviel ‘in de allersmartelijkste gemoedsaandoening en verontwaardiging wegens eene zoo verbazende vernedering, na zoo vele bewezene diensten en de getrouwe waarneming van zeer luisterrijke ambtsbedieningen’.

Krayenhoff merkte op niet te geloven voor zijn bevoegde rechters te staan. De substituut advocaat-fiscaal vroeg daarop of hij hier een middel van wenste te maken. Antwoord: ‘Voor het tegenwoordige niet’. Voor zijn geweten kon hij zich voor de Goddelijke Rechtbank rechtvaardigen. Het was hem dan ook onverschillig voor welke andere rechtbank hij van zijn onschuld zou moeten doen blijken. Hij tekent in het witboek aan: opmerkelijk was de verbittering, tegen de gedaagde generaal-majoor Doorman, directeur van het materiaal der artillerie en genie, die zich had ziek gemeld en daarom ‘voor deszelfs ziekbedde’ verhoord en, hoe schuldig misschien ook, ‘verre afwijkende van de deftige koelbloedigheid, in elken regter, bij het onderzoek der waarheid vereist’ behandeld was.

Krayenhoff werd verder met onderscheiding behandeld en mocht op 25 mei 1826, ‘onder handtasting ontslagen’, na erewoord naar zijn woonplaats te Nijmegen terugkeren. Alwaar hij zich wijdde aan de vervolmaking van zijn plannen met Curaçao. Bij geheim besluit van 10 augustus 1826, dat dus niet mocht worden gepubliceerd, betuigde de Koning Zijn tevredenheid met dit werk van Krayenhoff. ‘Pligt en eerbied’ vorderden dat de generaal ter audiëntie des Konings op Paleis Het Loo zou verschijnen. Doch in zijn brief van 19 augustus 1826 verontschuldigde hij zijn afwezigheid: ‘Sire! Ik bidde Uwe Majesteit mijn terugblijven van Hare gewone audiëntien, aan geene andere oorzaken te willen toeschrijven dan aan een innerlijk gevoel van welgeplaatste delicatesse, om de gegeven omstandigheden Hare wijze van denken mijwaarts niet te beproeven, of mij zelve bloot te

stellen aan een openbaar minder gunstig onthaal dan ik voormaals de eer had te genieten, en hetwelk mijne groote diensten, met belangeloozen ijver, onbevleete trouw en eer gepaard, niet kunnen verdiend hebben’.

In augustus 1827, 15 maanden na de eerste zitting, werd Krayenhoff wederom opgeroepen voor het H.M.G. te verschijnen. Hij verzocht de Koning tussenbeide te komen. Er kwam geen antwoord. Hij werd op 90 punten verhoord over de zaak Oostende, doch nog steeds zonder akte van beschuldiging. Menigvuldige incidenten en verhinderingen volgden, doch 13 maanden daarna, 8 oktober 1828, werd de zitting opnieuw geschorst. Op 29 oktober 1828 verzocht hij te worden geïnformeerd over de stand waarin het geding zich nu bevond. Het Hof berichtte met een doodoener. Men kon niet beslissen. Opnieuw adieerde Krayenhoff de Koning. Wijzend op zijn leeftijd van 70 jaren, merkte hij op dat hij, ‘in navolging van zoo vele anderen (in deze affaire) voor den afloop der procedure, en dan met hoon en schande bevekt, welligt ten grave dalen zou’. Daarom verzocht hij ‘s Konings invloed om de zaak met spoed te beëindigen. Daarop verlangde de Koning bericht van de bevoegde instanties.

Het H.M.G. antwoordde de afloop van het ambtelijke onderzoek naar de toestand van het zuidelijk frontier af te wachten om daarna in deze de zaak te beslissen. Eindelijk komt dan, voorjaar 1830, de Conclusie van Eijsch van de Advokaat Fiskaal voor ‘s Konings Zee- en Landmagt. In 332 alinea’s wordt de beschuldiging geformuleerd. De conclusie luidt dat de beschrevene zal worden vrijgesproken van de beschuldiging van ‘strafbare oogluiking’ doch wegens nalatigheid en verzuim in het niet bij vergelijking onderzoeken van de prijs der metselsteenen zal worden veroordeeld tot een kamerarrest van ten hoogste twee maanden met veroordeling in de kosten van het geding.

De luitenant-generaal mocht door tussenkomst van een advocaat en een procureur een memorie van defensie indienen. Hij zocht daartoe de advocaat Scheers van Harencarspel aan, ‘een jongman, onafhankelijk, ten aanzien zijner deugden en bekwaamheden overal voordelig bekend’, die verzekerde ‘dat hij steeds een man van eer verdedigen zou’. Diens memorie beslaat 156 bladzijden druks. Zij is juridisch interessant. Daarnaast richtte Krayenhoff persoonlijk een adres aan de Koning waarin hij wees op het toen van kracht zijnde Crimineel Wetboek voor het

Krijgsvolk te Lande. Daarin wordt gesteld dat indien een zaak niet binnen een termijn van een jaar is beslist, de beschuldigde 'absolutie van instantie' mag vorderen. Krayenhoff richtte verwijten tot het ambtelijk apparaat dat in gebreke was gebleven. Reeds in 1821 had hij aangedrongen op scherpere instructies. In 1824 ontving hij bericht van ontvangst. Inmiddels werd niets gedaan. In 1826 werd hij van zijn taak ontheven. De taak van de inspecteur generaal is de zaken in het groot te beschouwen. Hij dient niet in details te controleren. Daartoe beschikt hij feitelijk ook niet over de mogelijkheid, nu hij gaat over alle fortificatiën in het Koninkrijk. Bovendien mag de Inspecteur niet op eigen gezag inspecties uitoefenen. Dit moet hem speciaal worden gelast. Wat nooit is gebeurd.

Bijzonder in eer en waardigheid getroffen achtte de verweerder zich door de gedane eis: aan een man van zijn rang kan geen korporaalsstraf als kamerarrest worden opgelegd. Indien hij zich schuldig heeft gemaakt aan grove misdrijven of onachtzaamheid dan kan dit alleen geboet worden 'met zijn hoofd, of eerlooze cassatie' (= met de dood of met afzetting als officier). 'Zulk een eis kan alleen opkomen uit verwarde begrippen omtrent disciplinaire voorschriften en andere strafrechtelijke bepalingen'.

In de sententie van het H.M.G. van 28 april 1830 wordt vrijspraak verleend inzake de 'strafbare oogluiking'. De slechte hoedanigheid van de metselstenen aan de vestingwerken te Ieper en Oostende en het werken in daggeld had de beschrevene niet mogen en niet kunnen ontgaan. Hier was hij in gebreke doch omdat de bepalingen van het reglement van krijgstucht in casu niet kunnen worden toegepast, wordt de eis terzake van kamerarrest ontzegd. De kosten worden gecompenseerd.

De verontwaardigde baron Krayenhoff heeft alles, voorzien van bewijsstukken, vastgelegd in een witboek, uitgegeven te Nijmegen in 1830, met kanttekeningen bij de sententie welke hij in vele opzichten onjuist acht.

Wat leert ons deze geschiedenis? Dat het met de rechten van de verdediging nu beter is gesteld dan toen. De procesgang doet Kafkaïaans aan. Anderzijds had het toenmalige Criminele Wetboek voor het krijgsvolk te lande een voor de beschuldigde gunstige en royaler opvatting omtrent de redelijke termijn dan de huidige rechtspraak.

#### Literatuur

Zie over C.R.T. Kraijenhoff (1758-1840): G.J.W. Koolemans Beijnen in *Nieuw Nederlandsch Biographisch Woordenboek 2* (Leiden 1912), kolom 719-725. Het boek dat Kraijenhoff over de affaire publiceerde is getiteld *De luitenant generaal baron Krayenhoff voor het Hoog Militair Gerechtshof beschreven en vrijgesproken* (Nijmegen : C.A. Vieweg, 1830), 231 pp. Zie ook het standaardwerk over de militaire geschiedenis van Ieper: J.J.J. Vereecke, *Histoire militaire de la ville d'Ypres, jadis place forte de la Flandre occidentale* (Gent 1858), p. 248, 253-254, 276-277 en P. Vandergoethe, 'Ieper na Napoleon', in: *De omwallingen. Mededelingenblad van het genootschap voor geschiedenis en vestingbouwkunde Ieper*, dl. 6, nr. 2-3, p. 8-27. Uit deze publicaties blijkt dat de majoor, inmiddels luitenant-kolonel Lobry, onder wiens toezicht het werk was uitgevoerd en die steekpenningen had aangenomen voor het goedkeuren van inferieure bouwmaterialen, door de krijgsraad in Utrecht werd veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf en verlies van rang en eretekens.

## DE ARCHIEVEN VAN ELISABETH VAN DORP, HAAGS ADVOCATE VAN 1903 TOT 1915

Dat archieven niet de enige plaats zijn waar men archiefstukken kan aantreffen bleek wel toen ik in december 2001 in de Amsterdamse Oudemanhuispoort het brievenboek vond van een Haagse advocaat over de jaren 1909 tot 1911. Na de vuistdikke bundel te hebben bekeken met de professoren Keverling Buisman en Veen ging ik terug naar het boekenstalletje, waar alle boeken fl. 2.00 per stuk kostten, op zoek naar meer exemplaren. Het bleek dat een oude antiquaar een ander exemplaar gekocht had. De volgende dag bezocht ik zijn winkel, en vroeg hem of hij zijn exemplaar wou afstaan. Hij maakte meteen duidelijk dat hier geen sprake van kon zijn, en 'of ik niet wist dat mejuffrouw Van Dorp een van Nederlands eerste vrouwelijke advocaten en de eerste econome was geweest?' Met deze informatie had meneer Putman mij een eerste aanknopingspunt gegeven.

Elisabeth (Lizzy) Carolina van Dorp (1872-1945)<sup>1</sup> studeerde vanaf 1897 in Leiden rechten, waar zij onder andere deel uitmaakte van het juridisch dispuut 'Juri Sacrum' dat onder leiding van professor Drucker stond. Zij behaalde in 1901 als eerste vrouw in Nederland haar doctoraal examen en sloot haar studie in 1903 af met een proefschrift over *Schadeloosstelling bij vernietiging of onbruikbaarmaking van eigendom door het openbaar gezag*. Van 1903 tot 1915 werkte zij als advocate in Den Haag. Bij haar eerste optreden viel haar geen warm onthaal ten deel van de zijde van het Openbaar Ministerie. Advocaat-Generaal Reitsma achtte dit wel een historische gebeurtenis, maar hij 'twijfelde er aan of in het algemeen de rechtspraak door vrouwelijke medewerking zou gebaat worden.'<sup>2</sup> De publieke tribune zat vol, vooral met vrouwen en in de Nederlandse en buitenlandse pers publiceerde menigeen een artikel over dit eerste

vrouwelijke optreden, het was een publieke gebeurtenis van betekenis.<sup>3</sup> Zo was bijvoorbeeld de president van het Haagse Hof, J.J. van Geuns, samen met zijn echtgenote naar het pleidooi komen luisteren. Van Dorps pleitrede was volgens hem 'degelijk, volledig en klemmend.' Ook haar getuigenverhoor was goed, zo ging hij verder, 'daarom hebben de eerste woorden van den Advocaat-Generaal – ik wil het u eerlijk bekennen – mij leed gedaan.' Maar de A.-G. bedoelde het volgens de president 'zoo kwaad niet.'<sup>4</sup> Het optreden van de A.-G. werd door de meeste kranten niet als netjes ervaren, en het *Weekblad van het Recht* maakte er ook melding van.<sup>5</sup> Van Dorps cliënt werd door het Hof vrijgesproken.

Het brievenboek van Van Dorp behelst vooral correspondentie met cliënten, zaken waarin zij als curator en executeur testamentair optrad en brieven over zaken die buiten de rechter om geregeld konden worden. Daarnaast zijn in het brievenboek haar activiteiten terug te vinden voor vele feministische verenigingen waarin zij actief was: de Vereeniging tot verbetering van den maatschappelijken en den rechtstoestand der vrouw in Nederland, de Vereeniging tot Behartiging van de Belangen der Vrouw, de Nationale Vereeniging voor Vrouwenarbeid en het dames leersmuseum. Dit waren niet eens alle verenigingen waarvoor zij zich inzette. Nog genoemd kunnen worden Pro Juventute en de Nederlandsche Bond voor Vrouwenkiesrecht, waarvan zij de eerste voorzitter was. Ook bevat dit boek een uitgebreide correspondentie tussen Van Dorp en mr Adolphine van der Hoek-Kok, een medestudente in Leiden en medelid van het dispuut Juri Sacrum, die net voor Van Dorp haar doctorstitel behaalde en enige weken voor haar in Rotterdam beëdigd werd.

1 Zie over haar M.M.G. Fase in *Biografisch Woordenboek van Nederland*, IV ('s-Gravenhage 1994), p. 114-116.

2 WvhR 7960, 12 oktober 1903. Het WvhR had eerder dit jaar ook al bij het behalen van de doctorsgraad door mej. A. Kok en bij haar eerste pleidooi, in Rotterdam, positief geschreven over de intrede van vrouwen in de advocatuur (WvhR 7880 en 7918). D. Simons zou zich jaren later in het WvhR ook sterk maken voor de toegang van vrouwen tot de rechterlijke macht (WvhR 9773, 9775 en 12135).

3 Knipsels aanwezig in het IIAV, archief E.C. van Dorp (nog niet geïnventariseerd).

4 Brief d.d. 8 oktober 1903 van J.J. van Geuns aan E.C. van Dorp, aanwezig in het IIAV, archief E.C. van Dorp.

5 In het WvhR 7960 (12 oktober 1903) stond een verslag van deze zitting. Hierop reageerde A.-G. Reitsma in het WvhR, no. 7962 (16 oktober 1903) met een geërgerde brief die wederom gevolgd werd door een onderschrift van de redactie.



Als een der eerste advocates en als strijdbaar feministe hield zij vele lezingen. Zo sprak zij in 1904 en 1909 voor het Duitse Verband Fortschrittlicher Frauenvereine over de vrouw in de advocatuur in Nederland. In 1915 keerde zij de advocatuur de rug toe, naar eigen zeggen omdat 'haar rechtsgevoel niet bevredigd werd door ons strafrechtelijk systeem.'<sup>6</sup> Hierna werkte zij als eerste professionele econome aan monetaire theorieën. Ze was sinds 1919 als privaattoceante verbonden aan de Utrechtse universiteit.<sup>7</sup> Bekendheid verwierf Elisabeth van Dorp ook door haar Kamerlidmaatschap in de jaren 1922-1925 voor een nieuw opgerichte Liberale Partij. Sam van Houten (1837-1930) was bij de verkiezingen van 1922 de lijsttrekker van de partij. Toen de Liberale Partij één zetel veroverde, werd die niet ingenomen door Van Houten maar door Lizzy van Dorp.

Dit ene brievenboek over een beperkte periode geeft enig inzicht in de praktijk van Elisabeth van Dorp. Het zal met het exemplaar van de antiquaar worden toegevoegd aan het archief van Van Dorp. Dit wordt beheerd door het Internationaal Informatiecentrum en Archief voor de Vrouwenbeweging (dat ook de hiernaast afgedrukte foto van mr. Van Dorp ter beschikking stelde).<sup>8</sup> Hierdoor is de uitgaande correspondentie van deze advocate over de periodes juni 1906 tot januari 1908 en september 1909 tot augustus 1912 op een curieuze wijze weer bijeengebracht en toegankelijk voor onderzoek. In het IIAV werkt men



op dit moment aan het ontsluiten van de tien meter archief van Van Dorp, en wil men in de toekomst overgaan tot het vastleggen op microfilm van het materiaal om een optimale toegang en conservering te waarborgen.

6 R.v.R., 'Bekende vrouwen XXXIII Mej. Mr. van Dorp' in: *De Haagsche Vrouwenkroniek*, 6<sup>e</sup> jrg. no. 5, 1 februari 1919.

7 M.M.G. Fase, *Geld in het fin de siècle* (Amsterdam 1999), p. 240-244.

8 IIAV, Obiplein 4, 1094 RB Amsterdam, [www.iiav.nl](http://www.iiav.nl).

## HERINNERINGEN AAN MARCEL HENRI BREGSTEIN (1900-1957)<sup>1</sup>

Dames en Heren,

First of all I want to say something to the foreign participants in this congress. Dear Colleagues from abroad, I'll start saying some words to you. During the hundreds of international congresses in which I participated, I never spoke a word in Dutch. Today it will be different. I will formulate some reminiscences of my Master, Professor Marcel Henri Bregstein, who was a Professor of Private Law in the Faculty of Law of the University of Amsterdam from 1939 until his sudden death in April 1957. These reminiscences are directly connected with words spoken by Bregstein – mainly in the classroom – in Dutch. It would be rather artificial to speak about Bregstein in English. My small paper of around fifteen minutes with personal memories of Professor Bregstein will therefore be in Dutch.

Dames en Heren,

Toen mijn vriend Koen Bregstein mij namens het bestuur van de Marcel Henri Bregsteinstichting verzocht, hier aan het begin van het Bregsteincongres over ongegronde verrijking enkele herinneringen aan mijn onvergetelijke leermeester Bregstein te verwoorden, heb ik daarover geen seconde gearzeld. Die herinneringen zijn even talrijk als levend. Veel van hetgeen ik met Bregstein beleefde staat mij bij alsof het gisteren gebeurd is.

Donderdags van 11 tot 3 waren Bregsteins colleges, eerst vele jaren in de bovenzaal van de Agnietenkapel, later op last van de Brandweer – de zaal in de Agnietenkapel was overvol, zelfs op het podium zaten studenten – in een grotere benedenzaal in de Oudemanshuispoort.

Snel, met veel decibellen en gevolgd door enkele assistenten kwam Bregstein de collegezaal binnen. Jan Wiarda schreef over Paul Scholten: 'Zijn Geliefde Stap' met drie hoofdletters. Dat zouden wij over Bregstein niet geschreven hebben, hoe groot ook de sympathie en de bewondering waren, die wij voor

hem hadden. Hoe intens mijn bewondering voor hem was, herinner ik mij, toen hij in vloeiend Frans aan de telefoon met de Franse Ambassade sprak, toen hij in januari 1952 als Rector Magnificus de diesrede over *De betrekkelijke Waarde der Wet* uitsprak in de vroegere aula van onze Universiteit en toen hij in een volle Apollohal als Rector temidden van de universitaire gemeenschap in mei van dat jaar bij de lustrumviering door zijn vriend Kisch werd toegesproken.

Bregstein kwam de collegezaal binnen en dan begonnen intellectuele avonturen, zoals ik die nadien vrijwel nimmer meer heb meegemaakt. Veel was daar bijzonder aan. Helaas is het niet helemaal na te vertellen. Bijzonder was al de – in die tijd nog veel zeldzamer – dialoogvorm. Er werden voortdurend vragen gesteld, er werd voortdurend gerespondeerd en bovenal gediscussieerd door en met studenten en assistenten. Die discussies waren uiterst levendig. Spannend was het in hoge mate. Zowel bij Bregstein zelf als bij de toehoorders en discussiedeelnemers was vaak van ware opwindings sprake. Dit leidde tot verbazing bij mijn andere leermeester, Hoetink, die voor het recht en voor veel meer een gedistancieerde belangstelling had en zich niet kon voorstellen, dat iemand zich over een civielrechtelijk onderwerp kon opwinden. Tijdens zijn colleges was bij Bregstein vaak van 'hardop denken' sprake. Eens zei hij aan het begin van het tweede college-uur: 'U moet alles vergeten, wat ik het vorige uur gezegd heb' en het denken begon opnieuw. Het was heel anders dan bij de andere grote Amsterdamse civilist uit die tijd, Pitlo, die in monoloogvorm een tevoren geheel uitgedacht betoog presenteerde. Typerend voor Bregstein was het 'ten einde denken' van een onderwerp, noodzakelijk voor iedere beoefenaar van de privaatrechtsdogmatiek.

De colleges waren boeiend, zij waren ook ongemeen enthousiasmerend. Had hij een arrest van de Hoge Raad of een passage in een deel van de Asser-serie behandeld, dan gingen wij direct na het college

<sup>1</sup> Het in het Nederlands gestelde gedeelte van deze toespraak is in Engelse vertaling gepubliceerd in E.J.H. Schrage (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contract* (The Hague: Kluwer Law International, 2002; ISBN 90-411-1655-9), p. 21-24. (Het boek telt 480 pp. en kost Euro 125). (Noot van de redactie)

naar de U.B. om het behandelde op te zoeken; het Juridisch Instituut, voor de totstandkoming waarvan hij zich, tezamen met mijn vriend en collega Tom de Smidt, zeer heeft ingezet, bestond aan het begin van de vijftiger jaren nog niet.

Met het bemiddelend vonnis had Bregstein niets op. Er was uiteindelijk altijd één goede, rechtvaardige in het open rechtssysteem passende oplossing, die door denken in dialogovorm moest worden gevonden.

Een goed privaatrechtelijk systeem was volgens Bregstein essentieel voor een rechtvaardige samenleving, waarvoor hij zich voortdurend beijverde. Ook in de tijd, waarin eerst in ons oostelijk nabuurland en na 1940 ook in ons land van een op het recht gebaseerde samenleving geen sprake meer was, bleef hij zich inzetten voor recht en gerechtigheid.

Dat bij het vinden van goede beslissingen naar geldend Nederlands privaatrecht aan rechtsgeschiedenis en rechtsvergelijking een belangrijke rol toekomt en dat deze takken van wetenschap voor het inzicht van elke civilist verrijkend zijn, daarvan doordrong Bregstein ons bij voortduring. Hij geloofde in de waarde van unificatie van delen van het privaatrecht in Europa, hetgeen o.a. blijkt uit zijn deelname aan de werkzaamheden van 'Unidroit' in Rome. Ook tegenover de hercodificatie van ons burgerlijk recht stond hij positief.

Bregstein had naast het recht ook andere gebieden welke zijn belangstelling hadden: de Oudheid, politieke en cultuurgeschiedenis, Franse letterkunde. Toch was hij bovenal civilist. Pitlo had ook hoogleraar in een historisch of litterair vak kunnen zijn. Bregstein kan men zich toch eigenlijk alleen voorstellen als hoogleraar privaatrecht.

Wie na het candidaatsexamen Bregsteins colleges gingen volgen, had daar – gezien de moeilijkheidsgraad – wel moeite mee. 'Maar', zei hij, 'U moet niet nu weggaan en het na enige tijd opnieuw proberen'. Hij vergeleek dat altijd met iemand die aan een drukke straat een kamer wilde huren, het er te druk vond en zei: 'Ik kom over een paar maanden wel terug'. 'Dan is het namelijk', zei Bregstein, 'net als met de colleges, precies zo'.

