

AA 415 PM

PM

Pro Memorie

Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden

JAARGANG 9 (2007)

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

T.J. Veen†, initiator en eerste hoofdredacteur
P.L. Nève (RU en UvT), erelid
E.C. Coppens (RU), secretaris
G. Donker
S. Faber (VU), voorzitter
D. Heirbaut (Universiteit Gent)
F. Keverling Buisman (Gelders archief, UvA)
R. Lesaffer (UvT, KU Leuven)
G. Martyn (Universiteit Gent)
E. Put (RA Leuven, KU Leuven)
C.H. van Rhee (UM)
F.A.J. van der Ven (RUG)

Uitgever

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

Redactieadres Nederland

Parklaan 10, 2011 KV Haarlem
Tel.: +31(0)23-5314150
E-mail: promemorie@chello.nl

Redactieadres België

Prof.dr. D. Heirbaut
Universiteit Gent,
faculteit der rechtsgeleerdheid
Universiteitsstraat 4, B-9000 Gent
Tel. +32(0)9-2646840
E-mail: dirk.heirbaut@UGent.be

Pro Memorie wordt uitgegeven voor rekening van de Stichting tot uitgaaf der bronnen van het Oud-Vaderland?se Recht. Het is een in twee afleveringen per jaar verschijnend Nederlands-Vlaams rechtshistorisch tijdschrift dat gratis wordt toegezonden aan alle contribuanten van de Stichting OVR.

Voor meer informatie over de Werken, uitgegeven door de Stichting OVR, over *Pro Memorie* en over de leerstoel 'oud-vaderlands recht', thans bezet door prof.dr. F. Keverling Buisman: www.rechten.unimaas.nl/ovr

Contribuant van OVR (en daarmee abonnee van *Pro Memorie*) wordt men door op genoemde website te klikken op 'aanmelding', of door een bericht naar prof.dr. E.C. Coppens, Postbus 9049, 6500 KK Nijmegen (E-mail: ec-coppens@mac.com).

Contribuantenadministratie:

Stichting OVR
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: € 30,-

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

ISSN 1566-7146

REDACTIONEEL

Een tweetal thema's krijgt in deze jaargang van *Pro Memorie* een speciale behandeling. In deze aflevering is allereerst een vijftal bijdragen opgenomen die handelen over de ontwikkeling van het auteursrecht, in het bijzonder in Nederland in de negentiende eeuw. De vier auteurs behoren tot de Studiecommissie geschiedenis van het auteursrecht van de Vereniging voor Auteursrecht. Hun artikelen gaan grotendeels terug op voordrachten die zij hebben gehouden tijdens een vergadering van die vereniging in mei 2006. Behalve de geschiedenis van het auteursrecht komen nog enkele andere onderwerpen aan bod.

Het tweede nummer van dit jaar zal, zo is de bedoeling, geheel aan een en hetzelfde thema worden besteed: het akkoord van Linggadjati tussen Nederland en Indonesië (1946-1947). Een tiental gerenommeerde auteurs heeft zich bereid verklaard met betrekking tot deze roerige fase in het dekolonisatieproces een bijdrage te leveren.

In *Pro Memorie* wordt op verschillende manieren aandacht besteed aan nieuwe literatuur. Om te beginnen is er de rubriek 'recensies'. Voorts worden sommige recentelijk verschenen publicaties kort aangekondigd in de rubriek 'signalementen'; die kunnen in een latere aflevering ook nog uitvoeriger, in een recensie, aan de orde komen. Ook zijn er publicaties waaraan zoveel extra aandacht is besteed dat de desbetreffende recensie als afzonderlijk besprekingsartikel wordt opgenomen. Zie bijvoorbeeld, verderop in dit nummer, het artikel van Cappon over de dissertatie van Roes. Daarnaast kan nog een andere aanpak worden gevolgd, te weten het opnemen van een reactie op het verschenen werk die direct bij de presentatie ervan naar voren werd gebracht. In dit nummer van *PM* is deze weg ingeslagen bij een tweetal pas verschenen boeken. Daarin staan juristen met bekende namen centraal: Pitlo en Schorer (niet de onder rechtshistorici bekende W., maar J.A. Schorer).

29 mei 2007

Sjoerd Faber

OVER OORDELEN EN BEGRIJPEN

ENKELE OPMERKINGEN OVER HET HANDWERK VAN RECHTER EN HISTORICUS¹

Het gaat in de geschiedenis niet om oordelen maar om begrijpen, niet om *juger* maar om *comprendre*. Dat betoogde de Franse historicus Marc Bloch in zijn *Apologie pour l'histoire* in het Nederlands vertaald als *Pleidooi voor de geschiedenis*.²

Dit opstel is een relaas over mijn ervaringen nadat ik me voor het eerst op het gladde ijs van de (rechts)geschiedenis had begeven. Die ervaringen deed ik op bij mijn eerste historisch onderzoek, naar het ontstaan van het moderne auteursrecht in Frankrijk, in de achttiende eeuw.

Deze ervaringen zetten aan tot denken. Kunnen juridische vaardigheden van nut zijn bij historisch onderzoek, zo ja, in hoeverre? Wat ruimer geformuleerd, hoe gaat een jurist om met het beoefenen van geschiedenis? Als wetenschap en als discipline immers hebben recht en geschiedenis weinig met elkaar te maken. Maar het loont de moeite om te trachten te formuleren waarin het handwerk van rechter of advocaat verschilt en overeenstemt met dat van de historicus.

Zo ontstond dit opstel. Het heeft de vorm van een aantal notities die tamelijk willekeurig zijn, de neerslag van wat op mijn pad is gekomen. Het is een poging tot plaatsbepaling: hoe is het om als jurist geschiedenis te bedrijven? In hoeverre kun je baat hebben bij ervaring in de rechtspraktijk? Wat moet je afleren? Dit opstel beoogt om de illusie weg te nemen dat wie een goed jurist is, ook wel een goed historicus zal zijn. Dat is niet het geval. Geschiedenis – het bedrijven van geschiedenis – is een vak dat eigen eisen stelt.³

Dit relaas is tevens in die zin persoonlijk dat ik mijzelf beschouw als een praktijkjurist. Het is niet een theoretische beschouwing over overeenstemming en verschillen tussen beide wetenschappen maar berust op mijn ervaringen in de rechtspraktijk, eerst als advocaat en daarna als rechter. Ik heb het vooral over de beoefenaren van recht en geschiedenis, niet over de theorie van die wetenschappen zelf.

¹ Dit artikel is een bewerking van (het eerste gedeelte van) een voordracht voor de vergadering van de Vereniging voor Auteursrecht van 19 mei 2006.

² *Apologie pour l'histoire ou Métier d'Historien*, in het Nederlands vertaald door Marleen Wessel, zie met name hoofdstuk IV, deel I.

³ Er zit veel in de gedachte dat 'geschiedenis' een verzamelnaam is voor gespecialiseerde deelstudies, zoals politieke of economische geschiedenis, mentaliteitsgeschiedenis, kunstgeschiedenis, rechtsgeschiedenis of, van betekenis voor mijn eigen onderzoek, bedrijfsgeschiedenis en boekgeschiedenis.