Er was nog iets waardevols, wat wij van Bregstein leerden, nl. respect. Over Molengraaff, F.G.Scheltma, Scholten, Eggens en Meijers sprak hij altijd met bewondering. Over hetgeen zij schreven moest verder – zij het natuurlijk wel kritisch – worden nagedacht. Ook auteurs voor wie niet zó'n grote eerbied



Prof. Mr. M.H. Bregstein geeft college, eerste helft jaren 1950. Foto: Mr. F.J.L. Löwenstein. Collectie Mr. K. Bregstein, Amsterdam.

op zijn plaats was, ik denk aan Jan Drion, Beekhuis, Rutten, Van Brakel, Star Busmann en Jan Wiarda, noemde hij altijd op een positieve wijze, ook al week hij van hun opvattingen af.

Vaak zei Bregstein: 'Ik ben hier aangesteld als pedagoog en dus moet U doen wat ik zeg'. Wij accepteerden dat en veel aanwijzingen bleken van grote waarde. Zo zei hij terecht: 'Een moeilijk onderwerp moet U altijd uit meer dan één boek trachten te begrijpen'. Zo bestudeerden wij bijvoorbeeld het zakenrecht zowel uit Asser-Scholten als uit Pitlo.

Wie Bregsteins geschriften leest, neemt kennis van uitstekend, helder en vernieuwend juridisch proza; toch kan daaruit niet worden afgeleid, wat wij in de collegezaal beleefden. Er is een parallel met de grote dirigent Otto Klemperer, over wie Bregsteins

zoon Philo een zo indringende film maakte. De opnamen met het Philharmonia-Orkest zijn mooi, maar wat wij in het Concertgebouw met het Concertgebouworkest onder zijn leiding beleefden, was van een hoger orde. Bij Bregstein en bij Klemperer was iets wat men 'uitstraling', 'charisma', 'magie van de persoon' zou kunnen noemen.

Tot zijn studenten had Bregstein een heel bijzondere relatie. Met hen had hij een heel bijzondere band. Hij was ook zeer toegankelijk. Op elke werkdag mochten wij hem 's avonds thuis tussen half acht en acht uur opbellen en dat gebeurde ook vaak. Andere hoogleraren vermeldden aan studenten niet, dat zij telefoon hadden en één van hen zei elk jaar op college: 'Ik heb een telefoon, maar die is niet voor studenten'. Ook wat dat betreft was Bregstein uitzonderlijk.

Onvergetelijk zijn ook de bijeenkomsten van Bregsteins *privatissimum*, 's avonds gehouden in zijn grote studeerkamer in het mooie huis aan de Prins Hendriklaan. Daar vond de civielrechtelijke discussie

(die vaak na afloop nog op straat werd voortgezet) plaats met en door uitstekende studenten, die hij geselecteerd had. Velen hielden hier hun eerste referaat, dat uitgroeide tot hun eerste wetenschappelijke publicatie; zo ontstond in 1953 mijn stuk over het interlocutoire vonnis.

Door studenten en collega's werd Bregstein op handen gedragen. In de aan coryfeeën rijke naoorlogse Amsterdamse Juridische Faculteit was Bregstein de centrale en de bindende figuur.

Bregstein was voor velen van ons een leermeester in de ware zin des woords. Er is veel, waarvoor wij hem blijvend dankbaar zijn. Op het leven van velen van ons had hij een beslissende, positieve invloed. Het is daarom goed, dat wij zijn geboorte, nu 100 jaar geleden, herdenken door een internationaal congres over ongegronde verrijking, het onderwerp van zijn in 1927 bij Paul Scholten verdedigde proefschrift, ten aanzien waarvan hij voor de Nederlandse rechtsontwikkeling een doorslaggevende betekenis heeft gehad.

## JOP SPRUIT ZUR ZWISCHENSTATION

I. Man spricht von ‘Stationen im Leben’ und meint damit, daß ein bestimmter Abschnitt sich vollendet und ein neuer seinen Anfang genommen habe. An sich leitet sich das Wort Station von *stare* her und meint ein Stillstehen, ein Innehalten.

Besonders glücklich sind Stationen im Leben dann, wenn sie sich aus großer Tat ergeben, wie dies am 18. Dezember 2001 in Utrecht im schönen Senatsaal des Akademiegebäudes der Fall war. An jenem Tage hielt Jop Spruit mit seinen niederländischen und belgischen Mitkollegen und Mitarbeitern inne, denn eine wissenschaftliche Großtat ersten Ranges war vollbracht: Die Übersetzung von Justinians *Digesten* in die niederländische Sprache war vollendet, die Übersetzung von 50 Büchern hochkomplizierter, äußerst konzentriert formulierter juristischer Fachtexte, die größtenteils aus dem ersten und zweiten Jahrhundert nach Christus stammen. Damit verfügt die wissenschaftliche Welt nunmehr über die elfte vollständige Übersetzung des größten Thesaurus juristischer Erfahrung, den wir besitzen und der für das Rechtsdenken in Europa und überhaupt in der Welt schlechthin grundlegend geworden ist.

Sieht man vom Sonderfall der byzantinischen Basiliken aus dem späten 9. Jahrhundert ab und läßt man die unvollständig gebliebenen Übersetzungen beiseite, so sind auf die erste spanische Übersetzung vom Ende des 18. Jahrhunderts von Rodriguez de Fonseca im 19. Jahrhundert eine französische (1803), eine deutsche (1830), drei italienische (1830/43, 1859, 1884) und eine weitere spanische (1897) gefolgt sowie im 20. Jahrhundert dann zwei englisch-amerikanische (1932, 1985) und eine dritte spanische (1975). Im 21. Jahrhundert wird die Tradition nun mit der niederländischen Übersetzung fortgeführt, die nicht nur zeitlich die jüngste, sondern auch von der Anlage her die modernste ist.

II. Im Jahre 1987 war das Unternehmen, das *Corpus Iuris Civilis*, das monumentale Gesetzgebungswerk Jus-

tinians, in die niederländische Sprache zu übersetzen, in Gang gekommen. Nachdem 1993 zunächst die Institutionen erschienen waren, kam es am 23. November 1994 zur ersten Zwischenstation mit der feierlichen Präsentation des 1. Bandes der zweisprachigen lateinisch-niederländischen *Digestenausgabe*. In insgesamt nur 14 Jahren sind also die Übersetzungen der vier Institutionen-Bücher und der 50 Bücher der *Digesten* zustande gekommen. Von Anfang an war Jop Spruit Seele und Motor des ganzen Unternehmens; sein Anteil an der Übersetzung und an der redaktionellen Bearbeitung der von seinen Kollegen und Mitarbeitern vorbereiteten Übersetzungen ist überragend, sein Engagement für die Sache unübertrefflich, und seine Leistung muß jedem, der die Materie kennt, höchste Bewunderung abnötigen. Denn die Materie steckt voll von Schwierigkeiten; es ist ja gleichsam die Übersetzung der Bibel der Juristen. Spruit selbst hat auf einige sehr typische Schwierigkeiten in der Einleitung zu Band 3 hingewiesen:

‘Het tekstenbestand, op zichzelf al omvangrijk, zit vol voetangels en klemmen. Steeds weer waren er de onzekerheden die tal van teksten bieden als gevolg van de corrumperende tekstveranderingen. Soms wordt men geconfronteerd met fouten die al in de oudheid zijn ingeslopen bij het kopiëren van het oeuvre van de klassieke juristen. Vele hoofdbreken rondom het vaststellen van een juiste vertaling worden veroorzaakt door het feit dat de opgenomen fragmenten door de Justiniaanse compilatoren uit hun oorspronkelijke context zijn losgemaakt en in een nieuwe ordening in de *Digesten* zijn ondergebracht. Los van dergelijke overleveringsvragen was het ook door het intrinsiek-juridische gehalte van het tekstmateriaal dat pijnigende exegetische problemen talloze malen de voortgang van de vertaalwerkzaamheden deden stokken.’<sup>1</sup>

1 J.E. Spruit/R. Feenstra/K.E.M. Bongenaar (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, Bd. 3 (*Digesten 11-24*) (Zutphen/'s-Gravenhage 1996), S. VI.



Zweifellos haben die Mühen sich sehr gelohnt. Wie eindrucksvoll die Leistung ist, wird vielleicht auch daran deutlich, daß das deutsche Übersetzungsvorhaben, das ziemlich zeitgleich begonnen worden ist, mittlerweile erst halb so weit gediehen ist – wir sagen in Deutschland natürlich: immerhin schon halb so weit.

Eindrucksvoll ist die Leistung aber selbstverständlich nicht allein unter zeitlichen, sondern vor allem unter qualitativen Aspekten: Die Übersetzung ist in der Sprache sehr gut und genau. Man findet nur selten einen Fehler, und wenn, dann nur auf hohem Niveau. Von der Sprache her ist sie, soweit das ein Ausländer beurteilen kann, sehr klar und gut verständlich, und die Freude an der Lektüre wird dadurch erhöht, daß dem Leser gelegentlich ein kleiner Scherz geboten wird, wie etwa in D. 11,3,1,5, wo ein Sklave mit den nachteiligen Eigenschaften eines *amator vel erro* als 'gigolo of straatslijper' wiedergegeben wird.

Die Qualität bestätigt sich sicherlich auch daran, daß die Übersetzung so formuliert ist, daß sie auch den Nichtfachmann anspricht und sein Interesse erweckt. Wie sehr das gelungen ist, wird beispielsweise daran deutlich, daß ein Nichtfachmann in der allgemeinen Presse begeistert von der Übersetzung und von seiner Lektüre in den Texten berichtet, wie der Kulturosoziologe Anton Zijderveld auf einer vollen Seite in *Het Financieele Dagblad*,<sup>2</sup> der in den Texten die beinahe Wittgensteinsche Rationalität der römischen Juristen und ihr unablässiges Suchen nach der juristischen Wahrheit als besonders eindrucksvoll hervorhebt.

III. Das ist zugleich eine Aussage zur Sache, zu der die Übersetzung den Zugang vermittelt. Und das gibt Anlaß, das Lob nicht nur auf die Art und Weise der Arbeit und die Arbeitsgeschwindigkeit zu beziehen, sondern auch auf den Gegenstand der Arbeit, die Digesten. Sie sind eine so unerschöpfliche Erkenntnisquelle, daß jede Zeit für sich Neues in ihnen entdecken kann. Zwei Beispiele mögen genügen.

Immer wieder ist zu beobachten, daß in den römischen Rechtstexten die Probleme letztlich nach einfachen, oft ganz pragmatischen Regeln gelöst werden, die zumeist nicht ausdrücklich ausgesprochen werden – leider; doch scheint das eine Eigenart des antiken 'Denkstils' zu sein. Wenn man in einer guten Übersetzung mehrere Digestenfragmente hintereinander liest, erkennt man leichter, daß sehr weitgehend Variationen dieser Regeln durchgespielt werden, und man erkennt daran umso klarer die einfachen Grundregeln, wie etwa *accessio credit principali*, *superficies solo credit* oder *cuius est periculum eius est commodum*.

Die Bedeutung einfacher Regeln ist kürzlich in den USA wiederentdeckt worden. 'The book is written with a single strong message. There is too much law and too many lawyers.' So schreibt der amerikanische Rechtswissenschaftler Richard Allan Epstein in seinem Buch von 1995, dessen Titel schon die Botschaft bringt: *Simple Rules for a Complex World*.<sup>3</sup> Einfache Regeln kann der einfache Mann verstehen; er kann sich daran halten und wird nicht kriminell. Er kann nach ihnen selbst entscheiden und braucht die Entscheidung nicht Spezialisten anzuvertrauen; das sichert seine Freiheit. Daß in diesem Buch die römi-

<sup>2</sup> Samstag, d. 27. November 1999, S. 21.

<sup>3</sup> R.A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World* (Cambridge, Mass./London 1995), S. IX.

schen Regeln zu Verbindung, Verarbeitung und Vermischung (*accession, specification and confusion*) als eine nachahmenswerte 'elegant and simple solution to a tricky problem' dargestellt werden,<sup>4</sup> sei erwähnt. Das Buch hat Aufsehen erregt, obwohl sein Anliegen alles andere als neu ist. Doch sind wir geneigt, eher nach Amerika zu schauen als auf unsere eigene Tradition, zu der zu verweisen ist auf Ciceros *simplex ratio veritatis* (*de oratore* 1,53,229) oder Catos *simplicitas veri forma est* (*disticha* 3,4), wo die Einfachheit zugleich mit der Wahrheit verbunden wird.

Als zweites Beispiel sei die heutzutage in Europa immer stärker empfundene Notwendigkeit genannt, an die gemeinsame Rechtstradition anzuknüpfen. Aus dem großen Chor der Stimmen sei nur Christiaan W.A. Timmermans geführt, der stellvertretende Generaldirektor des Juristischen Dienstes der Europäischen Kommission, der 1999 betonte:

'Es wäre zu begrüßen, wenn die Privatrechtswissenschaftler die Grenzen der rein nationalen Dogmatik überschreiten und mit Hilfe der Rechtsvergleichung und der rechtshistorischen Analyse ein *ius commune* herstellen und aufklären würden. Das wäre wohl nicht nur für die Fortbildung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Privatrechts äußerst wertvoll, sondern auch für die weitere Entwicklung der nationalen Privatrechtssysteme...'.<sup>5</sup>

Daß man dafür das *Corpus Iuris* und bei den heutigen Latein(un)kenntnissen der Juristen natürlich auch zuverlässige und gute Übersetzungen braucht, liegt auf der Hand.

Zweifelloos gehört Justinians Gesetzgebungswerk zu den Kernbestandteilen des Weltkulturerbes, das sich jede Generation neu anzueignen hat, aus ideellen, aber auch aus praktischen Gründen. Durch die große Hilfe, die Jop Spruit, seine Kollegen und Mitarbeiter mit ihrem Werk uns allen für diese Wiederan-

eignungen leisten, gebührt ihnen unser aller Dank. IV. In der *Constitutio Imperatoriam* (§ 2) vom 21. November 533 erklärt Justinian, ein Bild von Livius (31,1,5) aufgreifend, er habe im Jahre 530 seine *cura ad immensa prudentiae veteris volumina extendiert et opus desperatum quasi per medium profundum euntes caelesti favore soeben vollendet*, er habe also sein Bemühen auf die unzähligen Schriften der alten Rechtswissenschaft erstreckt und dieses geradezu aussichtslos erscheinende Unternehmen, nämlich die Herstellung der *Digesten*, sozusagen ein tiefes Meer durchschreitend dank der Gunst des Himmels soeben vollendet. Die *Digesten* enden mit dem 17. Titel des 50. Buches. Das wird kein Zufall sein. Denn im Vers 17 des Psalms 17 der *Vulgata* (nach der alten Zählung) heißt es: *misit de summo et accepit me adsumpsit me de aquis multatis*: 'ER, streckte die Hand aus der Höhe; ER griff nach mir; ER zog mich heraus aus den großen Wassern'.<sup>6</sup> Wie Justinian und Tribonian haben Jop Spruit und seine Kollegen das tiefe Meer der *Digesten* durchschritten und im vergangenen Dezember mit Gottes Hilfe die tiefen Wasser verlassen und das feste Ufer erreicht.

Dazu seien zugleich unter Rückkehr zur 'Ausgangs-Station' 'Glück-Wünsche' entboten. Im Hinblick auf Soldaten heißt *statio* bei den Römern auch 'die Wache' oder 'der Posten'. Möge Jop Spruit, nachdem er soeben mit seiner Emeritierung, gleichsam einem Wachwechsel, seinen Hauptposten verlassen hat, auch künftig auf dem Vorposten Seele und Motor des niederländischen Übersetzungsvorhabens bleiben, möge die helfende Hand ihn und seine Kollegen auch aus den Wassern von *Codex* und *Novellen* ziehen und möge ihre Freude wachbleiben, ihren Geist an diesen Quellen zu erlaben. Denn was Ovid sagt (*ex ponto* 3,5,18), gilt für die juristischen Quellen insbesondere: Das klarste Wasser trinkt man an der Quelle – *gratius ex ipso fonte bibuntur aquae!*

4 Epstein, S. 116 ff., 118.

5 C.W.A. Timmermans, 'Zur Entwicklung des europäischen Zivilrechts', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 7 (1999), S. 1, 5.

6 Vgl. zu dem Zusammenhang R. Knütel, 'Christliche Zahlensymbolik im *Digestenplan*', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 113 (1996), S. 422, 428/429.

## DE STAATSREGELING VOOR HET BATAAFSCHE VOLK VAN 1798

Toespraak, gehouden te Nijmegen op vrijdag 23 november 2001 ter gelegenheid van de aanbieding van het eerste exemplaar van de bundel *De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798*. Opstellen opgedragen aan de nagedachtenis van Dr.Mr. L. de Gou. Tevens acta van het rechtshistorisch colloquium over de betekenis van deze staatsregeling voor de rechtsonwikkeling in Nederland (Utrecht – Nijmegen, 11 en 12 Dec.1798) aan mevrouw M.P.Th. de Gou – Houba.

Meneer de Decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid,  
Hooggeachte mevrouw De Gou,  
Dames en Heren genodigden en belangstellenden,

Op initiatief van het Instituut voor Rechtsgeschiedenis van de Universiteit Utrecht en van het Gerard Noodt Instituut van de Katholieke Universiteit Nijmegen werd met medewerking van de Stichting 'De Vierschaar', ontstaan uit een samenwerkingsverband van vier vroegere universitaire rechtshistorische studentendisputen in den lande, op 11 en 12 december 1998 een colloquium georganiseerd over de betekenis van de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798 voor de rechtsonwikkeling in Nederland. Dat colloquium was een voor de hand liggend vervolg op een eerder, eind mei 1995 op initiatief van de beide genoemde instituten gehouden tweedaags colloquium over de betekenis van de Bataafse Omwenteling van 1795 voor de rechtsonwikkeling in Nederland. Beide colloquia speelden zich de eerste dag te Utrecht, de tweede in Nijmegen af.

Wat de organisatoren in beide gevallen dreef was een onbehagen, een onbehagen over de lautheid – om niet te zeggen onverschilligheid –, die het hedendaagse juristendom hier te lande demonstreerde tegenover deze beide gebeurtenissen van eminent politiek en staatsrechtelijk belang, telkens tweehonderd jaar geleden. Waren er in 1995 ten minste nog de nodige historici, die herdenkingsinitiatieven ontplooiden, in 1998 was zelfs dat op een enkele uitzondering na niet het geval. Wat de historici betreft is dat wel begrijpelijk: een omwenteling, een revolutie is voor

hen nu eenmaal thematisch aantrekkelijker en verterbaarder 'voer' dan een constitutie, naar haar aard een juridisch stuk. Daarenboven was die van 1798 zeer uitvoerig en wijdlopig.

Aangezien die constitutie, de eerste 'echte', geschreven grondwet in onze Nederlandse staatsgeschiedenis, aan het pragmatisch ingestelde Nederlandse juristendom van nu ten enenmale niet meer bleek te appelleren – wat er hunnerzijds nog aan historische belangstelling te 'mobiliseren' viel richtte zich op het door Binnenlandse Zaken zwaar gesubsidieerde herdenken van '150 jaar Grondwet', dus op Thorbeckes grondwetsherziening van 1848 –, sloegen de rechtshistorische secties van de juridische faculteiten te Utrecht en Nijmegen opnieuw de handen ineen om – net als in 1995 – te voorkomen, dat het nageslacht de huidige juristengeneratie later aan de schandpaal zou zetten wegens de rechts- en cultuurhistorische wandaad van een compleet negeren van het 'bicentenaire' van Neerlands eerste constitutie in formele zin, zonder subsidie van 'BIZA' en zonder publiciteitsoffensief van de R.V.D. en de media. Slechts het kantoor Nijmegen van de SNS-Bank Gelderland ondersteunde – het zij met ere vermeld –, net als in 1995, dit colloquium met een aan zijn bescheiden karakter aangepast, maar niettemin zeer gewaardeerd subsidietje. En opnieuw was het goedgezind deels dezelfde Gideonbende als in 1995, die, hoezeer ook onder de sprekers diverse *homines novi* en zelfs *feminae novae* voorkwamen, ook ditmaal aan deze mini-herdenking deelnam: een bescheiden aantal rechtshistorici, een paar historisch belangstellende juristen, enige historici en nog enkele vogels van andere pluimage.

Natuurlijk was het in het kader van een tweedaags colloquium zonder parallel-sessies niet mogelijk om alle aspecten en facetten van de Staatsregeling-1798 de revue te laten passeren. Maar de dertien sprekers, die op die twee colloquiumdagen aan het woord kwamen, slaagden er toch met elkaar in een respectabel aantal deelaspecten te belichten en, wat belangrijker is, niet alleen maar 'oude koek' te presenteren.

Bij de gehouden voordrachten en discussies was er één naam, die telkens weer genoemd werd: die van



Dr.Mr. L. de Gou (1916-2000), de pionier, die met en door middel van zijn veeldelige, in de jaren 1975-1997 tot stand gekomen serie bronnenuitgaven betreffende de successieve staatsregelingen oftewel constituties uit de Bataafse tijd en die van het Koninkrijk Holland zo'n enorme hoeveelheid waardevol bronnenmateriaal met betrekking tot de totstandkomingsgeschiedenis van al die constituties ontsloten en toegankelijk gemaakt heeft. Helaas bellette zijn wankele gezondheidstoestand hem dit colloquium, dat zozeer zijn belangstelling had, bij te wonen. Ware hij wél aanwezig geweest, dan zou hij tot zijn genoegen gemerkt hebben, dat zijn veeljarige, noeste arbeid niet voor niets geweest was. Want op het colloquium kon men elk van beide dagen bij voortdoring beleven, dat en hoezeer er met al dat door De Gou geselecteerde, geordende en van diverse 'toegangen' voorziene materiaal ook echt en met vrucht gewerkt was. Het was uit dien hoofde, dat de deelnemers aan het slot van de tweede en laatste colloquiumdag eendrachtig besloten om de geplande colloquiumbundel aan hem, die men wel de *père de l'histoire constitutionnelle batave* mag noemen, op te dragen.

Zoals zo vaak nam ook ditmaal weer de 'aanmaak' van de colloquiumbundel (veel) meer tijd dan de organisatoren gedacht en gewild hadden. Om de dag van vandaag niet te vergallen zal ik maar niet nader ingaan op alle problemen, verbonden aan het 'binnenhalen' van de persklare kopij, op de talrijke, ten dele onverwachte obstakels van technische en financiële aard, die opdoemden, alsmede op de chronische overbelasting van het bescheiden 'productie-apparaatje' van het Gerard Noodt Instituut, belichaamd in de persoon van collega Chris Coppens, die uiteraard méér te doen had (en heeft) dan het produceren van bundels...

De mens wikt, God beschikt. Midden in de toch al zo moeizame voorbereidingsfase van deze bundel, waarnaar hij zozeer uitzag, kwam de Jobstijding van het overlijden van de heer De Gou op 22 januari 2000. Als gevolg daarvan kon het oorspronkelijke voorneemen van de organisatoren om het eerste exemplaar

van de bundel door enkele gedeputeerden uit hun midden namens alle sprekers-auteurs en overige deelnemers aan de heer De Gou te zijnen huize in Lemiers aan te bieden, niet meer verwezenlijkt worden. Daarom besloten zij de bundel aan zijn nagedachtenis op te dragen en het eerste exemplaar aan te bieden aan zijn weduwe, mevrouw Maria de Gou-Houba, niet alleen in haar hoedanigheid van gewezen echtgenote, maar ook en vooral in die van zijn principale medewerkster bij het wrochten van zijn veelbandige *magnum opus*.

Inderdaad, als er één is, die het verdient in de door het verscheiden van de heer De Gou ontstane situatie het eerste exemplaar van deze bundel aangeboden te krijgen, is zij dat wel. Want gedurende het overgrote deel van de ruim dertig jaren, waarin de heer De Gou met zijn successieve constitutieprojecten bezig was, stond zij hem trouw en toegewijd ter zijde, niet alleen thuis, maar ook op zijn vele reizen naar archieven en bibliotheken in binnen- en buitenland, niet alleen als zijn verzorgster, verpleegster, chauffeuse en als verrichtster van tal van andere – laat ik nu maar zeggen – 'infrastructurele' bezigheden en taken, maar ook bij zijn wetenschappelijke arbeid als zijn (onbezoldigde) typiste, copiïste, collationniste, bibliothecaresse, archiviste en zelfs ook als zijn medeonderzoeker. Ofschoon haar naam niet op de titelbladen van de vele 'groene banden' prijkt, wordt zij in al De Gou's voorwoorden met warmte en diepgevoelde erkentelijkheid in de laatste alinea vermeld als degene, wier steun en hulp voor de uitgever onmisbaar was. Al wie het voorrecht genoot in die periode tot de intiemere vriendenkring van het echtpaar De Gou-Houba te behoren, weet wat er aan in wezen onzegbaars achter die paar voorwoord-zinnetjes, in elk deel in nèt iets andere woorden herhaald, schuilt... Kortom: zonder haar inzet zouden die vele, ruim 5000 bladzijden tellende 'groene banden' er nooit gekomen zijn...

Omdat al die bronnenuitgaven, waarvan nog vele generaties onderzoekers profiteren zullen, mede haar werk zijn, moge ik haar nu het eerste exemplaar van deze colloquiumbundel aanbieden.

## RECENSIES

E.C. Coppens, C.J.H. Jansen, P.L. Nève, P.P.J.L. van Peteghem, J.G.B. Pikkemaat (red.), *Lex Loci. Opstellen over Nederlandse rechtsgeschiedenis uit de pen van prof. mr. O. Moorman van Kappen*. Rechtshistorische Reeks van het Gerard Noodt Instituut nr. 45, Nijmegen 2000, xlix + 610 p., ISBN 90-71478-66-1, €57,-.

Als eerbetoon aan de in 2000 afgetreden hoogleraar Nederlandse Rechtsgeschiedenis aan de Katholieke Universiteit van Nijmegen hebben vijf van zijn naaste collega's en medewerkers 29 pennevruchten van de hand van de emeritus uitgegeven in een dik en mooi vormgegeven boek (gebonden in linnen band).

De bundel vangt aan met een begeleidend stukje van P.L. Nève (lange jaren Moorman van Kappen collega proximus), waarin de carrière van de emeritus, zijn ambassadeursfunctie voor de Nederlandse rechtsgeschiedenis in het buitenland, de eerbewijzen die hij ontving en de kenmerken van zijn wetenschappelijke oeuvre worden verhaald. Hierna volgt een uitgebreide bibliografie van alle, naar jaar van uitgave gerangschikte, wetenschappelijke publicaties van prof. Moorman van Kappen tussen 1962 en 1999.

De wetenschappelijke verhandelingen van de Nijmeegse hoogleraar die hierop volgen, vormen een bloemlezing uit zijn omvangrijke oeuvre. Die bloemlezing begint met zijn oratie over het familienaastingsrecht (1973) en eindigt met zijn afscheidsrede over de oud-Nijmeegse rechtspleging (2000). Hier-tussen staan de artikelen geordend onder de kopjes Nederlandse Rechtsgeschiedenis, Codificatie-geschiedenis en achtereenvolgens Gelderse, Limburgse en Nijmeegse rechtsgeschiedenis. De onderwerpen die hierin aan de orde worden gesteld beslaan een uitermate breed aandachtsveld van de 9<sup>e</sup> tot de 19<sup>e</sup> eeuw. Onder het kopje Nederlandse Rechtsgeschiedenis worden onderwerpen behandeld als de 'Erfgooiers' (Gooilanders met rechten op de gemene gronden), de baarproef (een godsoordeel, waarbij de verdachte geconfronteerd werd met het opgebaarde lijk van het slachtoffer), de vrede van Münster en de voorlopers van het begrip 'nationaliteit' ten tijde van de Republiek. Onder het kopje codificatiegeschiedenis staan bespiegelingen over het ontwerp-lijfstraffelijk Wetboek van 1804, het 100-jarig bestaan van het Wetboek van Strafrecht en de invloed van de Code civil in Nederland. Onder de kopjes Gelderse, Limburgse en Nijmeegse rechtsgeschiedenis staan beschouwingen over onder meer de

mislukte invoering van de Criminele Ordonnantien van Filips II in het hertogdom Gelre, het 750-jarig bestaan van de stad Roermond en het Habeas Corpus-beginsel in het oud-Nijmeegse recht.

Ik heb hier, voor alle duidelijkheid, slechts een klein aantal van de wetenschappelijke artikelen die in de bundel staan vermeld. Als ik de artikelen uit de bundel zou moeten karakteriseren, dan zou ik zeggen: zij gaan over regionale, institutionele, strafrechts- en codificatiegeschiedenis. Van deze karakteristieken voert de regionale rechtsgeschiedenis de boventoon. Vandaar de titel van de bundel: *Lex Loci*.

Haarlem

C.L. Hoogewerf

Dirk Heirbaut, *Europese juristen en oud recht*. Gent: Academia Press [2000]. 208 pp. ISBN 90 382 0258 X.

Dirk Heirbaut, de in 1998 aangetreden opvolger van prof. Lambrecht te Gent, heeft na zijn cursus Romeins recht nu ook zijn cursus Geschiedkundige inleiding tot het privaatrecht in boekvorm doen verschijnen. Het boek is de vrucht van het onderwijs dat Heirbaut twee jaar als professor heeft gegeven en hij heeft daarbij blijkbaar geprofiteerd van zijn ervaringen als assistent van zijn voorganger. Het boek is vaak puntsgewijs geschreven: het lijkt dan ook op een syllabus die het niet zonder de toelichting van de meester kan stellen. Aan de professionele rechtshistoricus zal het meestal wel duidelijk zijn waarop de schrijver doelt, maar de student behoeft daarvoor toch menigmaal *his masters voice*.

Heirbaut confronteert zijn studenten met een breed scala van onderwerpen. De externe rechtsgeschiedenis betreft de Europese privaatrechtsgeschiedenis en strekt zich zo nu en dan ook uit tot de Verenigde Staten. Het deel interne rechtsgeschiedenis heeft voornamelijk betrekking op het personen- en familierecht, het familievermogensrecht en het erfrecht in de Zuidelijke Nederlanden. De auteur maakt vele opmerkingen waarover ik wel met hem in discussie zou willen gaan, maar het is vermoedelijk beter daarmee te wachten tot het boek, dat thans in een voorlopige versie voorligt (p. 18), in een volgende editie een meer doorlopende tekst behelst. Ik volsta daarom met enkele opmerkingen over één punt.

'Vroeger bestond een Europees recht, het *ius commune*', aldus Heirbaut, 'en het ziet er naar uit dat door de Europese eenmaking een nieuw *ius com-*

mune zal ontstaan' (p. 17-18). Nu heeft voor mijn gevoel Nève zes jaar geleden overtuigend aangetoond dat het *ius commune* dat er ooit heeft bestaan geen gemeen Europees recht is geweest, maar 'een privaatrechtswetenschap die in alle desbetreffende landen voor een groot deel dezelfde dogmatiek hanteerde'.<sup>1</sup>

Op de vraag of er ooit een Europees gemeen recht zal ontstaan in de zin van een *European Civil Code* heb ik de neiging te zeggen dat niet onmogelijk is, maar dat ik het niet zal meemaken en dat ik me eigenlijk ook nauwelijks kan voorstellen dat Heirbaut en zijn studenten dat wel zullen beleven. Ik denk dan maar even aan de lotgevallen van het op p. 119 van dit boek genoemde nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek, een project dat in 1947 is begonnen en in een lijdensweg is ontstaan. Een *Hollandsch drama* mag men wel zeggen: we zijn nu 55 jaar verder, het is nog steeds niet af en het zal misschien ook wel nooit afkomen. In dit verband is het wellicht aardig om een gedachtewisseling te citeren die op 19 oktober 1967 plaats had in een vergadering van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer, een gedachtewisseling die achteraf aandoet als een komische act van twee heren:

'De heer DIEPENHORST (A.R.P.): Mijnheer de Voorzitter! Ik herinner de Minister er ter bemoediging aan dat met het werk aan het Pruisisch landrecht, dat in 1794 werd voltooid, in 1746 werd begonnen. Men heeft er dus 48 jaar over gedaan. Gaat de Minister uit van het moment waarop Van Maarseveen de opdracht aan Meijers gaf, dan heeft hij nog enige zittingsperioden de tijd.

Minister [C.H.F.] POLAK: mijnheer de Voorzitter! Ik weet niet of ik mijn best zal doen de Duitse grondigheid te evenaren.'<sup>2</sup>

Al zie ik het Europese Burgerlijk Wetboek dus niet als een reëel toekomstperspectief, een *ius commune* zoals dat er volgens Nève in het verleden wel heeft bestaan (een denkwereld en een begrippensysteem dus) zou misschien door pogingen om tot een Europees BW te komen en door allerlei andere strevingen (vgl. Heirbaut, p. 120) ook opnieuw kunnen ontstaan. Dat het oude *ius commune* (wat men er ook onder moge verstaan) daarbij een rol van betekenis zal spelen, lijkt mij (anders kennelijk dan Heirbaut: p. 120, 121) volstrekt uitgesloten. Wat dat betreft sluit ik mij aan bij de door Nève met instemming geciteerde Herman Schoordijk, die over Zimmermanns droom

van een revival van een 'nahezu einheitliche Privatrechtswissenschaft auf nahezu identischer Grundlage' en een streven in die richting schreef: 'Nous aussi nous haussons les épaules à cet égard et pensons: "non tali auxilio"'.<sup>3</sup>

Maar ook over het ontstaan van een gemeenschappelijke denkwereld en een gemeenschappelijke Europese rechtswetenschap mogen we niet al te optimistisch zijn. In een paragraafje over de Belgische privaatrechtsgeschiedenis na 1830, en dan met name de vernederlandsing van de rechtspraak in Vlaanderen, lezen we (voor mij was dat nieuw) dat zich aan beide zijden van de taalgrens 'een verschillende rechtscultuur' ontwikkelt:

'Vlamingen en Franstaligen gebruiken andere referentiewerken, consulteren andere juridische tijdschriften, spreken anders recht en ondergaan niet dezelfde buitenlandse invloeden. Van een Belgische rechtscultuur als dusdanig kan er dan ook geen sprake zijn, wel van een begin van een Vlaamse en een Franstalige rechtscultuur in België. Dat Vlamingen en Franstaligen verschillend denken over recht heeft belangrijke gevolgen. Nieuwe grote wetgeving voor geheel België is bijna onmogelijk geworden omdat zij de conflicterende opvattingen over recht aan beide zijden van de taalgrens moet verzoenen.' (p. 124).

Als het in België al zo moeilijk ligt, hoe zal het dan gaan in een Europese Unie van zo'n 30 verschillende staten? Een Unie die geen gemeenschappelijke taal heeft, waarin enorme cultuurverschillen bestaan en waarin de Engelsen evenmin geneigd zullen zijn hun case law en hun begrippenkader op te geven voor de zegeningen van de continentale stelsels als omgekeerd. Als het Engels op den duur de taal van de Unie wordt, dan zit de Europese burger wat de rechtstaal betreft met een groot probleem (of het moest zijn dat het Anglo-Amerikaanse recht de mal wordt waarnaar het nieuwe Europese privaatrecht gevormd wordt). Op de lange weg naar de rechtseenheid (in verscheidenheid) zal er nog wel eens worden gedacht aan de skeptische verzuchting van Pascal (*Pensées*, 294):

'... on ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent; le droit

a ses époques, l'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au delà des Pyrénées, erreur au delà.'

Amsterdam

Theo Veen

- 1 P.L. Nève, 'Ius commune oftewel 'gemeen recht': traduttore traditore?', in: O.E. Tellegen-Couperus e.a., *Tertium datur. Drie opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.A. Ankum* (Tilburg 1995), p. 3-58, citaat op p. 56-57.
- 2 Geciteerd naar H. Cohen Jehoram, *Over codificatie. Van voor Portalis tot na Meijers* (Deventer 1968), p. 135.
- 3 Zie voor beide citaten Nève, 'Ius commune oftewel 'gemeen recht'', p. 57. De door Zimmermann bedoelde 'einheitliche Privatrechtswissenschaft' is natuurlijk de Duitse pandektistiek.

N.E. Algra, *Oudfries recht 800-1256*, Ljouwert [Leeuwarden]: Fryske Akademy 2000 (Útjeften fan de Fryske Akademy, nr. 915); 436 pp.; ISBN 90 6171 915 1. €22,50 (voor leden en begunstigers van de Fryske Akademy: € 20,-).

Dit boek is een eerder ongewoon boek, in die zin namelijk dat je hier, voortgaande op de titel, een grondige en systematische uiteenzetting verwacht van het Oudfries recht. Kijk je de bibliografie na op het einde van het boek ('Verkort aangehaalde literatuur', blz. 434-435), dan vind je daar nagenoeg uitsluitend bronnenuitgaven van het Oudfries recht. Blader je doorheen het boek, dan stel je vast dat de bladspiegel mee bepaald wordt door de vele citaten in het Oudfries en het Latijn met hun vertaling, en dat de toepasselijke literatuur naar de voetnoten verwezen is. In het voorwoord (blz. 5) stuurt de auteur enigszins de gespannen verwachting bij: 'Het leek mij wenselijk ten behoeve van filologen de Oudfriesse rechtsbronnen eens van de rechtshistorische kant te belichten. Ik kon uiteraard slechts een fractie van het aanwezige materiaal tegen het licht houden. Door de grote lijnen te schetsen hoop ik de taalkundigen voldoende in het rechtskundige zadel geholpen te hebben'.

In zijn 'ten geleide' (blz. 13) licht hij verder toe hoe hij zal trachten

'de rechtskundige inhoud van Oudfriesse rechtsregels uit de doeken te doen. De zin van de Oudfriesse rechtstermen zal worden verklaard, waarbij de klemtoon zal liggen op de verschillen tussen de

Oudfriesse begrippen en de begrippen die in de moderne terminologie verscholen zitten. De uitleg van teksten geschiedt aan de hand van Oudfriesse citaten, die in het Nederlands worden overgezet. Bij die vertaling wordt de voorkeur gegeven aan de (juridische) verstaanbaarheid der teksten boven een letterlijke weergave ervan. Deze werkwijze geeft mijns inziens een goed inzicht in de taal en in de juridische betekenis van die bronnen. De behandelde teksten zijn meestal geschreven in het Oudfries, een enkele maal in het Middelnederlands of in het Latijn.

Dit boek schrijft de auteur vooral om de filologen aan de hand van fragmenten in het Oudfries en het Latijn in te leiden in de letter en de geest van het Oudfriesse recht, zodat zij adequate vertalingen kunnen brengen van oude rechtsteksten, in casu Oudfriesse rechtsteksten (blz. 15). Dat heeft zijn implicaties voor de conceptie van het boek. Over 23 hoofdstukken verspreid worden zeer heterogene rechtsthema's behandeld, toegelicht met of vertrekkend vanuit Oudfriesse of Latijnse rechtsteksten of verhalende teksten over rechtsfeiten en rechtshandelingen. Niet alleen specifieke thema's als Oudfriesse strafrecht (17), personenrecht (19), huwelijksrecht (20), erfrecht en huwelijksvermogensrecht (21-23), de vete en de afkoop daarvan (11), de politiek van Karel de Grote ter zake (12), de procesmetamorfose door instelling van koningsmannen (13), de vorming van zelfstandige rechterlijke colleges (14), de ommekeer in de bewijsvoering (15), de doorwerking van de koningsban in gerechtsbannen, bestuursbannen enz. (16), maar ook meer algemene hoofdstukken als die over de opvolging van regels in de middeleeuwen in verband met geld, eer, sociale druk, bestuursdwang en kerkelijke dwang (1), de betekenis van *rjocht* (2), een schets van de publieke instellingen in Friesland van 800 tot 1256 (3), het Frankisch bestuur tijdens de Karolingen (6), de reconstructie van het Frankisch bestuur over Friesland (7), de Friese standen rond 800 (9), de standen in de na-Karolingische tijd (18), en dan natuurlijk de *Lex Frisionum* zelf, zijn situering temidden van de andere volksrechten (4), zijn overlevering en datering (5), zijn materiële bronnen (10) en zijn conceptie van het proces (8).

Een samenvatting van deze 23 hoofdstukken (blz. 380-391) beklemtoont nog eens de belangrijkste rechtshistorische bevindingen van het boek gevolgd door een *Index verborum* (blz. 393-433) zowel voor

persoons- en plaatsnamen als voor zaken. Een lijst van verkort aangehaalde literatuur (blz. 434-435) sluit het werk af.

Dit is een eigenzinnig en voortreffelijk werk, dat vanuit een andere conceptie het Oudfriese recht wil belichten, hoofdzakelijk bedoeld voor filologen om hen voor te lichten bij het vertalen van rechtshistorische teksten. Vandaar ook zijn methode: het voortdurend betrekken van de rechtsteksten in zijn exposé. In al die hoofdstukken is er voortdurend een wisselwerking tussen de *ipsisima verba* van de rechtsbron en de veilige gids Algra, die inleidend, begeleidend en afsluitend situeert, commentarieert en toelicht. Een procédé dat ongetwijfeld aandacht verdient en zijn verdiensten heeft. De wettekst zelf, de opgetekende gewoonte of het concrete vonnis, zijn de meest directe en meest betrouwbare bronnen voor de kennis van het recht. Bij het Oudfriese recht, terug te vinden in Oudfriese en Latijnse teksten, speelt de vertaling naar modern rechtsdenken en onze moderne rechtsterminologie een doorslaggevende rol: het is en blijft een moeilijke opdracht. De verschillende conceptie van het recht vroeger en nu: het recht als een eeuwig, onveranderlijk en bovenmenselijk gegeven, de EWA, en het recht als een stel regels die de persoonlijke en maatschappelijke conflicten tussen mensen zo adequaat mogelijk moeten oplossen, en precies daarom zich voortdurend moeten aanpassen aan de evolutie van die maatschappij. Maar ook de terminologie is anders of dekt andere inhouden. Het maatschappelijk leven is vandaag de dag totaal anders en veel meer gecompliceerd, en vergt andere rechtsfiguren en een meer geperfectioneerde en ge-diversifieerde terminologie.

Elke onderneming om dat oude recht zelf te laten spreken is een nauwelijks te schatten verrijking voor de rechtsgeschiedenis. Dit gaat natuurlijk met problemen gepaard.<sup>1</sup> De eigen geest en ziel van het oude recht moeten bewaard blijven evenals de elementen, rechtsfiguren en termen. Daarbij moet dat in goed modern Nederlands verwoord worden. De auteur is goed vertrouwd met het Oudfriese recht en met het begrijpen en duiden zal hij wel geen problemen hebben gehad. Door toevoegingen en verwijzingen tussen rechtstaande haken verduidelijkt hij herhaaldelijk de betekenis van de tekst.

Toch een paar opmerkingen. Vooreerst over de geest van het recht. Vele van die Oudfriese teksten beginnen met 'Dit is riocht', gevolgd door een gebod of verbod. De auteur vertaalt dit soms door: 'Dit is een

verplichting, dat...' (bijvoorbeeld blz. 48) of door: 'Dit is verboden ...' (bijvoorbeeld blz. 240). Het lijkt mij zinvoller en meer in de geest van het oude recht gewoon te vertalen: 'Dit is recht, dat...' (zoals de auteur meestal doet), gevolgd door het gebod of wat niet kan of niet mag. Af en toe is de constructie stroef en houderig, op het gevaar af onduidelijk en verwarrend te zijn: bijvoorbeeld blz. 177: 'Wanneer men een man die als rover [openlijk] of als dief [heimelijk] zijn [het ontvreemde] goed afneemt, dat hij vanwege een rechtmatige wraakoefening genomen heeft en men hem daarmee [zulks doende op zijn beurt] berooft, dan moet zulks...' Men kan de betekenis gissen. Maar het is in elk geval duidelijker te vertalen als volgt: 'Wanneer iemand van een ander het goed afneemt, dat deze tijdens een rechtmatige wraakoefening geroofd [openlijk] of gestolen [heimelijk] had, en hem dus op zijn beurt berooft, dan moet zulks...'.

Evenmin kan ik akkoord gaan met de vertaling die de auteur op de blz. 115-116 aanreikt voor de volgende passus uit Gregorius van Tours. De Latijnse tekst luidt: 'Hi vero properantes ad praesentiam principis, non recipiuntur in gratia; sed et ad episcopum loci illius remissi, iussum est, ut, si de hoc facinus culpabiles non inveniebantur, sociarentur communioni'. De auteur vertaalt: 'De aanvallers ijlden naar de koning om een audiëntie te verkrijgen; die nam hen evenwel niet in genade aan, maar hij beval, dat zij naar de bisschop over de plaats [van het gebeurde, dus Parijs] moesten worden teruggezonden, opdat hij niet, als zij schuldig bevonden zouden worden aan de euvelheden, als met hen verbonden zou moeten communiceren'. Wat er staat is heel wat anders. Snodaards hadden de basiliek van St.-Denijs ontwijd door een bloedig gevecht in de kerk naar aanleiding van een zuiveringseid. Zij gingen bescherming zoeken bij de koning: 'Zij haastten zich naar het paleis van de koning, maar werden niet vriendelijk ontvangen. Zij werden teruggestuurd naar de bisschop van die plaats met het bevel om opnieuw in de (kerk)gemeenschap opgenomen te worden, voor het geval zij niet schuldig werden bevonden aan die schanddaad'. En zo gebeurde het ook. Zij kwamen tot een akkoord met bisschop Ragnimodus van Parijs en werden in de kerkgemeenschap opgenomen. Ontheiliging van de kerk was een zwaar kerkelijk delict, ressorterend onder de jurisdictie van de kerk. Nog een opmerking in verband met blz. 319. Inzake huwelijksluiting erkende de decretale *Veniens ad nos* van Alexander III (1159-1181) uitdrukkelijk dat trouwbe-

loften gevolgd door bijslaap – naast het huwelijk bij consensus – een geldig huwelijk tot stand brachten.