Het onderwerp *recht en geschiedenis* wordt hier niet voor het eerst gezien. Ik noem, zonder volledig te zijn, het werk van De Blécourt, van Hoetink en van Winkel; Hoetink schreef er meerdere keren over. Voorts is G.J. Wiarda's *Drie typen van rechtsvinding* uit 1963 doordrenkt van historisch inzicht. Het is, ook op dit punt, een bron van inspiratie.⁴

Een rechter is geen historicus en de rechtszaal is niet een geschikt kader voor historisch onderzoek.⁵ De processuele regels van stelplicht en bewijslast⁶ zijn niet geschikt om de materiële waarheid aan het licht te brengen. Ook is de metafoor niet overtuigend waarin de geschiedenis als een soort hoogste rechter wordt uitgebeeld; te denken valt aan uitdrukkingen als: de geschiedenis zal oordelen, of *Die Weltgeschichte ist ein Weltgericht* (Schiller). Geschiedenis dient niet met recht te worden verward.⁷

Het onderscheid dat Bloch maakte tussen oordelen (*juger*) en begrijpen (*comprendre*) kan als uitgangspunt dienen voor een verduidelijking van het verschil tussen de benaderingswijze van rechter en historicus:

- Een rechter moet oordelen; hij doet dat met een bepaald, concreet doel: een geschil beslechten. Zijn oordeel betreft twee (of meer) partijen wier botsende belangen hij aan de hand van rechtsregels moet afwegen. Het rechterlijk oordeel berust op de rechtsorde. Het strekt ertoe om orde te scheppen tussen partijen. Rechters staan in dienst van die rechtsorde.
- De historicus beslist niet in geschillen tussen partijen; hij weegt ook geen belangen af. Hij wil orde scheppen in de chaos van het verleden,⁸ begrijpen hoe een bepaalde historische toestand of situatie is ontstaan. Historici staan, als het goed is, slechts in dienst van hun wetenschap.

Anders gezegd: oordelen is functioneel, strekt tot een beslissing of oplossing. Begrijpen is niet functioneel maar strekt tot meer of beter inzicht. De rechter is een onderdeel van de rechtsorde, de historicus maakt ten hoogste deel uit van een school of gemeenschap van wetenschappers.

Dit verschil in opdracht leidt tot verschillende professionele attitudes. Juristen dienen stellig te zijn, zij leren stellige antwoorden te geven. De *esprit tranchant* en de *décisionnaire universel*⁹ zijn juridische typen. Bij historici kan men zich een tegenovergestelde figuur

4 Zie de opgave van geraadpleegde literatuur aan het slot van dit artikel.

5 Zgn. historische processen – Menten, Milosevic – stellen teleur, want de vorm van het proces staat niet in het teken van historisch inzicht maar in dat van eerlijke procesvoering (artikel 6 EVRM). Zie over het proces Menten het opstel van J.C.H. Blom in *De Weerspannigheid van de feiten*, genoemd bij de literatuur aan het slot van dit artikel.

6 In het navolgende wordt in hoofdzaak verwezen naar het civiele proces. In het strafproces heeft de rechter een wezenlijk andere rol; maar ook daar komt het weinig voor dat de rechter zich ver begeeft buiten de feiten die aan hem zijn voorgelegd.

7 Zie bij voorbeeld H.L. Wesseling, *Geschiedenis en gerechtigheid*, aan wie deze metafoor al evenmin aanspreekt.

8 Zie de titel van het artikel van W.H. Roobol (1981).

9 Zie Montesquieu, *Lettres Persanes*, brief LXXII.

voorstellen, de historicus die in staat is om alles te relativeren en die nimmer een standpunt inneemt. Deze extreme typeringen illustreren het verschil in professionele attitude tussen rechter en historicus.

Toen Bloch oordelen en begrijpen, *juger* en *comprendre* tegenover elkaar stelde, had hij inderdaad de figuur van de rechter en die van de historicus voor ogen. Aan beiden stelde hij de eis van onpartijdigheid. Maar, zo schreef hij, rechterlijke onpartijdigheid houdt niet meer in dan dat een rechter zijn persoonlijke opvattingen terzijde hoort te stellen en recht moet spreken volgens de wet. Aan de onpartijdigheid van de historicus stelde Bloch een zwaardere eis: *Als we willen doorgronden wat iemand vele generaties terug heeft beziggehouden moeten we vrijwel geheel afstand doen van ons eigen ik.*¹⁰

Van niemand kan echter worden verlangd dat hij zijn persoonlijkheid aan de kant zet (en het valt te betwijfelen of iemand bij zo'n afstand van het eigen ik gebaat is). Een historicus heeft, evenals een rechter, persoonlijke meningen en opvattingen. Daarmee is niets mis, mits rechters en historici – mooi gezegd – maar een hartstocht hebben voor onpartijdigheid.

Wat Bloch vermoedelijk bedoelt is dat een historicus in staat moet zijn de eigen verwachtingspatronen, opvattingen en vooroordelen uit te schakelen; hij moet in staat zijn tot een als het ware blanco geesteshouding, waarin hij alleen maar waarneemt en registreert. Ook een rechter moet dat, als het om feitenonderzoek gaat. Deze professionele attitude zal van een historicus een groter inspanning vergen dan van een rechter omdat de historicus daarbij steeds weer een tijdskloof moet oversteken.

Men kan het met Bloch eens zijn dat een goede historicus niet moet oordelen (en niet dient te lijden aan vooroordelen). Wat hij, naar ik meen, wel moet doen, heet niet zozeer oordelen als beoordelen, niet *juger* maar *apprécier*. Maar dit laatste – het *apprécier* – geldt eveneens voor een goede rechter. De tegenstelling van Bloch tussen *juger* en *comprendre* verdient dus relativering. Niettemin is zij bruikbaar: de attitudes van rechter en historicus verschillen wezenlijk, met name bij het verwerven van inzicht in de feiten en hun achtergrond.

Wat de professionele houding van rechters betreft, kan nog het volgende worden opgemerkt. Een goede rechter – iemand die niet alleen over juridische kennis beschikt, maar ook inzicht wil hebben – zal trachten te begrijpen hoe het komt dat partijen een geschil hebben. Hij zal niet alleen het recht willen vinden maar ook inzicht willen krijgen in wat partijen eigenlijk verdeeld houdt, in wat wel is genoemd het conflict achter het geschil. Ook hier gaat het niet zozeer om *juger* maar om *apprécier*.

Afgezien van praktische beperkingen – rechters komen tijd tekort; zij werken hard en in de huidige verhoudingen is stellig sprake van produktiedwang – ontmoeten rechters bij een poging tot inzicht aanstonds een handicap: zij weten weinig van de partijen die zij voor

¹⁰ Bloch/Wessel (1989), p. 141. Bloch (2006), p. 948: [pour] pénétrer une conscience étrangère que sépare de nous l'intervalle des générations, il faut presque dépouiller son propre moi.

¹¹ Een advocaat hield een rechterlijk college waarvan ik deel uitmaakte eens voor dat hij de zaak beter kende dan wij: hij was al een tijd met de zaak bezig en had zijn cliënt leren kennen, wij zagen de kwestie kort tevoren voor het eerst en kenden de betrokkenen niet. Dat leek me een juiste opmerking.

zich zien. Ook het concrete geschil werd hen eerst kort tevoren voorgelegd.¹¹ Deze omstandigheden versterken, anderzijds, de rechterlijke onpartijdigheid. Betekenis en kracht – zo niet het wonder – van het recht is dat rechtsregels rechtvaardige oplossingen bieden voor uiteenlopende geschillen.