De zetduiveltjes waren ook rond in dit boek, zowel in de noten als in de tekst, zowel in de Oudfriese tekst als in de vertaling. Een paar voorbeelden: blz. 29, Sjölin III, 16, p. 246 in plaats van 236; blz. 84, noot 124 Hohenstaufen in plaats van Hohensteufen; ibidem en blz. 241, noot 49 Hendrik VI in plaats van Hendrik IV; blz. 79 *Annales Laureshamenses* in plaats van *Annales Laureshemanses*; blz. 125, noot 4 *capitis deminutio* in plaats van *capitis demunitio*; blz. 140 *cuiscumque* in plaats van *cuis-cumque*; blz. 155 strijd in plaats van strijdt; blz. 167 *achta* in plaats van *amta*; blz. 192 *ma tha ergon stiore* in plaats van *ma ergon stiore*; blz. 284 *state* in plaats van *stathe*; blz. 286 ‘*meene meenthe*’ of ‘*meena meenthe*’? Op blz. 266 en blz. 305 wordt dezelfde *passus* uit Sjölin IX, blz. 278 en Buma-Ebel, IX, blz. 74 afgedrukt met lichte afwijking en een lichtelijk andere vertaling, enz. Maar deze opmerkingen doen weinig af aan de originele waarde en inbreng van dit werk, dat wellicht toch meer de rechts-historici zal boeien dan de filologen. *De minimis non curat praetor*. Elke rechtshistoricus kent die levenswijsheid. En nu we het toch over vertalingen hebben. Een geestige Brusselaar (een filoloog??) vertaalde dit gezegde als volgt: ‘*Le curé des minimis* [parochiekerk in de Marollen in Brussel] *n’est pas prêtre*’. *Se non e vero e ben trovato*.

Gent

D. Lambrecht

- 1 B.H. Stolte, ‘*Nosque Aeneadae Vocamur*. Opmerkingen in de marge van de nieuwe vertaling van het *Corpus Iuris civilis* in het Nederlands’, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* LXIV (1996), blz. 201-207.

Conrad Gietman/Arjan Verschoor, *Een goed voor de eeuwigheid. De Gelderse Vicarie Sancti Nicolai, 1501-2001*. Westervoort: Uitgeverij Van Gruting, 2001; 264 pp. ISBN 90 75879 148. €22,-

Bij akte, verleden op 27 oktober 1501 ten overstaan van Herman van Hoirde, kanunnik van het bisdom Munster en aartsdiaken van de Jacobskerk te Winterswijk, heeft Herman van Basten, leek van het bisdom Munster, gesticht een eeuwig durende vicarie op het altaar, gewijd aan St. Nicolaas, Johannes de Doper en de martelaar Christophorus. Deze vicarie had ten doel het onderhouden van een priester om God aan het altaar te dienen. Daartoe bestemden Van Basten en enige anderen een aantal, in de akte nader genoemde jaarlijkse inkomsten en bepaalde goederen,

waaronder het erf Arresveld, dat tot op de huidige dag de kern van het grondbezit dier vicarie vormt. Het patronaat of collatorschap, dat wil zeggen het recht om een begunstigde-rechthebbende tot de inkomsten der vicarie voor te dragen, bedong Van Basten voor zichzelf en, na zijn dood, voor zijn oudste en naaste wettige bloedverwant en zo vervolgens. De kanunnik wees het verzoek in ieder opzicht toe, bracht de inkomsten en goederen in de dode hand, zoals dat toen heette en benoemde op voordracht van Van Basten diens zoon, de geestelijke Henric van Basten, tot rechthebbende. Ter gelegenheid van het vijfhonderdjarig bestaan van de vicarie van Sint Nicolaas (‘*Sancti Nicolai*’), zoals zij verder genoemd werd, heeft haar bestuur, waarover hieronder nader, opdracht gegeven tot het schrijven van dit gedenboek tegen de achtergrond van de wederwaardigheden van haar soortgenoten en de politieke en sociale ontwikkelingen in de voorbije eeuwen. Het onderzoek zou aldus inzicht moeten kunnen verschaffen in wat een vicarie eigenlijk was, wat de bedoelingen waren van de oprichters en wat daarvan is terechtgekomen en dat alles op een wijze, die niet alleen voor experts leesbaar en toegankelijk zou zijn, maar ook voor een breder publiek van historisch geïnteresseerden. Het moet aanstonds gezegd worden, dat de beide auteurs zich niet gemakkelijk van hun opdracht hebben afge- maakt, getuige de zeer brede documentatie en uitvoerige beschouwingen omtrent al hetgeen de vicarie sedert haar stichting heeft moeten doormaken, maar zij zijn kennelijk geen juristen, wat zich in de hoofdstukken III en IV helaas doet gevoelen. Het boek is in het algemeen vlot leesbaar, fraai uitgevoerd en geïllustreerd, voorzien van vele noten, zestien bijlagen, een naamlijst van collatoren en begunstigden, een opgave van geraadpleegde archieven, literatuur en foto-verantwoording, en een register. De indeling in vier hoofdstukken geeft de hoofdpunten van de geschiedenis op gelukkige wijze weer:

Vicarie en gemeenschap (waarin o.a. de bedoeling van de stichter wordt uiteengezet);  
Vicarie en Reformatie;  
Vicarie en Staat;  
Vicarie en autonomie.

De hoofdstukken volgen de vaderlandse geschiedenis, met name die in het oosten des lands, zonder echter de duidelijke hoofdlijn: de wederwaardigheden van deze eigenaardige vicarie, ook maar een

ogenblik los te laten. Die hoofdlijn was niet zonder ingrijpende incidenten, zoals hieronder nog zal blijken en het lijkt niet teveel gezegd, dat de vicarie er vermoedelijk al lang niet meer zou zijn geweest – zoals dat het geval is met de overgrote meerderheid der in de middeleeuwen gestichte vicarieën – indien niet een duidelijke continuïteit had bestaan in de familie van de stichter. Daarover dus eerst een enkel woord.

Het erfelijk collatorschap, dat de vicarie stempelde tot een zgn. bloedvicarie – bloed in de zin van familie – paste geheel in het middeleeuws, juridisch denken, zoals dat nog geruime tijd daarna bleef bestaan, waarin de goederen van een vicarie golden als toebehorende aan de familie, waaruit de stichter was voortgekomen, maar met een duidelijke bestemming. Wij vinden dat nog bij De Groot, waar hij spreekt over de aan ‘gheslachten’ behorende goederen, die tot een bepaald ‘ghebruick’ zijn ‘geschickt’ (Inl. II:1:31, 38). Wij zien hier een met de Engelse *trust* vergelijkbaar onderscheid tussen de *legal* en de *beneficial owner*, een onderscheid dat bij ons in de negentiende eeuw is verdwenen. Wij zouden een dergelijk verschijnsel als een stichting, dus als een rechtspersoon, beschouwen. Zolang de familie bestond, was ook het voortbestaan van haar ‘stichting’ althans in dat opzicht verzekerd. Dit nu deed zich bij de Van Bastens gedurende drie eeuwen voor, tot en met de collatrice Maria Helena Catharina van Basten, die in 1819 overleed. Zij was gehuwd met J.H. Batenburg en werd als collator opgevolgd door haar zoon Mr J.H. van Basten Batenburg, die uit piëteit en gezien de herkomst van de vicarie de geslachtsnaam van zijn moeder bij die van zijn vader had gevoegd. Niet alle Batenburgs deden dat, zodat het collatorschap sedertdien afwisselend door Batenburgs en Van Basten Batenburgs is bekleed. De latere ruzie in deze familie over de vraag, of het collatorschap ook in de vrouwelijke lijn kon vererven, is wel zeer curieus in het licht van het feit, dat de eerste Batenburg het collatorschap had geërfd van zijn moeder.

De eerste omwenteling, die de vicarie te doorstaan kreeg, was de hervorming. Strikt genomen had zij het einde van de vicarie kunnen betekenen. Haar middeleeuwse, rooms-katholieke achtergrond was de opvatting, dat een overledene zijn bestaan in het hiernamaals begon met verblijf in het vagevuur. Dat kon bekort worden door het opdragen van heilige missen voor zijn zieleheil. De hervorming wilde van vagevuur noch heilige missen weten en daarmede ontviel aan de vicarieën eigenlijk haar bestaansrecht.

Evenwel: de hervorming wilde hervormen maar niet omwentelen, dus werden de vicarieën bestemd tot ondersteuning van de ware, gereformeerde religie, zoals het onderhoud van kerkgebouwen, de betaling van traktementen van predikanten, schoolmeesters en leraren aan Latijnse scholen, en ook het verstrekken van studiebeurzen aan toekomstige dienaren van kerk en staat, al hetgeen werd samengevat onder het hoofd vrome bestemming. De voordracht van begunstigen – de zogenaamde begeving – bleef voorbehouden aan de roomse Van Bastens, maar de bevestiging daarvan lag voortaan in handen van de wereldlijke overheid, die ook het beheer voerde en dat zou tot na het midden van de twintigste eeuw zo blijven.

De gang van zaken was niet altijd overzichtelijk, een rechtstreeks gevolg van de tachtigjarige oorlog, die Gelderland gevoelig deed kennismaken met de herhaaldelijk wisselende krijgskansen binnen een in onze ogen zeer klein gebied, ongeveer zoals de strijd om de Grebbeberg in mei 1940 zich naar huidige maatstaven vrijwel afspeelde onder de rook van Amsterdam, waar men daarover toen in de krant las alsof het in het buitenland gebeurde. Na veel staatkundige onzekerheid en ook veel interne strijd kwam het er tenslotte toch van, dat alleen gereformeerde beneficianten werden voorgedragen en goedgekeurd.

Met de Bataafse omwenteling van 1795 kwam de scheiding van kerk en staat en daarmede de maatschappelijke opgang van de Van Basten Batenburgs, wier religie niet langer aan een publieke carrière in de weg stond. Alle geestelijke goederen werden nationaal verklaard, maar de vicarieën werden vooralsnog ongemoeid gelaten met dien verstande, dat de nieuwe overheid de collatoren moest bevestigen.

Daarop volgde, na het intermezzo van het Koninkrijk Holland, de inlijving bij Frankrijk. Daarover vindt men in het boek niets en toch verdient zij de aandacht, want Napoleon was sterk gekant tegen goederen in de dode hand, hetgeen ertoe leidde, dat de stichting als rechtsfiguur in de Code Civil ontbrak (en dientengevolge later in ons BW van 1838!). De vicarieën – wellicht nog niet als stichtingen herkend – bleven gespaard, anders dan bijvoorbeeld de vijf Utrechtse middeleeuwse kapittelen, die inmiddels protestante stichtingen waren geworden en wier goederen zonder meer aan de dienst der domeinen werden toebedeeld (*Décret impérial* concernant les biens ecclésiastiques dans les Départemens de la Hollande van 21 februari 1811, Fortuijn, III, p. 283)

zonder dat daarop later ooit nog rechtsherstel is gevolgd. Slechts werd op de vicarieën een Franse wet van toepassing verklaard betreffende het traktement der vicarissen (*Avis du Conseil d'Etat relatif à la quotité et au mode de paiement du Traitement des Vicaires* van 17 mei 1811, op 19 mei 1811 goedgekeurd door Napoleon, Fortuijn, III, p. 314).

Met de restauratie brak ook voor de vicarieën een nieuwe periode aan. Reeds in mei 1814 werd bij KB het toezicht toevertrouwd aan de Minister van Binnenlandse Zaken met machtiging om te beschikken als vóór de inlijving bij Frankrijk het geval was geweest: voortaan zou iedere opvolging in het collatorschap en iedere begeving pas rechtsgeldig zijn na ministeriële goedkeuring. Het onroerend goed bezit van de vicarie van St. Nicolaas werd omstreeks 1840 vrijwel verdubbeld bij de verdeling van markegronden, hetgeen wellicht mede verklaart de daarop volgende pogingen van Domeinen, die inmiddels het beheer hadden als opvolgers van de overheid van voor de Franse tijd, om de Staat als eigenaar van de vicariegoederen te doen erkennen.

Hiermede zijn wij aangekomen bij het belangrijkste hoofdstuk van de rechtsgeschiedenis der vicarieën en dat vertoont helaas een aantal al te zwakke plekken. Dit begint op blz. 130, waar verwezen wordt naar 'enkele belangrijke arresten' van de Hoge Raad van 1856 en 1857, helaas zonder data en vindplaatsen, wat een jurist zich niet veroorloofd zou hebben. Voor zover viel na te gaan zijn er twee arresten geweest, beide van 1856 (HR 29 februari 1856 W. 1727 en 6 juni 1856 W. 1858), waarin werd beslist, dat vicarie-goederen niet aan de Staat waren vervallen, respectievelijk dat het beheer van geestelijke goederen niet aan de dienst der domeinen was toegekend.

Op blz. 136 wordt vermeld, dat een minderheid in na te noemen Staatscommissie overwoog vicarieën als 'subjectloze vermogens' te beschouwen, hetgeen onnodig verwarrend is, nu de schrijvers niet vermelden dat dit slechts een later terecht verlaten beschouwing van het verschijnsel stichtingen was. Bepaald verbluffend is de stelling (p. 165), dat voor de wet op stichtingen van 1956 'stichtingen niet werden erkend als zelfstandige personen die aan het rechtsverkeer zouden kunnen deelnemen'. Daaruit blijkt immers dat de schrijvers niets hebben begrepen van wat zij even eerder van derden – Hoge Raad en Staatscommissie – hebben overgeschreven. Dit geldt ook voor de bewering, dat de vicarie van Sint Nicolaas eerst met ingang van 7 mei 1979, toen haar huidige statu-

ten werden vastgesteld, 'vanaf nu de juridische jas van een stichting (had) aangetrokken'. Zij was immers sedert 1501 nooit anders geweest. De nieuwe wet deed niet meer of anders dan de stichting, die tot dusverre door het gewoonterecht werd geregeerd, een plaats geven temidden van de andere rechtspersonen.

Intussen hadden de vicarieën de wetgever niet losgelaten, maar de materie bleek verre van eenvoudig tengevolge van grote verschillen in de vicarieën in verschillende delen des lands onderling. In 1880 werd een zwaar bemande Staatscommissie benoemd, die pas in 1889 met twee verschillende wetsontwerpen voor den dag kwam. Intussen was in 1884 een voorlopige wet tot stand gekomen, die slechts als conserverende maatregel was bedoeld. Zij werd bij gebreke van beter enige malen verlengd. Pas bij de wet van 30 oktober 1974 (S. 700) 'tot beëindiging van de overheidstaken m.b.t. de zaken van de voormalige wees- en momboirkamers en het beheer van vicarieën, alsmede de afkoop van onveranderlijke lasten' kwam aan de overheidsbemoeienis een einde en de invoering van boek 2 BW in 1976 bezegelde de erkenning van vicarieën als burgerlijke stichtingen. Niettemin moest de rechter er nog eenmaal aan te pas komen, voor de verhouding tussen vicarie en Staat kon worden afgewikkeld en ook hier zijn de schrijvers helaas ontspoord. Er waren twee rechtsvragen, vooreerst of de Staat rechtens gehouden was het beheer aan de vicarie zelf over te dragen en voorts, hoe de volgens de wet aan de Staat verschuldigde afkoopsom moest worden berekend. Zij werden beide door de Rechtbank te Den Haag beslist ten nadele van de vicarie, die daarvan in hoger beroep ging bij het Hof aldaar. Dit kwam echter aan een uitspraak over de overdracht van het beheer niet meer toe, omdat partijen bij pleidooi hadden verklaard, dat zij die kwestie in der minne hadden geregeld, zodat het geschil alleen nog de berekening van de afkoop betrof. In verband daarmee overwoog het Hof wel – overeenkomstig het standpunt van partijen – dat het beheer door de Staat aan de vicarie moest worden overgedragen, maar het bepaalde evenals de Rechtbank de afkoopsom overeenkomstig de berekening van de Staat. De Hoge Raad verwierp het beroep, dat uitsluitend daartegen was gericht (HR 17 juni 1988 N.J. 1989, 6). De stelling van schrijvers (p. 173), dat de Hoge Raad de vicarie met betrekking tot de eigendomsvraag in het gelijk stelde, is in elk opzicht onhoudbaar. Wat zij citeren is een passage uit het arrest van het Hof.

De vicarie van Sint Nicolaas heeft haar statuten



overeenkomstig de nieuwe wet aangepast en een bestuur gecreëerd, dat de rol van de overheid ten opzichte van de collator heeft overgenomen. Haar doel is nu het versterken van studiebeurzen aan leden van de familie, waardoor zij weer familiefonds, een bloedvicarie is geworden. Financieel is de vicarie krachtiger dan ooit, een bewonderenswaardige uitzondering temidden van de talrijke vicarieën, die de wentelingen der tijden niet aankonden. Zij had beter verdiend dan dit gedenkboek, dat ondanks zijn vele verdiensten juist in het voor een vicarie zo belangrijk juridisch opzicht zo pijnlijk tekortschiet.

Amsterdam

L. Hardenberg.

J.P. van Niekerk, *The development of the principles of insurance law in the Netherlands from 1500-1800*, Johannesburg [etc.]: Juta & Co Ltd 1998 (tevens verkrijgbaar bij Uitgeverij Verloren in Hilversum), 2 volumes; vol. I: xxxix + 712 pp.; vol. II, 713-1546 pp. ISBN 0-7021-4920-9. Prijs: € 69,95

Deze geschiedenis van de ontwikkeling van de beginselen van het Nederlandse verzekeringsrecht over de periode 1500 tot 1800 is gebaseerd op het proefschrift waarop J.P. van Niekerk eind 1997 aan de Universiteit van Zuid-Afrika de doctorstitel in de Rechtsgeleerdheid verwierf. De studie is afgesloten in december 1996 en door middel van deze publikatie in 1998 toegankelijk gemaakt, mede door de Engelse taal, voor een wereldwijd wetenschappelijk belangstellend publiek. De bijlagen (1-51) evenwel zijn grotendeels in het Nederlands, een aantal is in het Engels vertaald en sommige zijn in de originele Engelse tekst gedrukt. Een uitgebreide bibliografie (p. 1463-1523), een tabel met wetgeving (p. 1525-1531) en een zaakregister (p. 1533-1546) sluiten de twee delen van dit boek af. De auteur is hoogleraar in het handelsrecht aan de Universiteit van Zuid-Afrika.

Het is zoals de auteur in de Inleiding (p. xxix) aangeeft, een project geweest dat veel uithoudingsvermogen en een lange adem heeft gevergd. In het Nederlands taalgebied is met betrekking tot de zeeverzekering een onvoltooide poging gewaagd door M.Th. Goudsmit, *Geschiedenis van het Nederlands zeerecht. Inleiding – Geschiedenis der bronnen*, Den Haag 1882, die grotendeels was gebaseerd op het Duitse werk van C.F. Reatz, *Geschichte des Europäischen Seeversicherungrechts*, I, Leipzig 1870 (ook onvoltooid geble-

ven!). De studie van Van Niekerk is gebaseerd op gepubliceerd materiaal (wetgeving, jurisprudentie en literatuur). Archiefonderzoek (o.a. in Nederland) heeft niet plaatsgevonden. Daar ligt meteen een uitdaging voor verder onderzoek op basis van dit standaardwerk van Van Niekerk, die de huidige stand van de wetenschap in kaart heeft gebracht. Het zwaartepunt van de studie is derhalve gelegen in een bijna compleet literatuuronderzoek met de nadruk op de ontwikkeling van het verzekeringsrecht in Nederland gedurende de periode 1500-1800. Op dit punt heeft de auteur de bronnen chronologisch onderzocht, oog hebbend voor het feit dat het verzekeringsrecht in de dagelijkse praktijk werd ontwikkeld en gevormd. Voorts heeft de auteur zich specifiek gericht op het materiële verzekeringsrecht: welke beginselen hebben dit deel van het privaatrecht, en meer in het bijzonder overeenkomstenrecht, beheerst? Het met de doctorstitel bekroonde onderzoek van de auteur heeft zich geconcentreerd op een periode, waarin het Rooms-Hollands recht bloeide en de overeenkomst van zeeverzekering in de handelsdrijvende Republiek der Zeven Verenigde Provinciën met de compagnieën zoals de V.O.C. en de W.I.C. en de daarmee verbonden lucratieve kaapvaart (denk aan Piet Hein!) aan de orde van de dag was om risico's te beperken van te ondernemen scheepsreizen om heel de wereld. Hollandse rechtsgeleerden en kooplieden stonden niet alleen aan de wieg van het N.V.-recht (V.O.C., 1602) maar ook schiepen zij een ander exportartikel: de zeeverzekering. De studie van Van Niekerk heeft onder meer de verdienste de Nederlandse bijdrage aan de ontwikkeling van het verzekeringsrecht in de huidige wereldtaal, het Engels, vast te leggen en toegankelijk te maken voor verdere studie. Na koop-verkoop, huur-verhuur was de verzekeringsovereenkomst in de periode 1500-1800 het meest voorkomende afgesloten contract. Alle reden om aan dit fenomeen een moderne rechtshistorische studie te wijden, zoals Van Niekerk heeft gedaan.

Zijdelings in zijn onderzoek zijn meegenomen de onderlinge waarborgmaatschappijen. De historische ontwikkeling van de levensverzekering viel buiten het onderzoek. Aan de brandverzekering en andere vormen van schadeverzekeringsrecht dan de zeeverzekering is ook aandacht besteed.

De studie van Van Niekerk is opgebouwd uit twee delen. Deel A (p. 1-268) behandelt de context van de (zee)verzekeringsovereenkomst. Deel B (p. 269-1392) onderzoekt de beginselen van het (zee)verzekeringsrecht.

Deel A (p. 2) begint met de constatering dat tegenwoordig niet meer omstreden is dat de oorsprong van het huidige verzekeringsrecht ligt in de Noord-Italiaanse steden aan het einde van de 14<sup>e</sup> eeuw. Kooplieden geconfronteerd met de gevaren en de risico's van de koopvaart hebben samen met praktijkjuristen de verzekeringsovereenkomst ontwikkeld. De totstandkoming van deze overeenkomst heeft op zijn beurt de koopvaardij verder ontwikkeld. De Hanzesteden, zijn na Spanje (Barcelona, 1435) en Frankrijk, met in de zuidelijke Nederlanden Brugge (begin 14 eeuw) centra geworden van ontwikkeling van een koopmansrecht, dat aan de behoefte van de justiciabelen moest voldoen. Van Niekerk laat andere vormen van contractuele risicomijding en -spreiding de revue passeren (p. 11-86), zoals *foenus nauticum*, bodemrij, compagnieschappen en averijgrosse.

Van een wetenschappelijke beoefening van het verzekeringsrecht is in Nederland pas sprake na de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel van 1838.<sup>1</sup> Van Niekerk reconstrueert achteraf de ontwikkeling van de beginselen van het verzekeringsrecht over de periode 1500-1800 in Nederland door alle sporen van verzekering in kaart te brengen, te duiden en te analyseren, zodat de evolutie van dit deel van het recht helderder wordt. Hij doet dit bewonderenswaardig ook tegen de achtergrond van spel- en weddenschap, de loterijen, de windhandel en andere rechtsverschijnselen behorend tot het genus kansovereenkomst (p. 89-172). Ook beurspraktijken worden niet onbesproken gelaten, zelfs de pelgrimsreis als boetedoening krijgt zijn plaats (p. 115 e.v.). Hij schetst het panorama volledig!

Het typeren van de verzekeringsovereenkomst (p. 175-189) brengt de elementen: consensueel, nominaat, wederkerig en goede trouw naar voren. Ik mis echter het element standaardcontract. Gedrukte polissen in formulierboeken zijn al in het begin van de door de auteur beschreven periode bekend. Assurantiebezorgers en makelaars bedienden zich er dagelijks van. Slechts de omschrijving van het verzekerd belang, de premie, de schipper, de naam van het schip en de looptijd van de verzekeringsovereenkomst (de reis) behoefden ingevuld te worden (Bijlagen, p. 1414 e.v.). De grote populariteit van de zeeverzekering heeft het formulierkarakter in de hand gewerkt en bevorderd. De onderhandelingen tussen partijen hebben zich slechts tot bovengemelde aspecten beperkt en vaak hebben kooplieden geen andere keus gehad. Het monopolie van het aanbod

heeft in de havensteden zeker een grote rol gespeeld.

Een ander belangrijk element dat ik ook mis in Deel A is het vraagstuk van dwingend en aanvullend recht. Van dwingend recht is het verbod op de levensverzekering. Maar van welke bepalingen mocht bij de zeeverzekering worden afgeweken? Aan welke essentialia moest worden voldaan om te kunnen spreken van een (zee)verzekeringsovereenkomst maakt de auteur wel duidelijk. Uiteindelijk vormen de kern van de overeenkomst het verzekerbaar belang en de premie: de elementen derhalve van de definitie van art. 246 Wetboek van Koophandel van 1838 (p. 189-193).

Met een uiteenzetting over de betekenis van de Kamers van Assurantie (o.a. te Amsterdam en Rotterdam), de arbitrage, de schikking in en buiten rechte, de invloed van het buitenlands recht (o.a. Londen) en tenslotte de gewoonte (p. 195-265) besluit de auteur Deel A. De gewoonte bespreekt Van Niekerk allereerst in de context van de rechtsontwikkeling van de verzekeringsovereenkomst (p. 245). Het oudste verzekeringsrecht was gewoonterecht. Eerst later kwam er wetgeving in de vorm van ordonnantiën en stedelijk recht (keuren). De wetgeving op basis van gewoonterecht was ook gedeeltelijk supranationaal en uniform op grond van de specifieke eisen, die de handel aan de verzekering stelde. Later ontstonden meer nationale en stedelijke vormen van wetgeving. Deze wetgeving was vaak niet anders dan een codificatie (optekening) van het gewoonterecht (p. 249) onder Karel V en Philips II in onze streken, en waar wetgeving tegen de gewoonterechterlijke regels inging, bleven de kooplieden daaraan vaak vasthouden. Recht en praktijk gingen in dit laatste geval uiteenlopen. In de polissen werd voorts verwezen naar toepasselijk (gewoonte)recht (p. 255). De rechtskeuze van toepasselijk recht kwam vaak voor. De rechtbanken bevoegd in assurantie zaken stelden het bestaan van gewoonterecht vast aan de hand van getuigenverklaringen bij turbe (p. 262 e.v.) *ex officio* of op verzoek van de meest gereede partij. Het terzijde stellen van de wet door de gewoonte (p. 265 e.v.) werd door de rechtspraak in de Republiek der Zeven Verenigde Provinciën erkend. Het gaat dan om 'desuetudo': het in onbruik raken van wetgeving. De beoefenaren van het hedendaagse Nederlandse verzekeringsrecht moeten dan meteen denken aan het Jacob Maring-arrest.<sup>2</sup> Uit de door de auteur geanalyseerde jurisprudentie begrijp ik dat de Hoge Raad van Holland en Zeeland aanvaardde dat de gewoonte ook dwingend recht terzijde kon stellen. Dit is voor de beoefenaren van het hedendaagse privaatrecht een hoogst interessant gegeven.

Alvorens een aantal opmerkingen te maken over Deel B (p. 269-1392) van het boek over de beginselen van het verzekeringsrecht, wil ik even stil staan bij het gebruik van de bronnen rond 1800, het einde van de door Van Niekerk beschreven periode. Menig hoofdstuk in Deel B wordt afgesloten met verwijzingen naar artikelen in het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838. Evenwel, zonder de tussenschappen van het Ontwerp-Walraven inzake verzekeringsrecht eind 1800/begin 1801<sup>3</sup> en het Ontwerp-BW Van der Linden<sup>4</sup> (1807/1808), dat het Ontwerp-Walraven bijna klakkeloos heeft overgeschreven. Van der Linden werd op zijn beurt geïncorporeerd in het Ontwerp Wetboek van Koophandel (1809).<sup>5</sup> Het Ontwerp van de Amsterdamse advocaat Mr. Jacob Walraven (1759-1823)<sup>6</sup> is, gestoeld op de Amsterdamse keuren, van grote invloed geweest op de regeling van de verzekeringsovereenkomst in het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838. Zijn Ontwerp telt 118 artikelen en vormt binnen het geheel van de arbeid van de codificatiecommissie-Cras (1798) een kenbron van het verzekeringsrecht. Walraven, die heel dicht stond bij de Amsterdamse verzekeringspraktijk, heeft een prominente plaats in het boek van Van Niekerk verdiend maar niet gekregen.

Het is meer dan begrijpelijk dat in het standaardwerk van Van Niekerk verwijzingen voorkomen naar de Marine Insurance Act van 1906: de Engelse codificatie van het zeeverzekeringsrecht. Praktisch zijn thans alle gesloten zeeverzekeringen wereldwijd onderworpen aan het Engelse recht. Het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838 speelt op het terrein van de zeeverzekering geen rol meer. Ook elders in het boek wordt vanwege de belangrijke rol van Londen (Kamer van Assurantie, p. 224-229) naar Engelse rechtspraak en literatuur verwezen, o.a. vanwege de Nederlandse invloed daarop (p. 224). Het internationale karakter van het handelsrecht wordt daarmee onderstreept. Wellicht ware het goed geweest te signaleren dat in de periode 1500-1800 in feite het enige type verzekering dat uitvoerig geregeld werd door wetgeving, gewoonte en jurisprudentie en besproken in de literatuur de zeeverzekering was. Pas in het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838 wordt in Boek 1 een aantal algemene bepalingen betreffende de schadeverzekering en specifieke betreffende brand- en landbouwverzekering en embryonaal aangaande de levensverzekering opgenomen en in Boek 2 wordt dan de zeeverzekering als bijzonder type uitgewerkt. De beginselen in Deel B van het

boek van Van Niekerk betreffen derhalve primair de zeeverzekering. De bespreking en ordening van de elementen van het verzekeringsrecht doet de auteur naar eigen keuze (p. 271-1392). Interessant is het om hiernaast de door Walraven<sup>7</sup> (eind 1800 / begin 1801) ontworpen titel 'Van Assurantie of Verzekering', verdeeld in 14 afdelingen, te leggen. In retrospectief ziet men dan, dat het vraagstuk van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst (art. 251 Wetboek van Koophandel van 1838), dat thans een substantieel deel van de jurisprudentie en doctrine beheerst en afkomstig is uit de Franse Code de Commerce (art. 348)<sup>8</sup> van 1807, slechts op een punt terugkeert in de periode 1500-1800 (p. 522) naar art. 22 afd. 2 Ontwerp-Walraven: de verzekering van een schip, vurenblaas genaamd. Men eiste in het Rooms-Hollands recht dus mededeling van een bepaald voor de risicobepaling relevant feit (p. 1008 e.v.). Wat voor een type schip is het? Het morele risico speelde nog geen enkele rol. Of moet men zeggen: behoefte geen rol te spelen omdat men elkaar in de handelswereld door en door kende: de partijen bij de verzekeringsovereenkomst behoefden slechts de goede trouw als richtsnoer bij de uitvoering van de overeenkomst.

Zelfs niet eenduidig opgelost in het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838 is de kwestie van de totstandkoming van de overeenkomst (artt. 255 jo 257): de verzekering is een consensuele overeenkomst en de polis is het bewijsmiddel bij uitstek, zo kristalliseerde het uit in de doctrine, maar de genoemde bepalingen zijn niet duidelijk. Gedurende de periode 1500-1800 (p. 474-475) bleef de kwestie van de functie van de polis een onopgelost punt. Zo ook in de artt. 37 tot en met 40 van afd. 4 van het Ontwerp-Walraven. Pas in Boek 7, titel 17, van het (Nieuw) Burgerlijk Wetboek zal de Nederlandse wetgever klare wijn schenken.

Het indemniteitsbeginsel (p. 1093-1180)<sup>9</sup> is nog steeds van groot belang in ons verzekeringsrecht en heeft een lange voorgeschiedenis. Walraven bestempelt dit beginsel in zijn 'Beschouwingen' tot een uitgangspunt: 'De verzekering kan voor de verzekerde nooit winst maar alleen schadeloosstelling geven'. Zijn Ontwerp is van dit kernbeginsel dan ook doortrokken.

Een ander thans sterk in de belangstelling staand beginsel van ons verzekeringsrecht: de risicoverzwaren tijdens de loop van de verzekering (vgl. art. 293 van het Nederlandse Wetboek van Koophandel van

1838) (p. 897-991) heeft zijn wortels in de 'verandering van reise' (p. 934): art. 41 afd. 5 van het Ontwerp-Walraven, luidend: 'Wanneer een verzekerden schipper buiten nood, een andere haven doet ingaan of de Reize, welke bij de Polis staat uitgedrukt, doet veranderen, verliest hij daardoor in geval van ramp of schade alle regt en aanspraak op den verzekeraar.', verwoordt dit helder.

De uitlegging van de verzekeringsovereenkomst heeft enige specifieke aspecten, waar de auteur over de periode 1500-1800 geen apart hoofdstuk aan gewijd heeft. Het zou interessant zijn te weten of toen ook reeds bij onderlinge tegenstrijdigheid van de polisvoorwaarden op de gedrukte polisformulieren de geschreven tekst voorrang genoot boven de gedrukte tekst en de verzekeringsovereenkomst zo moest worden uitgelegd dat bij twijfel de door de verzekerde bedongen dekking eng moest worden geïnterpreteerd, welke regel ook opging voor de door de verzekeraar bedongen uitsluiting. Kende men toen ook reeds bindende uitspraken betreffende de uitleg van de polisvoorwaarden?<sup>10</sup>

Het boek van Van Niekerk, door mij als een standaardwerk gekwalificeerd, mag in geen enkele wetenschappelijke bibliotheek met de specialisaties rechtsgeschiedenis en privaatrecht in Nederland ontbreken. Het geeft een goed overzicht, ja bijna uitputtend, van de beschikbare, gepubliceerde bronnen van het verzekeringsrecht in de periode 1500-1800. Tevens biedt het standaardwerk een 'bedding' voor al dan niet toevallige archiefvondsten, die onderzoekers ongetwijfeld in Nederland en elders nog zullen doen en ons inzicht in de ontwikkeling van het verzekeringsrecht gedurende de periode van het Rooms-Hollands recht nog verder kunnen vergroten. Voorts heeft deze Engelstalige publicatie het grote voordeel dat de Nederlandse bijdrage aan de ontwikkeling van het verzekeringsrecht in de moderne tijd toegenomen is gemaakt voor onderzoekers, die de Nederlandse taal niet machtig zijn.

Bovendien maakt dit standaardwerk duidelijk dat de boeken van W.F. Lichtenauer, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809* (Amsterdam 1956) en A. van Oven, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland in de 19<sup>e</sup> eeuw* (Amsterdam 1968) veel te vroeg geschreven zijn. Van Niekerk heeft op het terrein van het verzekeringsrecht laten zien, hoe deze beschrijvingen bij verder onderzoek nog aan diepte hadden kunnen winnen. Andere onderdelen van het handelsrecht,

zoals het N.V.-recht en faillissementsrecht, wachten ook op een dergelijke diepgravende studie.

Zeist

V.A.M. van der Burg

- 1 Zie mijn 'De beoefening van het verzekeringsrecht gedurende de 19<sup>e</sup> en begin 20<sup>e</sup> eeuw', *Het Verzekerings-Archief* XLVII (1970), p. 266 e.v.
- 2 HR 3 maart 1972, NJ 1972, no. 339, conclusie AG Berger, noot H.B. Zie mijn: *Schade- en Sommenverzekeringsrecht*, 2<sup>e</sup> druk (Deventer 1990), nos 10, 21.3, 23, 33.1. De wettelijke uitzondering van art. 289 lid 2 Wetboek van Koophandel van 1838 is door het gebruik terzijde gesteld. Over de aard van de bepaling, aanvullend of dwingend recht, heeft de Hoge Raad zich niet expliciet uitgesproken.
- 3 Zie mijn 'Het Ontwerp-Walraven inzake verzekeringsrecht eind 1800/begin 1801', *Het Verzekerings-Archief* XLIX (1972), p. 149 e.v. en C. van Nievelt, *Bronnen van de Nederlandse Codificatie van het zee- en assurantiericht 1798-1822*, diss. Leiden 1978.
- 4 J. van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807-1808*, heruitgegeven door J.Th. de Smidt (Amsterdam 1967).
- 5 Uitgave T.M.C. Asser (Amsterdam 1866).
- 6 Zie mijn: 'Mr. Jacob Walraven (1759-1823). Een aanvulling', *Het Verzekerings-Archief* L (1973), p. 324 e.v. en mijn 'Mr. Jacob Walraven (1759-1823)', *Biografisch Woordenboek van Nederland*, 2 (Amsterdam 1985), p. 611-612.
- 7 Zie mijn onder 3 genoemde artikel, p. 151.
- 8 Zie mijn 'De invloed van de Code de Commerce op ons verzekeringsrecht', *Het Verzekerings-Archief* XLVIII (1971), p. 147 e.v.
- 9 Zie mijn onder 3 genoemde artikel, p. 157 e.v.
- 10 Zie voor het huidige recht: A.C. van Empel (†), Ph.H.J.G. van Huizen en R.J. Verschoof, XI. *Schadeverzekering*, in: *Bijzondere Contracten* (Deventer: Kluwer), losbladige editie, Ad art. 246 K no. 27.

G. Martyn, *Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611. Zijn genese en zijn rol in de verschriftelijking van het privaatrecht*, Brussel: Algemeen Rijksarchief en Rijksarchief in de provinciën, 2000 (Studia 81). 610 pp.

Het Eeuwig Edict van de aartshertogen, gepubliceerd op 12 juli 1611, is een vorstelijke ordonnantie die de voorbije vier eeuwen vele pennen van juristen en (rechts-)historici in beweging heeft gebracht. Nochtans werd nooit een globale studie gewijd aan deze 47 artikels tellende wettekst. Prof. G. Martyn is de eerste – en gezien de grondigheid van zijn studie, wellicht ook de laatste – die een dergelijke breedvoerige opdracht niet uit de weg is gegaan, al heeft ook hij zich noodzakelijkerwijze beperkingen opgelegd. Hij concentreert zich immers vooral op het formele en materiële – privaatrecht. Dit was het onderwerp van zijn in 1996 verdedigde doctoraatsverhandeling, waarvan deze publicatie het uitvloeisel is. Het resultaat dat

voorligt, is een bijzonder impressionant werkstuk, dat weliswaar niet het laatste woord zegt over het Eeuwig Edict en de toepassing ervan in de Nieuwe Tijd, maar dat desalniettemin hét referentiewerk bij uitstek zal worden over deze spraakmakende ordonnantie, en meteen ook een standaardwerk over het Zuidnederlandse (privaat-)recht in de 17e en 18e eeuw.

De studie omvat drie grote luiken. In het eerste deel bespreekt de auteur wat de meeste juridische en rechtshistorische auteurs uit het Ancien Régime en de 19e en 20e eeuw zo bijzonder vinden aan wat velen een 'monument van wetgeving' hebben genoemd; hij geeft een overzicht van de verspreiding van de wettekst, en schetst het historische kader waarbinnen hij tot stand is gekomen. Veel aandacht gaat in dit eerste deel ook uit naar de genese van de wettekst, en naar enkele concrete vragen zoals over het auteurschap van het Edict, de titel, de originele redactietaal en het toepassingsgebied.

Deel twee – met zijn ca. 350 pagina's de kwantitatieve hoofdmoot van het boek – is een thematische commentaar op 34 van de eerste 37 artikels van het Edict. Artikels 38-47 blijven buiten beschouwing, omdat het strafrechtelijke bepalingen zijn, en artikels 6, 7 en 8 worden evenmin besproken omdat ze enkele vormen van 'onrechtmatig overheidshandelen' betreffen en daardoor buiten het opzet van de studie vallen. In de artikelsgewijze commentaar komen telkens dezelfde vier aandachtspunten ter sprake: (1) een vergelijking van en een terminologische toelichting bij de twee taalversies (Frans en Nederlands) van de tekst; (2) een opsomming en bespreking van de verduidelijkingen, uitzonderingen en aanvullingen die in de 17e en 18e eeuw onder de vorm van authentieke interpretaties door de Geheime Raad zijn gegeven; (3) een analyse van de *ratio legis* die ten grondslag ligt aan elke bepaling alsmede van de inspiratie die hiertoe is gezocht in Franse wetteksten en in het geleerde recht; (4) een overzicht van de toepassing of niet-toepassing van de respectieve artikels, de overname ervan in de costumen, de latere wettelijke uitwerking en interpretaties van rechtspraak en rechtsleer, in zoverre die bekend zijn uit gepubliceerde of handschriftelijke verzamelingen. Deze vierledige behandeling van de verschillende artikels – waarbij de auteur erg nauwgezet te werk gaat en hij ook blijkt geeft van een grote filologische *feeling* (al ben ik het niet helemaal eens met zijn vertaling van 'tergiversations' op p. 173) – wordt telkens afge-

rond met een kort besluit over het belang van elk artikel, waarin de auteur dan vooral oog heeft voor de rol van elke bepaling in de verschriftelijking van het recht. De veelheid van onderwerpen die in dit tweede deel aan bod komt, noopte G. Martyn tot een eerder summierere behandeling – al is deze bespreking, het weze herhaald, uitgemond in niet minder dan 350 pagina's. Per item wordt een status quaestionis van de huidige wetenschappelijke kennis ter zake gebracht; in die zin is de commentaar, zoals de auteur dat op p. 12 aanstipt, een synthese van de bestaande literatuur, wat uiteraard niet wegneemt dat hij zelf op een aantal belangrijke punten een originele bijdrage levert en een kritische blik werpt op een aantal stellingen die in de literatuur met betrekking tot bepaalde problematieken zijn naar voren gebracht.

In het derde deel tenslotte formuleert G. Martyn in een 40-tal bladzijden een reeks besluiten inzake de betekenis van het Eeuwig Edict voor de wetgevingsgeschiedenis. Hij verklaart er de uitgangspunten en bedoelingen van de uitvaardigers van het Edict, analyseert de verhouding tussen wet en (gehomologeerde) gewoonte na 1611, en gaat na in welke mate het recht na 1611 van uitzicht verandert. Martyn stelt vooral een sterker wordende tendens naar rechtszekerheid vast, en dit door middel van een toenemende verschriftelijking.

Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611. Zijn genese en zijn rol in de verschriftelijking van het privaatrecht is zonder meer een vernieuwende studie, waarin zowel de rechtshistorici *sensu stricto* als de historici die zich interesseren voor de bredere politieke en institutionele geschiedenis hun gading zullen kunnen vinden. Bijzonder opmerkelijk zijn bijvoorbeeld Martyns bevindingen over de onstaansredenen van het Eeuwig Edict: wie dacht dat dit een uitdrukkelijke manifestatie was van de vorstelijke drang om wetten uit tevaardigen, heeft het verkeerd. De ordonnantie van 12 juli 1611 is er eerder gekomen door 'wetvraging' van onderuit dan door 'wetgeving' van bovenaf; het Eeuwig Edict is een conglomeraat van kleine wetgevende ingrepen naar aanleiding van losse wensen van gewestelijke justitieraden en provinciale Staten. Wat niet wegneemt dat de wetgever tijdens het wordingsproces van de tekst de kans te baat nam om bestaande, onduldbare misbruiken uit de weg te ruimen en zich aftekenende tendensen, zoals de verschriftelijking, met overtuiging te versterken. Het Eeuwig Edict was dus niet het resultaat van een op centraal regeeringsniveau ontworpen doelbewust plan om tot een geünifi-

ceerd privaatrecht te komen; integendeel: het tot 1611 geldende recht blijft ook nadien voor het grootste deel onveranderd. De costumen blijven het absolute overwicht houden, wat overigens, gezien het beperkte aantal artikels dat het Eeuwig Edict telt, moeilijk anders kon. Anderzijds zijn de talrijke verzoeken tot interpretatie vanwege lokale magistraten, gewestelijke Staten, provinciale justitieraden en particulieren aan de Geheime Raad dan weer de expliciete bevestiging van de wetgevende macht van de vorst en zijn centrale instellingen inzake het privaatrecht, al laat de centrale wetgever-interpretator op een aantal punten ruimte aan het gehomologeerde costumiere recht en aan ondergeschikte rechters, en treedt hij dus niet zo centraliserend of uniformiserend op. Martyn brengt in dit verband ook een correctie op de klassieke rechtsleer, die stelt dat, in tegenstelling tot de gewoonte, wetgeving stug en onveranderbaar was. Het veelvuldig voorkomen van authentieke interpretaties – en G. Martyn is er in archieven en uitgegeven en onuitgegeven verzamelingen niet minder dan 115 op het spoor gekomen – is immers het beste bewijs dat de wetgever de edictale regels kon verduidelijken, verfijnen, bijsturen en zelfs aanvullen. Het liet hem toe de wet soepel aan te passen aan lokale situaties en noden. De authentieke interpretaties hadden als rechtsfiguur dan ook een zeer groot belang.

Bleef in het Eeuwig Edict van 1611 de centraliserings- en uniformiseringsdrang op het gebied van het privaatrecht eerder op de achtergrond, en was de overgang naar privaatrechtelijke centrale wetgeving in het Eeuwig Edict veel kleiner dan de traditionele rechtsgeschiedenis wil doen geloven, dan was de consolidatie van de opmars van de verschriftelijking in het recht dé grote verwezenlijking van deze ordonnantie van 1611. Het bevel tot optekening van costumen en stijlen kende een grotere impact dan eerdere, soortgelijke opdrachten. Het gevolg hiervan was een grotere rechtszekerheid, de (publiekrechtelijke!) *ratio legis* van nagenoeg elke bepaling van het Eeuwig Edict. Ook het 10e artikel, over de uitwisseling van de geschreven neerslag van getuigenverhoren, of het opteren voor het geschrift als bewijsvorm in artikel 19 (naar inschatting van G. Martyn het cruciale artikel van het hele Edict), waren bijzonder belangrijke elementen in de verschriftelijking van het recht en de rechtsbedeling.