Feiten

Rechter en historicus moeten allebei eerst vaststellen wát er is gebeurd, in de woorden van de Duitse historicus Ranke *wie es eigentlich geschehen ist*.¹² En een oude rechtsspreuk laat de rechter zeggen: *Geef mij de feiten, dan geef ik u het recht*.

De feiten zijn de grondstof van zowel het recht als de geschiedenis. Dit lijkt een open deur maar het is van veel belang om dit vast te stellen. Deze vaststelling immers levert het enige werkelijke punt van overeenstemming op tussen rechtswetenschap en geschiedenis. Van nu af gaat dit opstel nog uitsluitend over de verschillen tussen beide wetenschappen, nauwkeuriger: tussen de positie van een rechter en die van een historicus.

Het belangrijkste punt van verschil tussen beider handwerk is dat een rechter geen zelfstandig onderzoek doet naar de feiten. In het civiele proces behoren de feiten door partijen (lees: hun advocaten) aan de rechter te worden aangeleverd. De rechter zelf is *lijdelijk*. Met dit woord wordt, kort gezegd, aangeduid dat de rechter niet zelf op onderzoek gaat. Hij luistert naar het debat van partijen maar begeeft zich niet in dat debat.¹³ Deelname aan het debat zou afbreuk doen aan de rechterlijke onpartijdigheid. Partijen debatteren ten overstaan van – en niet mèt – de rechter.

De vorm van het civiele proces is van oudsher die van het debat van partijen.¹⁴ De onderliggende gedachte is, zou ik menen, dat wat de rechter voor zijn beslissing nodig heeft als het ware vanzelf naar voren komt uit de botsende meningen van partijen.

Debat is niet de meest voor de hand liggende vorm voor een wetenschappelijk onderzoek naar, daar gaat het hier over, de feiten. Een historicus is al evenmin *lijdelijk* want er is niemand die hem feiten aanlevert. Hij moet zelf op onderzoek uit. Kern van het beoefenen van de wetenschap van de geschiedenis is het eigen, zelfstandig onderzoek van de historicus naar de feiten.

Een tweede punt van verschil tussen het handwerk van rechter en historicus is, dat een rechter slechts te maken heeft met een beperkt aantal feiten. Het gaat in het civiele proces uitsluitend om feiten die terzake doen, die rechtsgevolg hebben. Dat feitenmateriaal is overzichtelijk en ligt besloten in het procesdossier. Aan de hand van dat dossier schrijft de rechter zijn vonnis. Zo nodig geeft hij een bewijsopdracht aan een partij.

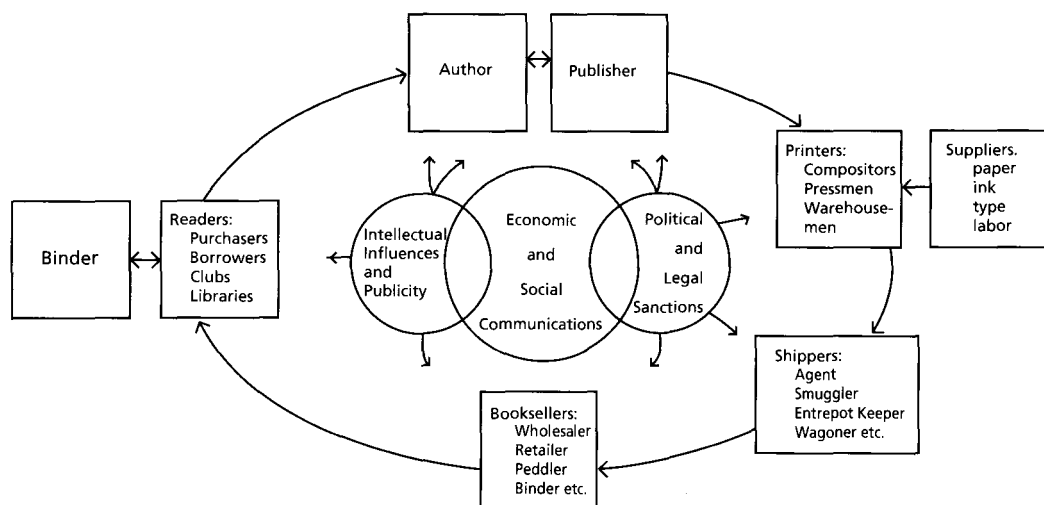
¹² Geciteerd door Bloch (2006), p. 947, volgens Bloch/Wessel (1989), p. 139 te vinden in het voorwoord van Ranke bij de eerste druk (1824) van zijn *Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1514*.

¹³ Dat betekent niet dat de rechter partijen als een ledpop aanhoort. Hij mag vragen stellen en kan, zeker als het om een juridisch punt gaat, tegenwerpingen maken.

¹⁴ Het burgerlijk procesrecht is per 1 januari 2002 ingrijpend herzien. De begrippen *lijdelijkheid* en het *debat van partijen* zijn weliswaar gerelativeerd maar vormen nog steeds kernbegrippen van het civiele proces.

De historicus heeft, anders dan de rechter, te maken met een onafzienbare zee van feiten. Al bij mijn eerste historisch onderzoek werd ik met die onafzienbaarheid geconfronteerd. Duizelig en overvallen door ruimtevrees, verlangde ik terug naar die overzichtelijke procesdossiers, waarbij een concreet geschil – Moeten partijen hun overeenkomst nog nakomen? Wie is aansprakelijk voor de fout waardoor het slachtoffer schade heeft geleden? Wat moet het bedrag van de alimentatie zijn? – aan mij ter beslissing werd voorgelegd, en waarin de advocaten van partijen een beperkt aantal feiten stellen en te bewijzen aanbieden.

Deze – niet alleen kwantitatieve maar ook kwalitatieve – onafzienbaarheid laat zich illustreren door het *Communications' circuit* dat R. Darnton ooit eens tekende:¹⁵



Mijn onderzoek, ik noemde het hiervoor al, betreft de relatie tussen *Author* en *Publisher*, bovenin het schema.

Waar te beginnen? En vooral, waar te eindigen? Dient de onderzoeker zich te begeven op zulke gespecialiseerde deelgebieden als de techniek van het drukken in de achttiende eeuw, de papiervoorziening, de afzetmogelijkheden en het achttiende-eeuwse vervoer? Dat zijn boeiende onderwerpen, superspecialismen, waarvan juristen in de regel niets weten.

Zo leidde mijn eerste rechtshistorisch onderzoek tot een harde confrontatie met mijn kennisachterstand. Deze betreft in de eerste plaats de historische context van het onderzoek. Er zal geen jurist zijn die over een vergelijkbare kennis en inzicht in een tijdperk beschikt als de historicus voor wie dat tijdperk het dagelijks werkterrein is. Daarnaast betreft die kennisachterstand deelgebieden, veelal het terrein van specialisten of superspecialisten.

¹⁵ Uit R. Darnton, 'What is the History of books?', in: Darnton (1990), p. 112.

Zie de hiervoor genoemde voorbeelden.

Juristen doen er dus goed aan hun licht op te steken bij professionele historici en, zo nodig, bij specialisten of superspecialisten. Dat brengt met zich dat de jurist die (rechts)geschiedenis bedrijft, samenwerking dient te zoeken met de historici, op wier vakgebied hij zich begeeft. Hij zal aandacht moeten hebben voor hun denkwereld en professionele attitudes. Die zijn anders, historici verkeren in een minder stellige denkwereld dan juristen.

Maar iemand met ervaring in de rechtspraktijk beschikt ook over een pluspunt. Gaat het om onderzoek naar historische feiten dan helpt ervaring met juridisch bewijs en bewijslevering.

Zijn in de loop van het civiele proces bepaalde feiten niet komen vast te staan, dan gelast de rechter nader onderzoek. Hij geeft aan een van de partijen een bewijsopdracht. Betreft die opdracht bewijs door getuigen of deskundigen, dan zal de rechter bij de uitvoering van die opdracht die getuigen of deskundigen gaan horen. Wat deze verhoren betreft, slaat Bloch de spijker weer op de kop: *Een goede rechter is, hoe hij persoonlijk ook over de zaak denkt, er bij het getuigenverhoor alleen op uit de werkelijke toedracht te leren kennen (les faits, tels qu'ils furent).*¹⁶

De rechter die getuigen ondervraagt en advocaten die aan een getuigenverhoor deelnemen, doen er goed aan om, zoals Bloch voorschrijft, als het ware mentaal blanco te zijn. Men moet afstand nemen van eigen verwachtingspatronen. Dat loont steeds. De werkelijkheid – Ranke of Bloch: *les faits tels qu'ils furent* – spoort vaak helemaal niet met dat verwachtingspatroon; en verschillende getuigen beleven dezelfde gebeurtenis vaak heel verschillend.

Rechters en advocaten hebben geleerd kritisch en afstandelijk te kijken naar wat hun wordt voorgeschoteld. Die professionele attitude laat zich transponeren naar het handwerk van historisch onderzoek. Een goede historicus heeft ten opzichte van de feiten eenzelfde kritische zin, dezelfde voorzichtigheid en terughoudendheid als een rechter.

Historisch onderzoek is complex. Alles kan bron van kennis zijn, en iedere bron heeft een eigen, historisch bepaald, gewicht – betrouwbaarheid – en betekenis. Vaak ook ontbreken bronnen. Bovendien is er de factor tijd. Het onderzochte speelt zich af in een andere tijd en in andere omstandigheden. Een kritische historicus heeft het lastiger dan een kritische rechter.

Wat zijn feiten eigenlijk? De vraag is netelig en wetenschappelijk – zowel voor historici als voor juristen – niet eenvoudig te beantwoorden. Reeds het begrip *feit* laat zich niet vangen. Ze zijn, zoals het zo mooi werd gezegd, *weerspannig*.¹⁷ Ze zijn gelaagd, terwijl een feitelijk gegeven niet of slechts moeilijk valt te scheiden van de interpretatie ervan. Wij houden ons niet zozeer bezig met de feiten maar met ons beeld van de feiten. Ook is erop gewezen dat het begrip *feit* wordt gebruikt in de zin van bewijsmateriaal, wat dan weer aanleiding kan zijn tot interpretatieve verwarring.¹⁸

¹⁶ Bloch/Wessel t.a.p. en Bloch (2006) t.a.p. *Quel que soit le voeu secret de son coeur, le bon juge interroge les témoins sans autre souci que de connaître les faits, tels qu'ils furent.*

¹⁷ Zie de titel van de hiervoor al genoemde bundel *De weerspannigheid van de feiten*.

¹⁸ Van der Dussen, *Filosofie van de geschiedwetenschappen*, met name p. 33 e.v.

In een proces gaat het uitsluitend om de juridisch relevante feiten. Dat zijn feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, feiten met rechtsgevolg. Ik geef een paar voorbeelden. Een huwelijk aangaan heeft rechtsgevolgen jegens partner en kinderen. Het rechtsgevolg van de levering van een goed is dat een ander eigenaar wordt. Het niet of te laat nakomen van een overeenkomst kan tot gevolg hebben dat men ook de ander niet meer aan de afspraak kan houden. Een fout maken kan tot gevolg hebben dat men schadeplichtig wordt.

Naar uit deze voorbeelden blijkt, zijn juridische feiten, zoals ze in een proces aan de orde komen, in de regel tamelijk eenvoudig. Een goede jurist is in staat om complexe gebeurtenissen te analyseren tot een reeks feiten, die wel of geen rechtsgevolg hebben. In het eerste geval zijn ze relevant, in het laatste niet.

Wat in de geschiedenis is gebeurd, is veelal minder eenvoudig. *Les faits tels qu'ils furent* bestaan niet. Het is beter om in de geschiedenis niet te spreken van feiten maar van gebeurtenissen. Daarmee komt tot uiting dat een gebeurtenis niet eenvoudig of enkelvoudig is, maar samengesteld. Een gebeurtenis kan een toestand zijn of, om iets te noemen, een mentaliteit betreffen. Ongrijpbare zaken als geruchten, vergissingen of gemiste kansen zijn te beschouwen als gebeurtenissen. Zij kunnen immers historisch van betekenis zijn.

Kortom, juridische feiten zijn veelal eenvoudiger en harder dan historische feiten. Gebeurtenissen zijn in de regel meer samengesteld en complexer dan juridische feiten.

Het meest indrukwekkende verschil tussen recht en geschiedenis is de omgang met wat niet vast staat, met wat onbewezen is gebleven, met, kortom, witte plekken op de kaart.

In het recht geldt dat een partij die niet slaagt in het hem opgedragen bewijs, zijn zaak verliest. Bewijslast is bewijsrisico. Het recht leeft niet met witte plekken op de kaart. Zij komen voor rekening en risico van de verliezende partij. Wie geen bewijs levert, wordt in het ongelijk gesteld. Het verschil tussen gelijk hebben en gelijk krijgen heet bewijzen.

De historicus, daarentegen, leeft wel degelijk met witte plekken op de kaart. Veel van wat in het verleden is gebeurd, is niet meer te achterhalen. De woorden *aannemelijk* en *vermoedelijk*, *waarschijnlijk* en *mogelijk* behoren bij uitstek tot de vaktaal van de historicus. Zonder redelijke gissingen, *informed guesses*, is een historische discussie vaak niet mogelijk. Het werkstuk van een historicus kan worden beschouwd als een bewijsconstructie waarbij de witte plekken op de kaart zo nauwkeurig mogelijk zijn ingetekend.

Lege artis is dat de historicus duidelijk maakt waar, bij gebreke van bewijs, zijn veronderstellingen beginnen.¹⁹

Met het oog op rechtshistorisch onderzoek verdient het volgende nog de aandacht.