G. Martyn heeft met dit boek de betekenis van het Eeuwig Edict in een nieuw daglicht gesteld. Het heeft wel degelijk een belangrijke draagwijdte gehad, maar die was van een andere aard dan tot op heden werd

aangenomen. Meteen wijst de auteur ook de mythe van de aartshertogen als voluntaristische nationale wetgevers naar de prullenmand. Hun betrokkenheid bij het initiatief tot of de uitwerking van de beroemdste ordonnantie die onder hun bewind werd gepubliceerd, was zo goed als nihil. Deze vaststelling zegt veel over de rol van vorsten met betrekking tot heel concrete aspecten van het binnenlands bestuur. Kwam hun bestuurlijk optreden veelal niet neer op het louter bezegelen van wat technisch geschoolde ambtenaren op verschillende niveaus van het staatsapparaat aan hen voorlegden? Aan G. Martyns bevindingen zou men inderdaad politieke besluiten kunnen koppelen, over de effectieve rol van vorsten en landvoogden en hun relatie tot de instellingen van de door hen 'bestuurde' landen; zeker vanaf de tweede helft van de 16e eeuw betekende taal en techniciteit van de materies voor de opeenvolgende monarchen en hun vertegenwoordigers in de Nederlanden immers grote hinderpalen. Een voorzichtige bemerking in dit opzicht: had het, voor wat de wordingsgeschiedenis van het Eeuwig Edict betreft, nu echt belang dat de soeverein al dan niet in de Nederlanden aanwezig was? G. Martyn suggereert van wel: Filips II zat ver weg in Spanje, wat zou geleid hebben tot vertragingen in het wetgevend werk dat in 1592 was opgestart. Maar ging het vanaf 1598 dan sneller? Uiteindelijk zag het Eeuwig Edict pas het licht in 1611, na dertien jaar aartshertogelijk bewind. In die zin kan men dan ook een vraagteken plaatsen bij de stelling op p. 95 dat 'het belangrijk was dat Albrecht en Isabella als 'soevereine' vorsten ter plaatse kunnen beslissen'. De auteur schijnt ook aan te geven dat de uitvaardiging van enkele andere zeer belangrijke ordonnanties op juridisch vlak het gevolg was van de aartshertogelijke aanwezigheid in de Nederlanden. Maar had één en ander niet eerder te maken met de algemene politieke en militaire context, en met name met het feit dat door Farneses Reconquista, grote delen van de Nederlanden opnieuw onder Habsburgse controle waren gebracht, en dat na enkele decennia van chaos, de tijd nu rijp was voor bestuurlijke hervormingen en het hernemen van enkele oude initiatieven, zoals de codificatie van het gewoonterecht? Dat was een beweging die reeds voor 1598 was ingezet; getuige daarvan onder meer het belangrijke adelsedict van 1595.

Maar dat even ter zijde. Net zoals het Eeuwig Edict een mijlpaal is geweest, weliswaar op een ander vlak dan algemeen werd aangenomen, zoals G. Martyn

dat overtuigend heeft aangetoond, is ook deze studie een mijlpaal, maar dan inzake de kennis van het oude Zuidnederlandse recht. Het is een volumineuze studie geworden, die precies wegens haar omvang niet door de Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten kon gepubliceerd worden. Gelukkig heeft de auteur onderdak gevonden in de reeks *Studia* van het Algemeen Rijksarchief, waar nog wel plaats wordt ingeruimd voor het meer omvangrijke wetenschappelijk werk.

Gent

René Vermeir

J.A. Somers, *De VOC als volkenrechtelijke actor*. Gouda: Gouda Quint, 2001; ix + 351 pp. ISBN 9038708653, €52,18.

Op 6 december 2001 verdedigde Jan Somers zijn proefschrift aan de Rechtenfaculteit van de Erasmusuniversiteit Rotterdam. Promotoren waren Laurens Winkel, hoogleraar Rechtsgeschiedenis te Rotterdam en Kees Roelofsen, bijzonder hoogleraar Volkenrechtsgeschiedenis te Utrecht. Somers (°1930) is afkomstig uit Soerabaja in voormalig Nederlands-Indië. Na zijn loopbaan besloot hij in 1990 rechten te studeren. Daarna begon hij in 1996 aan zijn doctoraat.

De Nederlands-Indische afkomst van de auteur was een belangrijke troef bij het maken van dit boek over de Verenigde Oost-Indische Compagnie, of kortweg de Compagnie. Niet alleen geeft ze de auteur meer vat op de ingewikkelde, politieke verhoudingen in de archipel, bovendien slaagt hij erin om de problematiek van twee zijden te bekijken: de Nederlandse en de Indonesische.

Somers ambieert niet om een algemene rechtsgeschiedenis van de Compagnie in Azië te schrijven. Zoals de titel correct aangeeft, beperkt zijn vraagstelling zich tot het volkenrechtelijke karakter van de Compagnie als machtsfactor in Azië en de Kaap in de 17<sup>de</sup> en 18<sup>de</sup> eeuw. Deze vraag valt uiteen in drie grote deelthematieken: (1) de positie van de VOC als gevolmachtigde van de Staten-Generaal in Den Haag dan wel als autonoom optredende macht, (2) het rechtskarakter van de verdragen of contracten tussen de inlandse vorstendommen en de Compagnie en (3) de rechtstitels waarop de Nederlanders zich beriepen ten aanzien van hun Europese concurrenten, in de eerste plaats Portugal. Dit derde vraagstuk komt minder systematisch aan bod dan de eerste twee. Bij

dit alles baseert Somers zich op de analyse van de honderden verdragen of contracten die de Compagnie met de inlanders sloot. Achtereenvolgens wordt de toestand met betrekking tot Batavia, Bantam, Mataram, de Molukken, Ceylon en Kaap de Goede Hoop beschreven.

De juridische analyse wordt gemaakt tegen de achtergrond van een vrij omstandig feitenrelaas over de komst van de Nederlanders, hun handelsrelaties en conflicten met de inlanders en de Europese concurrenten. Het is geen theoretisch discours, maar een levendig verhaal waarbij de juridische vragen vanuit de feiten worden benaderd.

Nochtans hanteert de auteur bij zijn tussentijdse en finale conclusies telkens een eenduidig en rudimentair theoretisch denkschema aan de hand waarvan hij het 'volkenrechtelijk karakter' van de Compagnie en de contracten bepaalt. Hij ziet het volkenrecht van die tijd, ook het volkenrecht dat geldt tussen de Europese machten, als wat in de 19<sup>de</sup> eeuw als 'äusseres Staatsrecht' bekend is geworden. Voor Somers lijkt dit op twee zaken neer te komen. Ten eerste betekent het dat er geen algemeen, overkoepelend volkenrecht bestaat tussen diverse machten waaraan zij zich onderworpen weten. Ten tweede en bijgevolg, geldt ook het 'pacta sunt servanda' niet als bindende grondnorm, zodat verdragen slechts tijdelijke toezeggingen zijn waar men op elk moment weer onderuit kan. De auteur hanteert dit model op drie niveaus: voor de relaties tussen de Aziatische machten onderling, voor de relaties tussen de Aziatische vorsten en de Europese machten, én als model voor het Europese volkenrecht. Hoewel het Europese volkenrecht niet het voorwerp van het boek vormt, is deze interpretatie van het Europese volkenrecht toch meer verstrekkend dan op het eerste zicht lijkt. Bij de vraag naar de rechtstitels waarop de Compagnie zich beriepen aanzien van haar Europese concurrenten, komt het intern-Europese volkenrecht immers op de voorgrond.

De duiding van het Europese volkenrecht van de 16<sup>de</sup>, 17<sup>de</sup> en 18<sup>de</sup> eeuw als 'äusseres Staatsrecht' is overtrokken. Het moderne volkenrecht was meer dan de projectie van de statelijke, soevereine wil naar buiten en kende een aantal onontkoombare grondnormen die aan die wil voorafgingen en ontsnapten. De auteur wijst erop dat het beginsel *pacta sunt servanda* in de 16<sup>de</sup> en vroege 17<sup>de</sup> eeuw nog niet als voldoende basis werd beschouwd om een interstatelijke overeenkomst bindend te maken. Dit mag juist zijn, net als het feit dat overeenkomsten om die reden met religieuze formaliteiten werden omkleed. Dit alles doet

echter niets af aan het feit dat er andere gemeenschappelijke, overkoepelende normen waren – waaronder religieuze – waaraan iedereen zich onderworpen wist. Door de Reformatie waren deze voor een stuk in diskrediet geraakt en kwam het Europese systeem in een crisis. Precies vanuit deze crisis groeide het moderne volkenrecht als een alternatief. Enkel tijdens deze crisis (late 16<sup>de</sup> eeuw) kan men met veel goede wil over het Europese volkenrecht als ‘*äusseres Staatsrecht*’ spreken. Het grote verschil met wat Somers voor Azië beschrijft, blijft dan nog dat het geen gewild systeem was, maar een systeem dat men als problematisch ervoer.

Door de duiding van de verhoudingen in Azië als ‘*äusseres Staatsrecht*’ breekt Somers met de opvattingen van C.H. Alexandrowicz dat de Aziatisch-Europese verdragen uitgingen van gelijkwaardigheid tussen de partijen en dat ze daardoor niet wezenlijk verschilden van intern-Europese verdragen<sup>1</sup>. Volgens Somers benadrukten de inlandse vorsten hun soevereiniteit. De verdragen werden door de inlandse en Nederlandse contractanten op verschillende wijze bekeken. Voor de inlanders waren ze in wezen eenzijdige privileges, die op elk moment weer konden worden ingetrokken. De Europeanen handelden zeer pragmatisch. Afhankelijk van de feitelijke machtspositie, gingen zij al dan niet mee met de inlandse interpretatie. Voor het rechtstitels ten aanzien van Europese machten, was het van belang dat de contracten als bindende verdragen konden worden beschouwd. Meteen moet de auteur daarmee impliciet erkennen dat het Europese volkenrecht wel overkoepelende normen kende, en meer was dan ‘*äusseres Staatsrecht*’.

De Compagnie legde een gelijkaardig pragmatisme aan de dag bij haar eigen opstelling in relatie tot de inlandse en Europese machten in Azië en Zuid-Afrika. Soms kwam de Compagnie als gevolmachtigde van de Staten-Generaal naar voren. Vaak trad de Compagnie in eigen naam op en werd in de contracten niet verwezen naar Den Haag. In het algemeen werd voor dit laatste geopteerd als de Compagnie of de Gouverneur-Generaal van Batavia zich als gelijkwaardige partner van een inlandse, soevereine vorst wilde opstellen. Dan kon van een ‘leenheer’ in Europa geen sprake zijn. Naarmate de greep van de Compagnie op een gebied groter werd en de verhoudingen verschoven van het volkenrechtelijke domein naar het staatsrechtelijke, kwam die ‘leenheer’ in Den Haag meer op het voorplan en werd de Compagnie als een bestuursorgaan van de Staten-Generaal

gepresenteerd. Op die manier paste de Compagnie zich aan de juridische logica van de inlanders aan en wist deze geleidelijk in haar voordeel uit te buiten.

Somers proefschrift biedt een rijk en gevarieerd beeld over de verhoudingen tussen de VOC en de inlandse machten in Azië in de 17<sup>de</sup> en 18<sup>de</sup> eeuw. Zijn klaarblijkelijke vertrouwdheid met de Nederlands-Indische geschiedenis maakt het hem mogelijk zowel een inzicht te bieden in de Nederlandse als de Aziatische zienswijze. Bij het beantwoorden van zijn juridische vraagstelling geeft hij oog voor de complexe feitelijke omstandigheden, die de Compagnie meer tot pragmatisme dan tot juridisch stringent denken noopten. Het is verdienstelijk dat hij bovendien probeert zijn vraagstelling in een theoretisch kader onder te brengen. Het is jammer dat dit kader ruw uitgetekend is. Men krijgt de indruk dat het achteraf op het feitenrelaas en het complexe juridische beeld dat daaruit spreekt, is gelegd. Gelukkig probeert de auteur het niet aan alle situaties op te dringen en legt hij hetzelfde pragmatisme als de pioniers van de VOC aan de dag. Op die manier verschaalt het beeld van de rijkdom aan diverse soorten juridische verhoudingen niet. Het is meteen een herinnering aan de relativiteit van de geringe historische diepgang onder de universele aanspraken van volkenrecht vandaag.

Tilburg

Randall Lesaffer

1 C.H. Alexandrowicz, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies (16th, 17th and 18th centuries)*. (Oxford: Clarendon Press, 1967).

F. Lomonaco, *Tolleranza e libertà di coscienza. Filosofia, diritto e storia tra Leida e Napoli nel secolo XVIII*, Napoli: Liguori, 1999. XIV + 247 pp. ISBN 88-207-2828-1.

In een woord vooraf bij dit boek herinnert de biograaf van Gerard Noodt, Govaert van den Bergh, er aan dat de belangstelling voor de Nederlandse rechtsgeschiedenis, zeker die van de Republiek, niet meer centraal in de belangstelling staat bij de Nederlandse juristen. Daarom acht hij het een goede zaak dat werken als deze, door een buitenlandse collega geschreven, het licht zien en de belangstelling voor de materie gaande houden. Hij herinnert er ook aan dat de Nederlandse natie zichzelf steeds als een tolerante natie beschouwd heeft en merkt daarbij fijntjes op:



not always with reason. Het eerste hoofdstuk van Lomonaco bevestigt meteen die twijfel: hij herinnert aan de lange ballingschap van de familie Noodt, weggetrokken uit de Republiek ten gevolge van de vervolging van de Arminianen en de terugkeer naar Nijmegen nadat daar een protestants bewind was ingesteld en de katholieke bevolking van die stad onderworpen werd aan *violenze di ogni tipo che resero impossibile la loro sopravvivenza in patria*.<sup>1</sup> De auteur maakt op die manier meteen duidelijk dat de ideeën van Gerard Noodt over tolerantie als positief begrip – in de zin van godsdienstvrijheid als streefdoel (en niet als afwezigheid van vervolging) – mede geworteld zijn in zijn persoonlijke geschiedenis en die van zijn familie, meer bepaald ook in de remonstrantse overtuiging van de jurist. Centraal in zijn aanpak staat de studie van de overgang van de christelijke idee, de *deugd* van de tolerantie, naar het recht op godsdienst- en gewetensvrijheid.

Daarmee is de toon gezet voor dit – overigens zeer leesbare – boek, waarvan de titel tegelijk meer en minder laat vermoeden dan de inhoud bevat. Het boek bevat meer, omdat het niet alleen gaat over de relatie tussen Leiden en Napels. Met evenveel recht had de auteur kunnen stellen dat zijn opus betrekking had op de invloed van de rechtsfilosofie in Frankrijk en de Nederlanden op de Italiaanse neojansenisten of anticurialisten aan het hof van de Bourbons in Napels. Inderdaad: na een uitvoerige schets van de natuurrechtelijke opvattingen van Gerard Noodt ten aanzien van het thema godsdienstvrijheid gaat hij dieper in op de ideeën van de Hugenoot Jean Barbeyrac, waarna de filosofie van Gianfrancesco Conforti aan de beurt komt, grotendeels gebaseerd op nog onuitgegeven geschriften van deze priester en raadgever aan het hof in Napels.

Het boek bevat tegelijk ook minder dan de titel doet vermoeden. Het maakt namelijk niet overtuigend duidelijk hoe groot en van welke aard de beïnvloeding is geweest die is uitgegaan van auteurs zoals Noodt en Barbeyrac op G. Conforti. Dat er beïnvloeding is geweest wil ik graag aannemen, maar hoe direct deze was, is een andere vraag. Men mag terecht de vraag stellen of en in hoeverre het normaal is dat een Italiaanse katholieke priester, zij het dan een anticurialist, zich rechtstreeks heeft laten inspireren door protestantse auteurs als Barbeyrac en Noodt. Men zou veeleer kunnen stellen dat hij bij beide steun gezocht en gevonden heeft in zijn kritiek op de visies van Hugo de Groot en anderen ten aanzien van het

thema menselijke vrijheid met betrekking tot kerk en eredienst en dat de invloed van de beide genoemde tenoren dus eerder de vrucht was van de kritiek van Conforti op andere (rechts)filosofen dan een positieve en daadwerkelijke inspiratiebron.

Lomonaco verwijst in zijn behandeling van Conforti slechts zijdelings naar auteurs als Van Espen en Febronius. Mijns inziens zou een nadere onderzoek van de relatie tussen beide zgn. jansenistische, regalistische of febroniaanse auteurs en de Napoletaanse anticurialist Conforti wellicht beter de brug kunnen leggen tussen de Nederlanden en Italië, tussen de tolerantie van Noodt en de ideeën van Conforti. Het is misschien een wat te streng oordeel, maar de Italiaanse auteur had zijn visie nog interessanter kunnen maken en nog beter onderbouwen wanneer hij in staat was kennis te nemen van de Nederlandstalige literatuur betreffende de achttiende-eeuwse kerkelijke situatie in de Nederlanden, in publicaties van (onder meer) historici als Jacobs, Roegiers en Bots. In ieder geval is dit boek een goede uitnodiging om verder onderzoek te doen op het terrein van de invloed die de juristen en canonisten van de Nederlanden hebben gehad op auteurs buiten de lage landen. In die zin kunnen wij het met de verzuchting van Van den Bergh eens zijn.

Een paar puntjes van kritiek zijn hier wel aan toe te voegen. Op p. 17 heb ik, op basis van het daar aangehaalde citaat, niet de indruk dat Jean Le Clerq voorstander was van het *placet royal*. Zeer interessant is de uiteenzetting op p. 59 en volgende betreffende het recht op dwaling als complement van de plicht de waarheid te zoeken, een thema dat ook nog lang na Noodt de geesten van christelijke filosofen heeft gefascineerd.<sup>2</sup> Wat betreft Conforti moet worden gesignaleerd dat zijn ideeën over de autoriteit van het concilie (afgezet tegenover die van de paus) afwijken van het traditionele kerkelijke standpunt, dat er ook een tegenspraak is tussen zijn regalistische opstelling en de stelling dat de kerk niet kan worden geregeerd door seculiere wetten (p. 156) en ten slotte dat zijn onderscheid tussen het contractueel en het sacramenteel karakter van het kerkelijk huwelijk in strijd is met de door het concilie van Trente vastgestelde leer (p. 163). Het ware mijns inziens beter geweest als de auteur op deze punten nog iets uitvoeriger en kritischer had gereflecteerd.

Tot slot mag hier niet onvermeld blijven dat Lomonaco aan zijn tekst ook drie zeer interessante addenda heeft toegevoegd, te weten de tekst van de Dis-

*sertatio de religione ab imperio iure gentium libera* van Gerard Noodt,<sup>3</sup> de inleiding van Jean Barbeyrac op de Franse vertaling van het *Discours* van Noodt en de *Cas-tigatio* van G. Conforti.

Nijmegen

E.C. Coppens

- 1 p. 8: allerhande geweldplegingen, die hun overleving in hun eigen land onmogelijk maakten.
- 2 Hierover: A. Dondeyne, *Foi chrétienne et pensée contemporaine* (Leuven 1952).
- 3 Naar de druk van 1706.

A. Eyffinger, *The 1899 Hague Peace Conference. 'The Parliament of Man, the Federation of the World.'* Den Haag, Londen en Boston: Kluwer Law International, 1999. xiv + 480 pp. ISBN 90-411-1192-1.

De auteur van deze indrukwekkende monografie over de vredesconferentie van Den Haag van 1899, Arthur Eyffinger, is de hoofdbibliothecaris van het Internationaal Gerechtshof met zetel in het Haagse Vredespaleis. Eyffinger is geen jurist. Hij is één van de leerlingen van de 'laatste grote humanist' van de twintigste eeuw, de Leuvense hoogleraar Josef IJsewijn. Via zijn studies over het werk van Hugo de Groot (1583-1645) kwam Eyffinger in contact met de wereld van het volkenrecht en zo uiteindelijk met het Internationaal Gerechtshof.

De invloed van het humanisme laat zich voelen; het boek mag het werkstuk van een 'uomo universale' worden genoemd. *The 1899 Hague Peace Conference* is veel meer geworden dan wat men van een gebruikelijke jubileumuitgave verwacht. Het is een grondige en goed beredeneerde studie over de volkenrechtelijke betekenis van de eerste Haagse vredesconferentie. Op zich is dat al een grote verdienste. Maar het boek biedt meer. Zoals in de inleiding aan de lezer wordt voorgehouden, wilde de auteur de conferentie als een totaalgebeuren presenteren en analyseren. Naast het verhaal van de diplomatieke en juridische genese van de conventies en hun historische betekenis, wordt de conferentie in al haar facetten belicht. Daarbij komen uiteenlopende zaken zoals de diplomatieke én praktische voorbereiding van het congres, de reacties van de publieke opinie en van de diverse vredesbewegingen, de sfeer, de omkadering en de artistieke productie rond de conferenties aan bod. Voor eens heeft een boek over een conferentie even veel aandacht aan de sociale omlijsting als de organi-

satoren – zij verdienen daarvoor de dank van generaties academici.

Globaal genomen valt het boek onder te verdelen in drie soorten hoofdstukken. Ten eerste zijn er de hoofdstukken die het chronologische verloop van de conferentie schetsen: het initiatief door de Russische tsaar, de uitnodiging en organisatie, de opening, de samenstelling van de delegaties en de sluiting. Ten tweede zijn er de drie hoofdstukken waarin de debatten en werkzaamheden in de even zovele commissies worden weergegeven. Bij deze categorie kan ook de epiloog worden gerekend waarin de resultaten en de nawerking van de conferentie worden geëvalueerd. Ten derde zijn er die hoofdstukken – en ook delen van hoofdstukken uit de eerste groep – waarin de context van de conferentie centraal staat: de publieke opinie, de vredesbeweging, de sociale activiteiten, de relatie tot de stad Den Haag en tot de culturele wereld. Het verdient vermelding dat het boek een bevattelijk overzicht biedt over de diverse stromingen in de internationale vredesbeweging aan het einde van de negentiende eeuw. Vooral de tegenstellingen tussen de Franse, Duitse en Anglo-Amerikaanse tradities komen goed uit de verf. Bij de bespreking van de samenstelling van de delegaties, wordt van elke afgevaardigde een korte biografie en vooral een duiding van zijn politieke of juridische betekenis en opvattingen gegeven.

De auteur heeft een werkstuk afgeleverd dat meer biedt dan een technische, juridisch-politieke beschrijving, analyse en evaluatie van de conferentie. Het is een leesboek dat eenieder die enige interesse heeft voor het fin de siècle van de negentiende eeuw wel moet boeien, jurist of niet. Door de conferentie als volkenrechtelijk gebeuren terug te plaatsen in zijn historische context, slaagt Eyffinger er bovendien in de vinger te leggen op de juiste betekenis van de conferentie van 1899.