Voor de historicus is het blijkbaar een open deur, maar voor mij was het een *eye opener*

¹⁹ Denkend aan historische inleidingen op belangwekkende juridische onderwerpen, verdient eveneens aanbeveling dat de rechtsgeleerde auteur – veelal geen historicus – duidelijk maakt waarop zijn betoog berust, op eigen onderzoek, op bronnen of op betogen van voorgangers of anderen. Cultuurhistorische beschouwingen door juristen – vooral het auteursrecht leent zich daartoe – dienen met nog meer terughoudendheid te worden gezien dan bij zulke met brede streken geschilderde betogen toch al is geboden.

toen me een bruikbare vuistregel werd verschaft om naar historische feiten te kijken. Die vuistregel luidt: kijk niet vóóruit maar achteruit. Bedenk wat het referentiekader was van de mensen van toen.

Bij voorbeeld, op de avond van 13 juli 1789 wisten de meeste Fransen nog niet dat de volgende dag de Bastille zou vallen en de Revolutie zou uitbreken. Zij oriënteerden zich niet op hun toekomst, de Franse Revolutie, maar op hun verleden, het Ancien Régime. Die verleden tijd werd in dit geval heel concreet beheerst door het beeld van de Zonnekoning. Het is verhelderend menselijk gedrag van vóór de Revolutie te begrijpen vanuit het tijdperk van Lodewijk XIV.

Een tweede opmerking is dat het zowel in het recht als in de geschiedenis nimmer gaat om alle feiten maar uitsluitend om de relevante feiten. In het recht spreekt men, zoals we zagen, van feiten met rechtsgevolg. De historicus selecteert de feiten die hij relevant acht, dat wil zeggen de feiten die naar zijn inzicht betekenis hebben.

De rechter selecteert de feiten aan de hand van de rechtsregels die hij van toepassing acht. Bij historisch onderzoek is het de vraagstelling die bepalend is voor de selectie. Zij begrenst het onderzoeksgebied en kadert het feitenmateriaal af dat de historicus zal gebruiken.

Hic sunt leones. Bij deze selectie van de feiten dreigt gevaar, zowel voor de rechter als voor de historicus. De selectie moet juist en volledig zijn. Anders betreft het vonnis niet de werkelijkheid van het geschil, en is het historisch onderzoek waardeloos.

Een rechter zou zich tot zijn verontschuldiging nog kunnen beroepen op zijn lijdelijkheid. Het relevante feit dat hij buiten beschouwing liet, werd hem niet aangeleverd, het was niet gesteld. Moderne juridische auteurs²⁰ – en ik met hen – bestrijden dat een rechter zijn handen zo gemakkelijk in onschuld kan wassen. De rechter is weliswaar lijdelijk, maar hij draagt, mèt partijen, verantwoordelijkheid voor zijn vonnis, dus voor de beslissing van het geschil.

De werkelijkheid die in de loop van een proces ontstaat, mag niet ontaarden in luchtfietserij, in die zin dat de rechter beslist over iets wat zich niet heeft voorgedaan, wat niet het geval is (Wittgenstein). Vermoedt een rechter wat de feiten betreft onraad – een relevant feit wordt niet aan de orde gesteld – dan dient hij naar mijn inzicht zijn rechterlijke vaardigheden aan te wenden om dat te voorkomen. Hij zal, om te beginnen, aan zijn feitenvaststelling een voorlopig karakter geven; dan kan hij nog op die vaststelling terugkomen. Hij kan ook vragen aan partijen stellen en zo erop aansturen dat het niet gestelde maar nochtans relevante feit, toch in het debat wordt betrokken.

De positie van de historicus bij het selecteren van de feiten is aanzienlijk ongemakkelijker. Hij wordt geacht de feiten, voor zover beschikbaar, volledig te hebben onderzocht. Ziet hij een wezenlijk feit over het hoofd, dan is dat een wetenschappelijke doodzonde.

²⁰ Zie vooral het werk van F. Bruinsma; zie ook het voorbeeld van het Varkenspest-arrest van de Hoge Raad (HR 24 februari 1984, NJ 1984, 415 over zeug Geel-113) waarmee J.B.M. Vranken zijn *Algemeen Deel II* opent.

Discussies tussen historici betreffen met regelmaat de vraag of bepaalde feiten of gebeurtenissen terecht niet in het onderzoek zijn betrokken.

Begrippen

Juristen beseffen weinig – zij vinden het vanzelfsprekend – dat hun vak over een prachtig en precies begrippenapparaat beschikt. Recht draait om begrippen, ze vormen de structuur van ons rechtsstelsel. Eerste bron ervan is de wet, rechtspraak en doctrine nuanceren en vullen de wet aan.

Het juridisch begrippenapparaat is normatief en functioneel. Het is een hulpmiddel bij het vinden van het meest rechtvaardige oordeel over het geschil in concreto.

Geschiedenis is normatief noch functioneel, het heeft een open karakter. Met dit laatste wordt bedoeld dat de vraag of gebeurtenissen een betekenis hebben en, zo ja, welke, niet wordt bepaald door de regels van de wetenschap van de geschiedenis. Historische wetten bestaan niet, een verslag van historisch onderzoek behoeft niet uit te monden in een afloop, die evenals een vonnis, voortvloeit uit een logische toepassing van die wetten. Geschiedenis bestaat uit toeval, het zijn de historici die steeds weer opnieuw ordening aanbrengen in het verleden.²¹

Historische begrippen zijn hulpmiddelen bij de historische analyse. Sinds de Verlichting is de literatuur over doel en methoden van de geschiedenis als wetenschap overvloedig. Historici wantrouwen definities en neigen tot ‘deconstructie’ van een begrip. Dit brengt het risico met zich dat men verzandt in weinig omliggende discussies.

Een voorbeeld van het verschil tussen een juridisch en historisch gebruik van een begrip, levert de notie causaliteit. Dat is zowel in de geschiedenis als in het recht een centraal begrip.

In het Nederlandse recht heeft dit begrip een normatieve inhoud. De juridische causaliteitsleer wordt aangeduid als de leer van de Toerekening Naar Redelijkheid (de TNR-leer).²² Deze leer houdt in dat een gevolg volgens regels van redelijkheid aan een feit wordt toegerekend. Het begrip toerekenen is hier de centrale notie. Dat is een normatief begrip: behoort dit gevolg voor rekening te komen van degene die een fout heeft gemaakt?

Met deze juristerij kan een historicus niets beginnen. In de geschiedenis gebruikt men de notie causaliteit om inzicht te krijgen, om verbanden te leggen tussen gebeurtenissen: *la cause est la raison des effets* zegt Pascal. In de geschiedenis zijn causale redeneringen niet meer en niet minder dan analytische hulpmiddelen bij het verwerven van inzicht.

In het recht wordt maar aan één of ten hoogste aan een paar oorzaken toegerekend. In de geschiedenis laten gebeurtenissen zich op allerlei wijzen verklaren.

²¹ Sebastian Haffner (1988) m.z.w.

²² De leer is voor het eerst verdedigd door Köster, in zijn inaugurele rede UvA, 1962, als vervanger van de toen geldende leer van de adequate veroorzaking. De TNR-leer is vervolgens aanvaard in HR 1972, NJ 1972, 360 (posttraumatische depressie).

Juridische begrippen hebben vaak hun eigen, beladen geschiedenis. Een valkuil waarin de jurist die geschiedenis of rechtsgeschiedenis gaat bedrijven kan tuimelen, is dat hij dit niet onderkent. Dan komt hij bij zijn historisch onderzoek in de problemen.

Begrippen als *eigendom* en *bezit* hebben een explosieve historische lading: in de feodale tijd werd eigendom vooral in verband gebracht met grondbezit. In 1789, in de Franse Revolutie kreeg het eigendomsrecht van de burger revolutionaire betekenis.²³ Maar in de Russische Revolutie van 1917 was eigendom goed voor een kogel.

Een ander voorbeeld is het begrip *liberté de la presse*. Dat betekende in de achttiende eeuw niet zozeer *vrijheid van drukpers* maar veeleer *vrijheid om te drukken*: ieder diende het recht te hebben om te drukken, ook al was men geen lid van het gilde van drukkers en boekhandelaars. Het begrip lag dus dichter bij dat van *vrijheid van beroep en bedrijf* dan bij het grondrecht van artikel 10 EVRM.

Iets overeenkomstig geldt voor een voor ons zo hatelijk begrip als *censuur*. De tegenhanger van dat begrip was in de achttiende eeuw niet *uitingsvrijheid*. Artikel 10 EVRM bestond niet. Censuur werd naar mijn opvatting niet zozeer als een aantasting van het recht op meningsuiting ervaren maar veeleer als een normale en begrijpelijke vorm van overheidsingrijpen.²⁴ Ook verlichte geesten als Voltaire zagen er geen been in om de overheid te verzoeken bepaalde uitingen van hun tegenstanders te verbieden.

Historici, op hun beurt, hebben niet steeds een gelukkige hand bij het hanteren van juridische begrippen. Op het gebied van de geschiedenis van het auteursrecht is een veel voorkomende onzuiverheid dat historici het woord *copyright* gebruiken, terwijl zij *auteursrecht* bedoelen. Afgezien van het feit dat het Engelse begrip *copyright* niet helemaal overeenstemt met het veeleer Franse begrip *auteursrecht* (*droit d'auteur*), komt men in de problemen als het om *kopijrecht* gaat. Het historische verschil tussen *kopijrecht* en *auteursrecht* wordt niet onderkend.

Kopijrecht betreft uitsluitend het recht om te drukken (en eventueel om vertalingen te drukken). Het is van oorsprong een recht van de drukker of uitgever. Auteursrecht geeft aan de maker (auteur) een eigen recht op zijn werk. Het strekt ertoe om hem een eigen rechtspositie te geven, onafhankelijk van drukkers en uitgevers. Auteursrecht is bovendien niet beperkt tot drukken maar omvat iedere vorm van gebruik (exploitatie) van een werk.²⁵

Ook wanneer het om *nadruk* gaat, is de terminologie van historici soms weinig gelukkig. Zij spreken niet eenvoudig van *nadruk* (*contrefaçon*), maar van *roofdruk* of van *piraterij*. Dat is anachronistisch woordgebruik want deze laatste begrippen worden gebruikt in verband met auteursrecht, terwijl *nadruk* betrekking heeft op de periode dat van auteursrecht nog geen sprake is. Dat is relevant want van oudsher beschouwde men *nadruk* niet als onrecht-

23 En waren auteursrechten *des droits des plus sacrés*.

24 In Frankrijk was de censuur in handen van de Koning, niet van de Kerk. Tegen kerkelijke censuur hadden de filosofen bezwaar, maar vooral omdat zij zelf niet gelovig waren.

25 Zie Schriks, *Het Kopijrecht en Van Meerkerk, Achter de schermen van het boekbedrijf*, p. 227 e.v.

matig jegens de schrijver (maar hoogstens als onrechtmatig jegens degene die het drukkersprivilege op het desbetreffende werk bezat).²⁶

Het is, tenslotte, een miskenning van cultuurverschillen om op te schrijven dat schrijvers in China of in de landen van de Islam geen *property right to their published word* hadden.²⁷ Wellicht is duidelijk wat hier wordt bedoeld, maar de manier van aanduiden is, minst genomen, onhistorisch.

Methodes

Volstaan wordt met twee opmerkingen. De eerste betreft het schemergebied dat wordt aangeduid als *virtual history* of *counterfactuals*. De tweede het balanceren van de historicus tussen verleden en heden. Beide onderwerpen intrigeren.

Bij *virtual history* gaat het om speculatieve overpeinzingen over de vraag wat er zou zijn gebeurd als ...?

In de theorie van de rechtsvinding is het geoorloofd dat de rechter bij wijze van gedachtenexperiment de *casus* van het geschil dat hij moet beoordelen, flankeert met denkbeeldige, iets afwijkende gevallen. Door deze vorm van analyse wordt beter zichtbaar hoe het recht in een concreet geval moet luiden. Zie Wiarda's 3 *Typen van rechtsvinding*.

In dezelfde lijn ligt dat advocaten gewend zijn om toekomstige schade hypothetisch te berekenen: hoe zou de carrière van het slachtoffer zijn verlopen, wanneer het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden?

Virtuele rechtsvinding dus, respectievelijk een virtuele benadering van wat nochtans reële, zij het toekomstige, schade is. Zowel het een als het ander is *lege artis*. Speculeren behoort tot de regels van de kunst van het recht.

Maar in de geschiedenis is de *wat als*-vraag bij uitstek verdacht: wat als de neus van Cleopatra ..? En wat als Napoleon de Slag bij Waterloo zou hebben gewonnen? Of de Nazi's de Tweede Wereldoorlog?²⁸

Virtual history is niet wetenschappelijk. Het antwoord op een virtuele vraag is niet te weerleggen, de gebeurtenis heeft zich immers niet voorgedaan. *Virtual history* onttrekt zich dus aan discussie.

Geschiedenis gaat over feiten niet over *ifs*. Maar toch komt men in historisch werk dat in alle opzichten aan wetenschappelijke maatstaven beantwoordt bij herhaling wat *als*-vragen tegen: *Stel het geval dat, .. zou dan niet ...?* Ook historici van naam stellen deze virtuele vraag. Hoe dit te verklaren?

²⁶ Een voorbeeld daarvan wordt vermeld door Rietje van Vliet [R. van Vliet (2004)]; de Luikse drukker Bassompierre vertelde aan de Franse schrijver Marmontel opgewekt hoe goed hij had verdiend aan de nadruk van diens werk; de man had niet het gevoel dat hij met zijn *contrefaçons* de schrijver Marmontel had benadeeld.

²⁷ Carla Hesse, in *The rise of intellectual property, 700 B.C.-A.D. 2000: an idea in the balance*, Daedalus Spring 2002, p. 27.

²⁸ Zie voor de neus van Cleopatra, Pascal, *pensée* 392 (*Oeuvres complètes* II, Pleiade 2000). Litteratuur (?) met *virtual history* bestaat in overvloed. Fraai is Trevelyan's opstel *If Napoleon had Won the Battle of Waterloo, Fatherland* van Robert Harris is spannend.

Hypothetisch denken behoort tot ons normale denkpatroon. Het verduidelijkt. Ieder kan zichzelf betrappen op virtuele gedachten en vragen:

– *als ik niet, bij toeval of nog juist op tijd.*

Deze manier van denken kan het beslissende, hachelijke moment verhelderen. Zij ligt dicht in de buurt van gedachten als:

– *Gelukkig dat (enz.) of Helaas (enz.)*

waarmee we het toevallige, gelukkige of tragische aspect van een gebeurtenis plegen te accentueren. Nog dichterbij liggen speculatieve redeneringen als:

– *Het moet wel zo zijn gebeurd, want anders (enz.).*

Hier wordt uit de omstandigheid dat iets niet is voorgevallen, afgeleid wat wèl zal hebben plaatsgevonden.