De vredesconferentie die in de maanden mei tot juli van 1899 in Nederlands politieke hoofdstad werd gehouden, werd meteen na zijn afsluiting als een mislukking begroet. De oorspronkelijke uitnodiging, die de Russische tsaar Nicolaas II einde 1898 had laten uitgaan, had immers vooral een wapenreductie vooropgesteld. Op dat punt is de conferentie inderdaad mislukt. Maar eenieder die wat dichter bij de gebeurtenissen betrokken was, kon dit resultaat op voorhand voorspellen. De wapenverminderingen waren enkel het voorwerp geweest van de besprekingen in één van de drie grote congrescommissies. In

de tweede commissie waren enkele conventies tot stand gekomen die het oorlogsrecht voor de strijd te land en ter zee consolideerden en voor het eerst codificeerden. De derde commissie had over arbitrage als middel tot vreedzame geschillenregeling gehandeld en stond aldus aan de wieg van het Permanente Hof van Arbitrage. De conferentie kon het niet eens worden over het verplicht maken van arbitrage.

Inhoudelijk voegden de conventies over het oorlogsrecht relatief weinig toe aan het bestaande, gewonterechtelijke oorlogsrecht. En het niet-verplicht worden van de arbitrage werd door de vredesbeweging en door vele persorganen als een nederlaag voor het vredesstreven aangevoeld. De uiteindelijke catastrofe van de Eerste Wereldoorlog zorgde ervoor dat de Haagse conferentie van 1899 – samen met die van 1907 – in een nog slechter daglicht kwam te staan. In de historiografie zijn de conferenties dan ook lange tijd stiefmoederlijk behandeld.

Eyffinger probeert de Haagse conferentie van 1899 recht te doen wedervaren. Hij slaagt daar ook in. Hij geeft toe dat de conferentie geen spijkerharde akkoorden opleverde en rechtstreeks weinig kon bijdragen tot het stabiliseren van de vrede of het vermijden van de oorlog. Maar door de conferentie terug te voeren tot haar politieke, sociale en culturele context, toont hij hoe de conferentie gevangen zat in de logica van die tijd. Meteen wordt duidelijk dat, binnen deze logica, de resultaten moeilijk groter hadden kunnen zijn.

Honderd jaar na 1899 beoordelen wij de eerste Haagse conferentie in het licht van de beide Wereldoorlogen en het relatieve succes van de nieuwe internationale ordening van na 1945. De beide Haagse conferenties en hun voortzetting in de mechanismen van de Volkenbond lijken in dat perspectief weinig meer dan een valse start voor de ontwikkeling van de hedendaagse internationale constructie. Maar de conferenties van Den Haag bevonden zich juist op een scharnier in de geschiedenis. Aan de ene kant domineerden nog de opvattingen van Westfalen (1648) volgens welke het volkenrecht was gebaseerd op de idee van absolute staatssoevereiniteit. Aan de andere kant waren er al barsten gekomen in het systeem van Westfalen. Onder druk van de vredesbeweging en een deel van de publieke opinie, werd de roep om de uitbouw van de internationale gemeenschap en om de beperking – noodzakelijkerwijs vrijwillig – van de ongebreidelde vrijheid der staten steeds luider. Op grond van die vaststelling verwerpt Eyffinger elke evaluatie van de eerste Haagse conferentie in termen

van de mislukking van het nieuwe ideaal. Aan dit nieuwe ideaal moest immers nog vorm worden gegeven. De conferentie bood juist één van de vroegste aanzetten tot de intellectuele articulatie én verwerking van wat pas na 1918, zoniet na 1945, een nieuwe internationale rechtsordering kon worden. Den Haag 1899 kon geen nieuwe rechtsordering uittekenen, maar maakte er wel een begin mee. De conferentie initieerde over diverse belangrijke punten van het internationaal recht een debat dat pas na de Eerste Wereldoorlog vruchten zou dragen. De verantwoordelijkheid daarvoor lag niet bij de deelnemers aan de conferentie zelf, maar bij de politieke machthebbers die zij vertegenwoordigden. Zij zouden de gevolgen van hun vasthouden aan de ongebreidelde soevereiniteit en hun militaire politiek eerst aan de lijve moeten ondervinden, vooraleer zij echt luisterden naar het ‘debat van Den Haag’.

Dat in Den Haag vorm werd gegeven aan een debat dat de twintigste eeuw domineerde, bewijst de auteur op diverse punten. Zowel uit de aanloop tot de conferentie als uit de discussies in de eerste commissie over de wapenverminderingen, komt dezelfde tegenstelling tussen de voorstanders van een afschrikingsstrategie en de voorstanders van eenzijdige ontwapening naar voren die ook de Koude Oorlog (1948-1990) kenmerkte. En de conventies die uit deze eerste commissie voortkwamen – over het verbod tot het gebruik van gifgasen en van de zogenaamde *dumdum*-kogels – legden de basis voor een logica en techniek van wapenbeheersing waaraan latere verdragen tot de jaren 1990 nog schatplichtig waren. Op dat en andere punten verrichtten de onderhandelaars van 1899 op technisch-juridisch gebied pionierswerk. Er werd al op gewezen dat de conventies van de tweede commissie over het oorlogsrecht de eerste in hun soort waren – met een partiële uitzondering voor de Verklaring van Parijs van 1856 over de zeeoorlogvoering.

Ook qua vormgeving is Eyffingers *The 1899 Hague Peace Conference* een prachtig boek geworden. Het grote (ruim 32 x 22,5 cm) en lijvige boek biedt ruimte aan talrijke illustraties: portretten, foto's van Den Haag, allegorische schilderijen en prenten, pamfletten en spotprenten. Verder worden de belangrijkste documenten en toespraken afgedrukt en zijn er talrijke kaderstukken waarin achtergrondinformatie wordt geboden over personen en gebeurtenissen.

Tilburg

Randall Lesaffer

J.S.L.A.W.B. Roes, *Het oude zakelijke recht van de dertiende penning* (Ars Notariatus XCVI). Amsterdam: Stichting tot bevordering der notariële wetenschap / Deventer: Kluwer, 2000. 57 blz. ISBN 90-268-3608-2. €23,59.

Zelden wekt een inhoudsopgave emoties. Maar ik moet bekennen wel verrast te zijn door de inhoudsopgave van dit boekje, die onder meer een bespreking van de belangrijkste literatuur ‘tot en met’ onderscheidenlijk ‘sedert de dissertatie van F.C.J. Ketelaar (1978)’ aankondigt. Die dissertatie wordt, aldus Roes, ‘allerwegen als een “hoogtepunt” gezien in de rechtshistorische literatuur ... er is, ruwweg gesteld, literatuur vóór en ná Ketelaar’. Maar ook elders is Roes erg kwistig met epitheta: Van Iterson heeft de ontstaansgeschiedenis van de 13<sup>e</sup> penning ‘nauwgezet onderzocht en zijn bevindingen goed gedocumenteerd, en zijn mening over de aard van het recht helder geformuleerd’; Hardenberg heeft zich ‘grondig verdiept ... in ettelijke publicaties ... zijn vaak overtuigende standpunten ... uiteengezet’; Schoenmakers artikel uit 1981 ‘blinkt uit door helderheid’. Opvallend is dat dergelijke kwalificaties ontbreken bij de bespreking van Van der Lindens *Cope* (1955), terwijl dat boek – en Van der Lindens verdere onderzoek, mede in verband met de over dit recht gevoerde proefprocessen – toch in rechtshistorisch opzicht het keerpunt in de behandeling van de Hollands-Utrechtse ontginningsgeschiedenis en het daarmee samenhangende recht van de 13<sup>e</sup> penning in Vinkeveen, Abcoude en Kamerik betekenden.

Intussen geeft Roes een nuttig overzicht van de jurisprudentie en de literatuur (ik mis echter node de dissertatie van Hijmans van den Bergh), dat door zijn beknoptheid evenwel de historische en rechtshistorische bijzonderheden onrecht doet. Zo worstelt de schrijver met het onderscheid tussen heerlijke rechten en leenrecht – dit overigens in het voetspoor van de makers en van vele uitleggers van de Staatsregeling van 1798 – en maakt hij daarbij en elders het de lezer niet gemakkelijk door zijn aanpak om literatuur en jurisprudentie elk chronologisch, maar gescheiden te behandelen.

De enkele keer dat Roes zich op eigen houtje in de rechtsgeschiedenis begeeft, raakt hij verdwaald. Zijn uitleg van een (in het boekje gereproduceerde) akte aangaande de pacht (door Sweder heer van Abcoude voor zich en zijn erfgenamen die ‘onse heerlike goet besitten sal van Abcoude’) van ‘gherechte, handwissel, tins

ende tijnden’ (1331), alsmede van een post in het (in 1886 door Muller in *Verslagen en Mededeelingen OVR II*, 1 gepubliceerde) inkomstenregister van de proosdij van Sint Pieter (1298-1304) is niet erg overtuigend. Laatstgenoemde bron vermeldt dat Sint Pieter in Abcoude en in Vinkeveen ‘habet per jurisdictiones predictas ibidem decimam majorem et minutam. Item ibidem habet jus, quod dicitur handwissele. Item habet ibidem 6 jugera juxta paludem...’. Roes vat *per jurisdictiones* op als: *op grond van voornoemde heerlijkheden* en acht dit een bewijs (een extra bewijs, volgens hem, naast de vermelding in 1331 van ‘onse heerlike goet’) dat de handwissel of 13<sup>e</sup> penning oorspronkelijk een heerlijk recht was. Volgens mij moet *per jurisdictiones* niet in overdrachtelijke zin worden verstaan, maar als: over, overal in de gerechten. Deze uitdrukking wordt voorts niet in verbinding met de handwissel, maar inzake de grote en smalle tienden (*decimas*) gebruikt. Tiendrecht is bovendien zeker niet ‘op grond van’ heerlijkheden of als heerlijk recht geheven. Maar zelfs als bewezen kan worden dat de 13<sup>e</sup> penning een heerlijk recht was, dan is het in 1814 evenals de heerlijke vis-, jacht- en andere rechten, hersteld.

Beter dan op rechtshistorisch gebied is Roes op dreef in de bespreking van de acties die sedert de jaren zestig van de 20<sup>e</sup> eeuw tegen de 13<sup>e</sup> penning zijn gevoerd en de in dat verband gevoerde procedures. Uit het afgelopen decennium worden drie zaken behandeld. Een ervan (NJ 1992, 553) had weliswaar de 13<sup>e</sup> penning als aanleiding, maar ging in feite over vrijwaring. De tweede zaak (NJ 1995, 547) ging over de belangrijke vraag of in de berekening van de 13<sup>e</sup> penning de waardevermeerdering van bouwrijp gemaakte grond meegenomen mag worden. Het derde arrest (NJ 1999, 302) was het eerste in 150 jaar waarin een rechthebbende op de 13<sup>e</sup> penning in het ongelijk gesteld werd! De H.R. verklaarde de verjaringsregels uit het BW van analogische toepassing op het recht van de 13<sup>e</sup> penning. Evenals Roes meen ik dat dit arrest niet zover mag worden uitgelegd dat alle percelen (in Kamerik) die langer dan dertig jaren niet zijn overgedragen, thans bevrijd zouden zijn van de 13<sup>e</sup> penning. Het betreft immers een zakelijk recht dat alleen kan worden uitgeoefend bij verkoop van een met dat recht bezwaard perceel. Alleen wanneer – zoals in het door de H.R. berechte geval – bij een verkoop van een stuk grond de 13<sup>e</sup> penning niet geheven is en vervolgens meer dan dertig jaar zijn verlopen, is het recht op dat perceel door non-usus tenietgegaan. Overigens wordt een eventuele verjaring gestuit door vermelding van het recht van de 13<sup>e</sup> penning in de

koopakte, aldus de rechtbank Utrecht in 1870.

Roes behandelt verder de voorgeschiedenis van de wet tot opheffing van het recht van de 13<sup>e</sup> penning (Stb. 1984, 443). Hoewel Roes mijn argumenten tegen afschaffing door de wetgever (WPNR 5618, herhaald in mijn bijdrage aan de Van Caenegem-bundel, die Roes niet gezien heeft) in grote mate lijkt te delen (blz. 39 en noot 222), is hij het met de afschaffing wel eens; de wijze waarop de schadeloosstelling is geregeld (niet een schadeloosstelling ineens, maar door de 13<sup>e</sup> penning gedurende dertig jaren op 11 % in plaats van 7,7 % te stellen) acht hij evenwel onjuist. Hier blijven we verschillen in de waardering van het algemeen belang dat met afschaffing gemoeid zou zijn. Volgens mij was en is een bijdrage uit de staatskas van 3 tot 5 miljoen gulden (op langere termijn terug te betalen op vergelijkbare wijze als met de tienden de jachtrente is gebeurd) niet opportuun. Roes meent van wel, spoort zelfs aan de afschaffingswet alsnog te wijzigen. In zijn pleidooi om door wetswijziging (en een voorschot van de staat!) de uitsterftermijn van de 13<sup>e</sup> penning te bekorten heeft hij in zoverre gelijk dat daardoor vele kosten van rechthebbers en debiteuren, maar ook – denk aan de procedures – van de rechterlijke macht, kunnen worden uitgespaard.

Amsterdam/Leiden

F.C.J. Ketelaar

W.G.M. Cerutti, *Het stadhuis van Haarlem. Hart van de stad*. Haarlem: Gottmer/Schuyt, 2001. Ruim 500 illustraties. [VI +] 732 [+II] p. ISBN 90-8065361-6. Geb. €40,80

‘Les hôtels de ville sont tres somptueux en Hollande’, voegde een kwart eeuw geleden een oudere heer mij toe toen wij in de schitterende Gravenzaal van het stadhuis te Haarlem stonden: het congres van de kleine Société met de lange naam werd daar door het gemeentebestuur ontvangen.<sup>1</sup> Dat zoveel stijl in Holland gewoon was, was mij voordien nooit opgevallen. Ik kom dan ook uit een gemeente (overigens niet ‘en Hollande’) waar huwelijken destijds niet voltrokken werden in zo’n fraaie ambiance als de Haarlemse Gravenzaal is, maar in het gemeentelijk ‘Voorlichtingscentrum’ (trouwen in het onderkomen van de afdeling ‘pers en publiciteit’ te D, gemeente S, werd zo aanleiding tot menige flauwe grap), dat was gevestigd in een opgeknapt boerderij. Met in je achter-

hoofd de idee dat de gemeente zijn gasten kan ontvangen op een plaats waar eens de koeien hebben gestaan heb je natuurlijk de neiging te denken dat de meeste Nederlandse stadhuisen (gemeentehuizen, stadskantoren of hoe ook genoemd) niet veel bijzonders zijn, en dat het stadhuis van Haarlem een van de uitzonderingen is die de regel bevestigt dat de Nederlandse gemeentehuizen in het algemeen niet zo heel veel te bewonderen bieden. Er zijn natuurlijk nog wel meer uitzonderingen, maar Vlaanderen lijkt mij wat dit betreft duidelijk rijker bedeeld dan Nederland.

Hoe dit ook zij, Haarlem heeft een mooi stadhuis. Het moge een eeuw minder oud zijn dan de Haarlemmers in het verleden wel wilden geloven (het dateert van omstreeks 1370: p. 10, 47-48), maar het is oud genoeg om zo nu en dan aan restauratie en renovatie toe te zijn. In dat kader is er in de twintigste eeuw meer dan eens gesproken over en materiaal verzameld voor een boek over het Haarlemse stadhuis. Pas toen mr. W.G.M. Cerutti met ingang van 1 januari 1998 van gemeentewege de opdracht kreeg om zo’n boek te schrijven, leidden de plannen en goede voornemens tot een tastbaar resultaat. Cerutti, die twee jaar geleden in dit tijdschrift reeds een proeve van zijn naspeuringen publiceerde (*Pro Memorie* 21 (2000), p. 71-91) heeft in een hoog tempo (welke aio doet hem dat na?) een prachtboek geproduceerd dat op 23 november 2001 (de 756ste verjaardag van het Haarlemse stadsrecht) in de Gravenzaal van het stadhuis werd gepresenteerd. Het werk ziet er schitterend uit: een kloek boek, gedrukt op mooi papier, verlucht met honderden illustraties, veelal in kleur, en gebonden in een stevige linnen band. Het boek is door de gemeente op ruime schaal verspreid, en terecht.

Ik moet voorkomen dat men mij na deze lofuiting gaat verdenken van even malicieuze bedoelingen als eens een ooit te Haarlem gevestigd letterkundige had. Lodewijk van Deyssel liet honderd jaar geleden (hij was toen trouwens nog niet in Haarlem woonachtig) als recensent eens op een heel singuliere manier blijken dat de inhoud van het besproken werk hem niet kon bekoren: hij zweeg over de inhoud van het boek en volstond met hoog op te geven over de fraaie uitvoering ervan. Om iedere gedachte aan Van Deysseliaanse streken de kop in te drukken zal ik nu twee dingen doen: ten eerste iets afdingen op de royale uitvoering van Cerutti’s boek en ten tweede iets zeggen over de inhoud: die is – zo zal blijken – gevarieerd, degelijk en zeer de moeite waard.

Eerst dan de uitvoering. Wat men voor een zeer ci-

viele prijs in handen krijgt is zoveel dat één band het nauwelijks kan bevatten. Te meer daar het boekblok zo zwaar lijkt dat het op den duur wel eens uit de (op zich stevige) band zou kunnen los raken, vraagt de lezer zich soms af of het boek niet hanteerbaarder was geworden als die meer dan 700 bladzijden in twee banden waren gebonden. Een collega zei me dan ook dat ik het boek vooral niet uit mijn handen moest laten vallen, een raad die ik tot dusverre heb kunnen opvolgen. Ook verdere krachtproeven met het boek heb ik achterwege gelaten, zodat ik de lezer geen proefondervindelijke indicaties over de juistheid van mijn vermoeden kan geven.

En dan de inhoud. Het boek biedt veel en veel meer dan men afgaande op de titel zou verwachten. Het gaat niet alleen over het gebouw en zijn geschiedenis (waarover de schrijver een groot aantal nieuwe gegevens bijeen heeft gebracht) maar ook over de materiële en de personele inboedel: de mensen die er werkten, de dingen die er gebeurden, de diensten en andere instellingen die er gevestigd waren, de voorwerpen die het bevatte. In dat verband wordt men ook geconfronteerd met diensten die het stadhuis inmiddels verlaten hebben (zoals stadsbibliotheek, gemeentearchief, musea en scholen). Het boek is daardoor veel meer dan een beschrijving van het Haarlemse stadhuis en heeft veel te bieden over het reilen en zeilen van Haarlem en het Haarlemse bestuur in vroeger eeuwen. Een geschiedenis van Haarlem is het niet, maar soms heb je wel de indruk dat je in zo'n geschiedenis zit te lezen, althans in een boek dat in ontmythologiserende verhalen over Kenau Simons Hasselaar (naar aanleiding van het in 1854 vervaardigde en in de Gravenzaal opgehangen schilderij *Kenau op de wallen van Haarlem*, een maaxsel dat een eeuw later werd omschreven als 'te afgrijselijk om in het openbaar ten toon te stellen': p. 432) of over de Costermythe (p. 527-545) of in een korte beschouwing over Haarlem in de tweede wereldoorlog (p. 596-603) de grenzen van het primaire onderwerp overschrijdt. Het zijn allemaal zaken waarop ik hier niet kan ingaan omdat ze het bestek van een rechts-historisch tijdschrift te buiten gaan.

Het stadhuis heeft eeuwen lang vooral een functie gehad als zetel van de rechtspraak. Tot 1 oktober 1838 (een bekende datum in de Nederlandse rechts-geschiedenis) heeft het nog onderdak geboden aan de rechtbank, en in 1839 verdween met het verplaatsen van het kantongerecht naar de Zijlstraat ook het laatste stukje rechtspraak uit het stadhuis. In het

boek krijgt die justitiële functie van het stadhuis een plaats, maar een veel minder prominente plaats dan ze in de geschiedenis heeft gehad. Dat kan ook moeilijk anders in een boek dat niet is opgezet als een rechtshistorische studie. Ook in een boek dat als bijdrage tot de beoefening van de historische, maar niet primair van de rechtshistorische wetenschap geschreven zou zijn, een boek dus dat zich vrijwel uitsluitend tot beroepshistorici (en niet vooral tot rechtshistorici) zou richten, zou de justitiële functie van het stadhuis naar men mag aannemen een veel bescheidener plaats krijgen dan bijvoorbeeld de bestuurlijke. Een beschrijving van de rechtspraak zou immers een grondige uiteenzetting over het toegepaste privaatrecht, straf- en procesrecht vereisen, en zo'n exposé zou het verband van een boek over het stadhuis al gauw verbreken.

Het betrekkelijk geringe aantal bladzijden dat aan de rechtspleging is gewijd (p. 114-127, 297-307, 509-511) heeft natuurlijk ook veel te maken met het feit dat het boek voor een zeer groot publiek van in de Haarlemse geschiedenis geïnteresseerden bestemd is. Wie uit deze opmerking de conclusie zou willen trekken dat het boek het 'populair-wetenschappelijke' dus wel niet te boven zal gaan vergist zich. Cerutti presenteert vele nieuwe feiten en inzichten, hij verrichtte diepgaand archiefonderzoek (vgl. p. 675-679), en hij voegde aan zijn tekst een lange lijst van geraadpleegde literatuur (p. 680-696) en meer dan 1500 noten (p. 651-674) toe. Op basis van nauwkeurige en gedetailleerde naspeuringen en van zorgvuldige historische kritiek heeft Cerutti (zich bewegend op het terrein van velerlei historische disciplines en hulpwetenschappen) een solide gedocumenteerd werk geschreven dat de komende eeuw geen vervanging behoeft en voor concurrenten vermoedelijk geen ruimte meer laat. Wie in het vervolg over het Haarlemse stadhuis wil schrijven kan alleen nog voetnoten plaatsen en supplementen fabriceren bij het werk van Cerutti.<sup>2</sup>

De eerste foto in het boek is er een van het stadhuis en de Grote Markt, gefotografeerd vanaf de Sint Bavokerk, de laatste foto (op 1 november 2001 gemaakt) toont ons het bordes van het stadhuis met daarop Prins Willem-Alexander met aan zijn zijde mogelijk een bloedverwante van Wim Cerutti (of wordt er nu een nieuwe mythe gecreëerd?): de op 17 mei 1971 te Buenos Aires geboren dochter van Maria Cerutti en Jorge Zorreguieta. Het jonge paar wordt geflankeerd door de commissaris van de koningin in Noord-Holland en de burgemeester van Haarlem. De auteur van

dit boek kan men wat minder prominent ontwaren op foto's op p. 628 en 634.

Amsterdam

Theo Veen

- 1 Zie voor een verslag (door Ph. Godding) van het op 19-22 mei 1977 te Haarlem gehouden congres van de 'Société d'histoire du droit et des institutions des pays flamands, picards et wallons' *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 45 (1977), p. 394-395.
- 2 In deze voetnoot zo'n supplement bij de pagina's 584-585 van dit boek: F.A.J. van der Ven, 'Welgelegen', of het proces tussen Lodewijk Napoleon en koning Willem I', in: *Rechtsgelerd Magazijn Themis* 2002/2, p. 95-105.