Tegen dit alles bestaat uit wetenschappelijk oogpunt niet echt een bezwaar.

Virtual history behoeft niet zonder meer wetenschappelijke ketterij te zijn. Als denkmodel is deze vorm van speculatie toelaatbaar, ook in historisch werk. Maar conclusies kan men eraan niet verbinden. Een virtuele redenering kan, als gesteld, nu eenmaal niet worden weerlegd. *Virtual history* is ten hoogste een hulpmiddel.

Een tweede opmerking betreft het gezag van historici. Historici hakken geen knopen door, hun oordeel is nimmer definitief. Geschiedenis is een voortdurende discussie over het verleden.

De Engelse historicus E.H. Carr ziet zichzelf en zijn vakgenoten als een soort *bemiddelaar* tussen heden en verleden. Historici bewegen zich van het heden naar het verleden en weer terug. Als man of vrouw van zijn eigen tijd weet de historicus wat na het tijdvak van zijn onderzoek is gebeurd. Hij kijkt achteruit maar kan als het ware ook vooruit kijken, in de toekomst van het verleden dat hij onderzoekt. Zo zoekt de historicus een evenwicht tussen verleden en heden.

De jurist, die het woord evenwicht hoort, voelt zich thuis. Recht is immers *ars aequi*, de kunst van het evenwicht; rechters en advocaten zijn, als het goed is, evenwichtskunstenars.

Dit tamelijk vage punt van overeenstemming tussen wat een jurist beweegt en wat een historicus doet, moge juristen stimuleren tot historisch onderzoek. Gaat het om auteursrechtjuristen dan zijn zij welkom bij de studietoelagencommissie Geschiedenis van de Vereniging voor Auteursrecht.²⁹

²⁹ Secretaris van de studietoelagencommissie Geschiedenis van het auteursrecht is mr. Anette Ligtenstein, Postbus 3223, 2001 DE Haarlem, en aligtenstein@hotmail.com.

Samenvatting

- Men dient zich als jurist bewust te zijn van zijn kennisachterstand op historisch gebied. Samenwerking met historici strekt tot aanbeveling, in het bijzonder op de gespecialiseerde terreinen die bij het onderzoek doorkruist moeten worden.
- Bij (rechts)historisch onderzoek kan de professionele attitude van de jurist, het kritisch en met terughoudendheid beoordelen van feiten, van dienst zijn, evenals ervaring met het horen van getuigen. Maar de jurist dient zich bewust te zijn van het complexe karakter van de feiten of gebeurtenissen die hij aan historisch onderzoek onderwerpt.
- Ook het juridisch begrippenapparaat kan bij historisch werk nuttig zijn, mits het typisch juridische doel en de functie van die begrippen niet uit het oog wordt verloren. Dat bepaalt tevens de grens van het nut van juridische begrippen voor andere wetenschappen.
- Ieder die voor het eerst met de onafzienbaarheid van het historisch feitenmateriaal – en de bronnen ervan – te maken krijgt, raakt daarvan onder de indruk. Een goede vuistregel bij beoordeling en selectie van al dat materiaal is om terug te kijken, naar het verleden van het tijdperk van onderzoek, en om vandaar niet vooruit te kijken, richting toekomst.
- Men zal zich bewust moeten zijn van witte plekken op de kaart, van dat wat bij het onderzoek onopgehelderd moest blijven. Een historicus heeft een zware verantwoordingsplicht. Deze betreft niet alleen de uitkomst van zijn onderzoek maar ook zijn selectie van de feiten.
- Het behoort tot de regels van de kunst van wetenschappelijke publicaties om duidelijk aan te geven waar conclusies berusten op bewijs en waar op aannemelijkheid of op een redenering, dus op *informed guesses*. Die regel geldt in het bijzonder voor historisch onderzoek.

Marc Bloch (1886-1944)

Tot slot keer ik terug naar de figuur van Marc Bloch en het simpele onderscheid dat hij maakte tussen *juger* en *comprendre*. En leg er een bloempje bij:

Marc Bloch was medievist. Hij was een belangrijk historicus en is een van de twee oprichters van de Franse historische school van de *Annales*. Bloch was een Fransman van joodse komaf. Hij vocht in de Eerste wereldoorlog en ging in de Tweede in het verzet.

De tekst waaruit werd geciteerd, de *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*,³⁰ schreef Bloch in de Tweede Wereldoorlog. Hij werd zowel vanwege zijn Jood-zijn als vanwege zijn verzetswerk vervolgd. Deze *Apologie* schreef Bloch uit zelfbescherming. Hij wilde vakman en vooral mens blijven tussen de barbaarsheden waarmee hij was en werd geconfronteerd. Kort daarna zou hij worden gepakt, gemarteld en geëxecuteerd.

Het dwingt bewondering af dat Bloch onder deze omstandigheden bereid èn in staat was het onderscheid tussen *juger* en *comprendre* centraal te stellen in zijn beschouwing over het handwerk van de historicus. De historicus Bloch was in staat zijn vervolgers niet te veroordelen.

Zonder twijfel behoort Marc Bloch tot de grote Fransen van zijn tijd.

Geraadpleegde literatuur

- A.S. de Blécourt, *Historisch en Juridisch Bewijs, oratie op 8 februari 1936, den 361en gedenkdag van de stichting der Leidse Universiteit*. Groningen 1936.
- Marc Bloch, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'Historien*, in Marc Bloch, *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, Quarto Gallimard, 2006 [Bloch (2006)], vertaald door Marleen Wessel als *Pleidooi voor de geschiedenis of geschiedenis als ambacht*. Nijmegen 1989 [Bloch/Wessel (1989)].
- E.H. Carr, *What is History?* Pelican Book, 1964.
- Robert Darnton, 'What is the History of Books?', in: *The Kiss of Lamourette. Reflections in Cultural History*, Faber and Faber, 1990 [Darnton (1990)].
- W.J. van der Dussen, *Filosofie van de geschiedwetenschappen*. Amersfoort 1993.
- J. van der Dussen, *Geschiedenis & beschaving*. Hilversum 2005.
- Niall Ferguson, *Virtual History, Alternatives and Counterfactuals*, Papermac 1997.
- Carlo Ginzburg, *De rechter en de historicus*, vertaald door Henny Vlot. Amsterdam 1992.
- S. Haffner *Over geschiedenis in Het Duitse Onvermogen*. Amsterdam 1988.
- H.R. Hoetink, *Historische rechtsbeschouwing*, rede uitgesproken op 10 januari 1949 bij gelegenheid van de 316^{de} dies natalis van de universiteit van Amsterdam. Haarlem 1949.
- H.R. Hoetink, 'Het begrip feit in Geschiedenis en Rechtswetenschap', in: P.B.M. Blaas, *Geschiedenis als wetenschap*, Martinus Nijhoff. Den Haag 1979.
- H.R. Hoetink, 'Les Notions Anachroniques dans l'historiographie du droit', in: *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 1955, p. 21 e.v.
- L. Jordanova, *History in Practice*. Arnold, 2000.
- E. van Meerkerk, *Achter de schermen van het boekbedrijf. Henri du Sauzet (1684-1754) in de wereld van de uitgeverij en boekhandel in de Republiek*. Amsterdam en Utrecht 2001.
- W.H. Roobol, 'De gedaanteverwisselingen van de chaos', in: *Theoretische Geschiedenis* 8.1 (1981).
- C.F.M. Schriks, C.F.J. Schriks, *Het kopijrecht, 16de tot 19de eeuw. Aanleidingen tot en gevolgen van boekprivileges en boekhandelsusanties, kopijrecht, verordeningen, boekenwetten en rechtspraak in het privaat-, publiek- en staatsdomein in de Nederlanden, met globale analoge ontwikkelingen in Frankrijk, Groot-Brittannië en het Heilig Roomse Rijk*. Zutphen 2004.
- J.M. Smits, bespreking van de inaugurele redes van L.C. Winkel en T.J. Veen, in: *R&R* 26.2 (1997), p. 155 e.v.
- M. Spiering, M. van Montfrans, J. Th. Leerssen, W.T. Eijsbouts (red.), *De weerspanningheid van de feiten*. Opstellen over geschiedenis, politiek, recht en literatuur aangeboden aan W.H. Roobol. Hilversum 2000.