Millennium-nummer van het *Tijdschrift voor Privaatrecht*: *Tijdschrift voor Privaatrecht* 38 (2001), nummer 1. 480 pp.

Bij het begin van het nieuwe millennium heeft de redactie van het Belgische *Tijdschrift voor Privaatrecht* een bijzonder nummer uitgebracht. Het bestaat uit bijdragen van vijftien Belgische (waaronder twee Frans-talige) en vier Nederlandse juristen over ontwikkelingen in het privaatrecht van België en van Nederland in de tweede helft van de twintigste eeuw, meer in het bijzonder sinds in 1964 de eerste jaargang van het *Tijdschrift* verscheen. Het is een interessante aflevering geworden die bovendien biografische schetsen bevat van vijfvooraanstaande civilisten uit de twintigste eeuw: vier Belgen en één Nederlander. Eduard Maurits Meijers (1880-1954) werd beschreven (p. 191-201) door iemand die hem nog heeft gekend: J.M. Polak (geb. 1922). L. Burgelman schreef een portret van Albert Kluyskens (1885-1956) (p. 3-12), D. Heirbaut portretteerde René Dekkers (1909-1976) en Henri De Page (1894-1969) (resp. p. 101-110 en 111-121) en F. Stevens schreef over Emiel van Dievoet (1886-1967) (p. 233-237). Het nummer besluit met samenvattingen in het Frans (p. 431-442), Duits (p. 443-454), Engels (p. 455-467) en Spaans (p. 468-480) van alle bijdragen.

Amsterdam

Theo Veen

Geschiedenis van de Wijsbegeerte in Nederland. Documentatieblad van de werkgroep Sassen (ISSN 0924-1647), jaargang 10, nr. 2 (1999 [daadwerkelijk verschenen in januari 2002]): Leo Polak nummer onder redactie van Jeroen Bartels, Hans Blom en Homme Wedman, 80 pp.

Deze – sterk verlaat verschenen – bijzondere aflevering van het tijdschrift *Geschiedenis van de Wijsbegeerte in Nederland* is het sequeel van een op 11 juni 1999 in het kader van de viering van het 77<sup>ste</sup> lustrum van de Groninger universiteit gehouden symposium gewijd aan de filosoof Leo Polak (1880-1941). Polak, een markant denker en een strijdbaar atheïst, was in 1928 als opvolger van Gerardus Heymans (1857-1930) hoogleraar in de wijsbegeerte geworden in Groningen. Hij is begin 1941 door de foute Groninger rector magnificus J.M.N. Kapteyn aangegeven bij de Duitsers en in december 1941 overleden in het concentratiekamp Sachsenhausen.

Leo Polak had rechten gestudeerd aan de Universiteit van Amsterdam en promoveerde daar na een lange worsteling met de stof eind 1921 bij R. Kranenburg op een strafrechtsfilosofische studie: *De zin der vergelding*, deel I. Hij kreeg in 1922 op instigatie van Heymans een eredoctoraat in de filosofie in Groningen en werd in 1925, toen in Leiden de gewone leerstoel voor inleiding en rechtsfilosofie werd geschrapt, bijzonder hoogleraar rechtsfilosofie te Leiden. Zijn benoeming tot hoogleraar in de wijsbegeerte in Groningen, drie jaar later, had nogal wat voeten in de aarde. Ze kwam pas tot stand na sterk verzet van de theologische faculteit aldaar: die zag – terecht – in Polak een veel gevaarlijker tegenstander dan in de eveneens ongelovige maar veel irenischer Heymans.

In zijn proefschrift was Polak tot een conclusie gekomen die lijnrecht stond tegenover de idee die hij had toen hij in 1903 aan zijn dissertatie begon: hij was toen namelijk van plan om – in het voetspoor van de colleges van de Amsterdamse hoogleraar strafrecht G.A. van Hamel (1842-1917) – aan te tonen dat de vergelding met wortel en tak moest worden uitgerooid. In de jaren van het werken aan zijn dissertatie was Polak van een jurist die de ideeën van Van Hamel wilde uitdragen geworden tot een door het denken van Heymans geïnspireerd filosoof. Het *Leo Polak nummer* wijdt aandacht aan de verschillende aspecten van het leven en werk van de Groningse hoogleraar. Het bevat naast bijdragen van Jeroen Bartels, Doeko Bosscher, Jan Glastra van Loon†, Homme Wedman, Peter Derkx, John Blad ('De objectiveringstheorie van Leo Polak, of: de zoektocht naar de zuivere vergelding': p. 43-61) en Han van Ruler twee bibliografietjes. Uit deel II van de *Verspreide Geschriften van Polak* (1947) werd de door T.T. ten Have opgestelde bibliografie van Polaks geschriften een beetje knullig over-

genomen. Knullig doordat er boven staat dat de gecursiveerde titels in de *Verzamelde Werken* opgenomen zijn, wat niet klopt (in de oorspronkelijke editie van de bibliografie van 1947 klopte dat wel); knullig ook doordat hier niet vermeld is dat de door Polak geschreven recensies niet opgenomen zijn.

Lidie Koeneman maakte een overzicht van hetgeen er over Polak geschreven is. Daaruit leer ik (p. 79) dat E.J. de Roo, die in 1970 te Groningen tot doctor in de rechtsgeleerdheid promoveerde op *Godslastering: een rechtsvergelijkende studie over blasfemie en andere religiedelicten* (Deventer 1970), in 1989 nogmaals promoveerde, nu aan de Evangelische Theologische Faculteit in Leuven (nooit geweten dat die bestond). Zijn proefschrift van niet minder dan 713 pp. was getiteld: *In het spoor van de Meester: een kritische bespreking van de strafrechtstheoretische beschouwingen van Leo Polak in het licht van de wijsbegeerte van Gerard Heymans*.

Amsterdam

Theo Veen

Themanummer 'Kantongerechten in Fryslân' van *Fryslân. Nieuwsblad voor geschiedenis en cultuur* 8 (2002), nr 1 (april). ISSN 1383-6560. 38 pp. (A-4 formaat). Prijs losse nummers €3,75 (verkrijgbaar bij het Fries Genootschap te Leeuwarden, telefonisch bereikbaar op woensdagochtend van 9.00-12.00 uur: 058-2123001; e-mail: [fries.genootschap@friesmuseum.nl](mailto:fries.genootschap@friesmuseum.nl)).

In verband met de opheffing per 1-1-2002 van de kantongerechten als zelfstandige instellingen en de integratie van de kantonrechtspraak in de arrondissementsrechtbanken heeft het tijdschrift *Fryslân* het eerste nummer van de jaargang 2002 gewijd aan de kantongerechten in Friesland. *Fryslân* verschijnt vier maal per jaar en is een uitgave van het Fries Genootschap voor Geschied-, Oudheid-, en Taalkunde, sinds 24 april 2002: Fries Genootschap voor Geschiedenis en Cultuur / Frysk Genootskip foar Skiednis en Kultuer.

Dit themanummer bevat na een voorwoord van Jan Leijten (voorzitter sector kanton bij de Leeuwarder rechtbank) de volgende artikelen:

A.G. Bosch, 'Twee eeuwen kantonrechtspraak, 1811-2002' (p. 3-8);

G. Heida, 'Het kantongerecht te Beetsterzwaag. Enkele bespiegelingen over twee eeuwen kantonrechtspraak' (p. 9-12);

Gretha Donker, 'J.C. Bloem, griffier bij het kantonrecht te Lemmer (1928-1931)' (p. 13-18, 22-24); Rienk Wegener Sleswijk, 'Twee opmerkelijke vrede-rechters in het kanton Lemmer 1825-1958' (p. 25-28);

Peter Karstkarel, 'Ius suum cuique. Kantongerechtsgebouwen in Fryslân' (p. 29-32).

Bernhard van Haersma Buma, 'Een Friese kantonrechter in Emmen' (p. 33-34); en

Lourens Oldersma, 'De archieven van de kantongerechten' (p. 35-36).

Daarna volgen nog vier kaartjes (betreffende de concentratie van de kantonrechtspraak in Friesland) met een toelichting.

De artikelen zijn royaal geïllustreerd.

Amsterdam

Theo Veen

De website van drs. M.H.H. Engels: [www.mpaginae.myweb.nl](http://www.mpaginae.myweb.nl)

Dr. Jacob van Sluis, conservator der handschriften van de Provinciale Bibliotheek van Friesland, wees mij op de voor de beoefenaren van de geleerdengeschiedenis en de Friese geschiedenis, in het bijzonder ook de rechtsgeschiedenis, hoogst interessante website van zijn ambtelijke voorganger Martin Engels. Engels, auteur van een reeks geleerde en nauwkeurige bronnenpublicaties, heeft een aantal van zijn in kleine oplagen in druk verschenen publicaties nog wat geperfectioneerd en in 2001 en 2002 op het internet gezet. Bovendien heeft hij er nieuwe bronnenpublicaties aan toegevoegd.

Onder het hoofd 'Rond **Erasmus** (1467-1536) en **Saekma** (raadsheer Hof / curator Franeker Academie, 1572-1636)': tekstuitgaven, catalogi en naamlijsten (Neolatijn / Nederlands)' trof ik op 25 mei 2002 op Engels' website aan (inmiddels zal het wel meer zijn):

Admiraliteit in Friesland 1599. Editie van Notulen- en resolutieboek, van het zee kantoor voor convoyen en licenten, van de hand van secretaris Johannes Saekma

Admiraliteit in Friesland 1601. Editie van Notulen- en resolutieboek van het zee kantoor voor convoyen en licenten – bewaard gebleven dankzij van Beyma thoe Kingma



- Over het Bestand [1609]: brieven van Gellius Hillama aan Johannes Saeckma resp. de afgevaardigden van Friesland ter Staten Generaal 1607-1609
- Portretten, boedel Saeckma van Wyckel, collectie Baerdt van Sminia
- Brieven aan de curator van de universiteit van Franeker Johannes Saeckma (1572-1636). Uitgave van de Codex Saeckma en de brieven van 12 overeenkomstige correspondenten uit de verzameling Gabbema<sup>2</sup>
- Brieven aan Johannes Saeckma: predikanten. Veertien brieven aan Johannes Saeckma van Taecke Aysma (1-2), Johannes Bogerman (3-4), Festus Hommius (5-9), Gellius Sncanus (10-13) en Dohias Wiarda (14) (Deze editie van 14 brieven aan Johannes Saeckma uit de jaren 1593-1635, Prov. Bibl. v. Frl. coll. 515 Hs, sluit aan bij de hiervoor genoemde 'Brieven aan de curator van de universiteit van Franeker Johannes Saeckma (1572-1636)' etc.)
- Saeckma: van student tot curator van de Franeker Academie [korte biografie op basis van de correspondentie]
- Catalogus van de bibliotheek [1666] van de Friese juristen en humanisten Johannes (1572-1636) en Theodorus (1610-1666) Saeckma
- Niet eerder uitgegeven brieven (1596-1614) van Johannes Saeckma aan zijn leermeester Isaacus Casaubonus
- Advocaten bij het (Provinciaal Gerechts)Hof van Friesland. Chronologische en alfabetische naamlijst 1577-1849
- Naamlijst Gedeputeerde Staten Friesland 1577-1795. Naamlijst van Friese afgevaardigden ter Staten Generaal 1577-1636 († Saeckma) en in de Raad van State 1588-1636. Aantekeningen. Register
- De magistraat van Leeuwarden 1588-1636. Uittreksel van de naamlijst van Petrus Henricus Petraeus
- De eerste catalogus van de bibliotheek van het Hof van Friesland – Leeuwarden 1634 naar het handschrift uitgegeven
- Index Oceanus Iuris [Venetiis 1584-1585]
- Bibliotheek Collegium Medicum Leeuwarden / Catalogus 1820
- Peregrinatio in Galliam 1595-1596. 31 brieven (Neolatijn c.q. Oudfrans) van en aan Ruurd Bants, 1594-1610
- Twee brieven van Jacobus Bouricius met betrekking tot de peregrinatio academica (1610-1612) van zijn zoon Hector
- Gewelstenen en Munt te Leeuwarden
- Erasmus' Adagia: concordantie
- Auteurs in de bibliotheek van Erasmus. De zogenaamde verzendlijst op persoonsnamen gerangschikt
- Ik hoop dat de geleerde auteur er nog veel aan toe zal voegen. Gezien zijn akribie zou hij geknipt zijn om een betrouwbare editie te verzorgen van het drie decennia geleden door anderen zo grondig verpeste Franeker *Album Promotorum*.

Amsterdam

Theo Veen

- 1 Dit zijn geboorte- en sterfjaar van Johannes Saeckma. Saeckma was curator van de Franeker universiteit 1625-1636.
- 2 Lang niet alle brieven stammen uit de tijd dat Saeckma curator was.

## OVER DE AUTEURS VAN DE ARTIKELEN

Mr. J.L.W. Broeksteeg (1974) studeerde rechten te Utrecht en werkt thans als universitair docent bij de capaciteitsgroep Publiekrecht van de Universiteit Maastricht. Hij hoopt binnen afzienbare tijd te Groningen te promoveren op een grotendeels aldaar voorbereid proefschrift over strafrechtelijke en financiële aansprakelijkheid van politieke ambtsdragers. E-mail: Hansko.Broeksteeg@pubr.unimaas.nl

Prof.dr. R.C. van Caenegem (1927) is emeritus hoogleraar middeleeuwse geschiedenis en rechtsgeschiedenis aan de Universiteit Gent Adres: Veurestraat 47, B 9051 Gent-Afsnee.

Mr. J.H. Dondorp (1956) is universitair docent Europese rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. E-mail: j.h.dondorp@rechten.vu.nl

Lic. I.A. Van den Driessche (1975) studeerde rechten aan de Universiteit Gent en werkt thans als universitair docent bij de capaciteitsgroep Publiekrecht van de Universiteit Maastricht. Zij hoopt binnen afzienbare tijd te Groningen te promoveren op een grotendeels aldaar voorbereid proefschrift over de ministeriële verantwoordelijkheid in België, Nederland, Duitsland en Frankrijk. E-mail: Ilse.Vandendriessche@pubr.unimaas.nl

Prof.mr. S. Faber (1944) is hoogleraar rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. E-mail: s.faber@rechten.vu.nl

Prof.mr. J.J. Hallebeek (1954) is hoogleraar Europese rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, hoogleraar oude katholieke kerkstructuren aan de Universiteit Utrecht (faculteit der godgeleerdheid) en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank te Utrecht. E-mail: j.j.hallebeek@rechten.vu.nl

Mr. L. Hardenberg (1924) is advocaat te Amsterdam. Hij publiceert regelmatig over rechtshistorische onderwerpen. Adres: Van Nijenrodeweg 890, 1081 BH Amsterdam.

Prof.dr. D. Heirbaut (1966) doceert rechtsgeschiedenis aan de Universiteit Gent. E-mail: dirk.heirbaut@rug.ac.be

Drs. H. Hulscher (1973) studeerde geschiedenis aan de Universiteit van Amsterdam. Hij publiceerde over de kerkhistoricus Baronius. E-mail: hanhulscher@hotmail.com

Prof.dr. T.J. Veen (1943) is hoogleraar rechtsgeschiedenis aan de Universiteit van Amsterdam. E-mail: veen@jur.uva.nl

Prof.dr. W.L. de Vos is Professor in prosesreg aan die Universiteit van Stellenbosch, Suid-Afrika. E-mail: wdevos@akad.sun.ac.za

Dr. O. Vries (1947) is universitair docent Oudfries en Friese geschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen. E-mail: o.vries@let.rug.nl

# Kopij-aanwijzingen

De bijdragen zijn bij voorkeur gesteld in de spelling van 1995.

Het gebruik van ‘tussenkopjes’ wordt aanbevolen. Nieuwe alinea’s springen links in. Citaten moeten tussen enkele aanhalingstekens worden geplaatst, citaten binnen citaten tussen dubbele. Grotere citaten worden aangegeven door na een regel wit het hele citaat een tab te laten inspringen. Citaten die niet in de Nederlandse, Duitse, Franse of Engelse taal zijn gesteld, dienen vergezeld te gaan van een vertaling.

In de tekst wordt naar de noten verwezen door de nootcijfers, in superscript na de afsluitende punt of (punt)komma te plaatsen.

De namen van boeken en tijdschriften worden gecursiveerd, de titels van artikelen moeten tussen enkele aanhalingstekens worden geplaatst. Behalve in de boekaankondigingen en de recensies hoeft de naam van de uitgever niet te worden vermeld.

Voorbeelden artikel:

- E.C. Coppens, ‘Het Lam Gods zijdelings verkocht’, in: *Pro Memorie* 1 (1999), p. 19-40; aldaar p. 37.
- A.Fl. Gehlen, ‘Visis actis. Eerste bevindingen bij de openlegging van het gerechtelijk archief der Luikse commissarissen-deciseurs te Maastricht (1632-1794)’, in: E.C. Coppens (red.), *Honoris causa. Opstellen aangeboden aan prof. mr. O. Moorman van Kappen* (Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut, nr. 42; Nijmegen 1999), p. 49-60; aldaar p. 50.

Voorbeelden boek:

- P.L. Nève, *Schets van een geschiedenis van het notarisambt in het huidige België tot aan de Franse wetgeving* (Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut, nr. 34; Nijmegen 1995), p. 120.
- Peter R. Boomsma, *Kneppelfreed. Gevecht om de taal met wapenstok en waterkanon* (Franeker 1998), p. 35.

Voorbeelden recensie:

- Caspar van Heel, [recensie van:] Alphons van den Bichelaer, *Het notariaat in stad en Meierij van 's-Hertogenbosch ... (1306-1531)* (1998), in: *Pro Memorie* 1 (1999), p. 165-168; aldaar p. 166.
- Luk Burgelman, [recensie van:] Jean-Pierre Nandrin, *La justice de paix à l'aube de l'indépendance de la Belgique 1832-1848* (1998), in: *Pro Memorie* 1 (1999), p. 175-177; aldaar p. 177.

Voorbeelden van vermelding van reeds eerder aangehaalde literatuur:

- Coppens, ‘Het Lam Gods’, p. 30.
- Gehlen, ‘Visis actis’, p. 53.
- Boomsma, *Kneppelfreed*, p. 40.
- Nève, *Schets van een geschiedenis*, p. 125, of:
- Nève, *Schets geschiedenis notarisambt*, p. 125.
- Van Heel, recensie Van den Bichelaer, p. 167.
- Burgelman, recensie Nandrin, *La justice de paix*, p. 176.

Illustraties worden op prijs gesteld. Indien het artikel van afbeeldingen wordt voorzien, graag duidelijke foto’s aanleveren, de onderschriften op een apart blad opnemen. Onderschriften en illustraties moeten worden voorzien van een nummer. Op de uitdraai dient in de marge te worden aangegeven waar de betreffende illustratie moet komen.

Door de redactie aanvaarde kopij geldt als drukklare tekst. Wijzigingen, anders dan verbetering van zetfouten, kunnen de auteur in rekening worden gebracht.

# INHOUD

Pro Memorie 4 (2002), aflevering 1

<b>Redactioneel</b>	(T.J. Veen)	1
<b>Artikelen</b>		
S. Faber, D. Heirbaut, Th. Veen,	Rechtshistorici uit de Lage Landen (4): Interview met H. van der Linden	3
R.C. van Caenegem	Galbert van Brugge en 'Recht is Politiek'	23
L. Hardenberg	De avarij-commissie te Amsterdam (1811-1982)	36
Harry Dondorp en Jan Hallebeek	Het derdenbeding bij Voorda en Moltzer	49
Han Hulscher	De omslag van zoengeld over de verwanten van een doodslager volgens het Rechtsboek van Den Briel	68
Theo Veen	Elias Wigeri over het procesrecht als deel van de academische rechtenstudie (1772)	87
Wouter L. de Vos	South African civil procedural law in historical and social context	130
O. Vries	Seka mit brande ende mit breke. Oudfriese terminologie met be- trekking tot het rechtsinstituut 'woesting'	148
I.A. Van den Driessche en J.L.W. Broeksteeg	De strafrechtelijke en politieke aspecten van het contraseign: een verge- lijking van de ontwikkeling van het contraseign in België en Nederland	167
<b>Varia</b>		
	Govaert C.J.J. van den Bergh, Printing on demand, futuristisch bekeken	185
	L. van Heijningen, De affaire Krayenhoff: een Kafkaïens proces	187
	B.D. van der Velden, De archieven van Elisabeth van Dorp, Haags advocate van 1903 tot 1915	190
	Hans Ankum, Herinneringen aan Marcel Henri Bregstein (1900-1957)	192
	Rolf Knütel, Jop Spruit zur Zwischenstation	195
	O. Moorman van Kappen, De Staatsregeling voor het Bataafse Volk van 1798	198
<b>Recensies en aankondigingen</b>		
O. Moorman van Kappen, <i>Lex Loci</i> . Opstellen over Nederlandse rechtsgeschiedenis (C.L. Hoogewerf) 200; Dirk Heirbaut, <i>Europese juristen en oud recht</i> (Theo Veen) 200; N.E. Algra, <i>Oudfries recht 800-1256</i> (D. Lambrecht) 202; Conrad Gietman en Arjan Verschoor, <i>Een goed voor de eeuwigheid. De Gelderse vicarie Sancti Nicolai, 1501-2001</i> (L. Hardenberg) 204; J.P. van Niekerk, <i>The development of the principles of insurance law in the Netherlands from 1500-1800</i> (V.A.M. van der Burg) 207; G. Martyn, <i>Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611. Zijn genese en zijn rol in de verschriftelijking van het privaatrecht</i> (René Vermeir) 210; J.A. Somers, <i>De VOC als volkenrechtelijke actor</i> (Randall Lesaffer) 213; F. Lomonaco, <i>Tolleranza e libertà di coscienza. Filosofia, diritto e storia tra Leida e Napoli nel secolo XVIII</i> (E.C. Coppens) 214; A. Eyffinger, <i>The 1899 Hague Peace Conference</i> (Randall Lesaffer) 216; J.S.L.A.W.B. Roes, <i>Het oude zakelijke recht van de dertiende penning</i> (F.C.J. Ketelaar) 218; W.G.M. Cerutti, <i>Het stadhuis van Haarlem. Hart van de stad</i> (Theo Veen) 219; <i>Millennium-nummer Tijdschrift voor Privaatrecht</i> (Theo Veen) 221; <i>Leo Polak-nummer van Geschiedenis van de Wijsbegeerte in Nederland</i> (Theo Veen) 221; <i>Themanummer Kantongerechten in Fryslân van: Fryslân. Nieuwsblad voor geschiedenis en cultuur</i> (Theo Veen) 222; <i>De website van drs. M.H.H. Engels: www.mpaginae.myweb.nl</i> (Theo Veen) 222.		
Over de auteurs van de artikelen		224