30 Ik vraag aandacht voor de vertaling, al in 1989, van de *Apologie* door Marleen Wessel, door haar tevens voorzien van een –voortreffelijk– woord vooraf. Zie de opgave van geraadpleegde literatuur, hierna.

- R. van Vliet, 'Drukkers met haviksklauwen', in: *Spiegel der Letteren* 46 (2004), p. 367 e.v. [R. van Vliet (2004)].
- G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, derde druk. Zwolle 1988.
- L.C. Winkel, *Themis en Clio, bondgenoten of vijanden. Een beschouwing over waarheid in recht en geschiedenis*, inaugurele rede Rotterdam 13 januari 1994. Deventer 1994 [Winkel (1994)].

VAN KOPIJRECHT NAAR AUTEURSRECHT¹

1. Gedrukt werk

De Wet van 28 juni 1881, Stb. 124, tot regeling van het auteursrecht was de laatste wettelijke regeling van het auteursrecht vóór Nederland met de Auteurswet 1912 partij werd bij de Berner Conventie. De wet geeft een overgang te zien van oud naar nieuw, of nieuwer, recht. Aan de ene kant ging zij verder dan haar voorganger uit 1817, die slechts betrekking had op het drukken en uitgeven van ‘letter- en kunstwerken’. Zij regelde het recht om geschriften, plaat-, kaart-, muziek-, toneelwerken en mondelinge voordrachten ‘door den druk gemeen te maken’ en om dramatisch-muzikale werken en toneelwerken in het openbaar uit of op te voeren. Aan de andere kant stond het gedrukte werk nog steeds centraal. Althans, zo werd het in de memorie van toelichting gebracht: het ging om een regeling voor letterkundige werken en voor daaraan verwante werken die eveneens in de boekhandel verkrijgbaar waren.² Een grote lacune was het ontbreken van de bescherming van werken van beeldende kunst.

De bescherming van gedrukt werk had in 1881 al een lange voorgeschiedenis. Na de uitvinding van de boekdrukkunst en de daarop volgende vestiging van drukkerijen in elke belangrijke stad van Europa, gingen drukkers elkaars werk nadrukken. Soms gebeurde dat op kleiner formaat of op goedkoop papier, was de tekst slecht gecorrigeerd en werd het aldus nagedrukte werk onder de prijs van het origineel verkocht. Met de uitgave van gedrukte teksten waren veel grotere financiële belangen gemoeid dan met de productie van handschriften. Het lag daarom voor de hand dat naar een oplossing tegen deze ‘piraterij’ gezocht werd.

Die werd gevonden in de verlening van een privilege, ook octrooi genoemd, door de – wereldlijke of kerkelijke – overheid. In de Nederlanden werd het privilege in de landsheerlijke periode meestal door de landsheer verleend en in de tijd van de Republiek door de Staten-Generaal en de Staten van de gewesten. De verlening van privileges was voor de overheid tegelijk een middel om censuur uit te oefenen. Een privilege was uiteraard slechts geldig binnen het rechtsgebied van de overheid die het verleend had.

Het privilege werd meestal verleend aan de drukker, die gewoonlijk ook boekverkoper was. De drukker had natuurlijk kopij nodig, die hem door een auteur aangeleverd moest

¹ Deze bijdrage, een enigszins bekorte versie van M. Reinsma, ‘Inleiding’, in: *Auteurswet 1881. Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884* (met een inleiding van Mr. Marijke Reinsma, Zutphen 2006), p. 11-28, dient in deze aflevering van *Pro Memoria* als inleidend overzicht.

² MvT, Algemeen, § 2.

worden. De auteur verkocht zijn manuscript aan de drukker/boekverkoper en deze verkreeg daarmee het recht om het te kopiëren door de drukpers: het kopijrecht. Daarmee was voor de auteur de kous meestal af. Ook hij kon een privilege vragen en krijgen, maar dat was een uitzondering. In de praktijk was het de drukker/boekverkoper die als investeerder het meeste belang bij een privilege had. Maar wie het ook verkreeg, het privilege was het wapen geworden waarmee tegen nadrukken opgetreden kon worden. Het privilege kon een drukprivilege zijn – het alleenrecht om boeken te drukken – of een boekprivilege, dat verleend werd voor een bepaalde uitgave of bepaalde uitgaven. In de Nederlanden werden de eerste privileges in het begin van de zestiende eeuw verleend, in het buitenland gebeurde dat al iets eerder, aan het eind van de vijftiende eeuw.³

Het privilegestelsel kwam onder druk te staan na de omwenteling in 1795 die de Bataafse Republiek (1795-1806) bracht. Exclusieve privileges werden in strijd geacht met het beginsel van gelijke rechten van burgers. In Holland kwam een besluit tot stand⁴ dat geen nieuwe privileges verleend zouden worden, omdat die in strijd waren met de thans aangenomen grondbeginselen, waardoor ieder aanspraak kon maken op de beveiliging van zijn eigendom. Tegelijkertijd werd bepaald dat de boekverkoper die een oorspronkelijk werk uitgaf waarvan hij het kopijrecht had, kon optreden tegen nadruk en tegen invoer of verkoop van nadrukken die buiten Holland gemaakt waren. Zijn recht werd ‘een eigendom’ genoemd waarop ‘niemand buiten zijne toestemming aanspraak heeft’ (art. 2). De drukker riskeerde verbeurdverklaring van de nog aanwezige exemplaren van de nadruk, vergoeding van de waarde van al verkochte exemplaren en bij een tweede inbreuk een verbod om de boekhandel uit te oefenen. De invoerder of verkoper kreeg een boete, hij moest de nog voorhanden zijnde exemplaren afgeven en de waarde van al verkochte exemplaren vergoeden (art. 2).

In 1803 kwam er een wet die voor de gehele Bataafse Republiek gold, met globaal dezelfde inhoud als zo-even beschreven.⁵ Nu werd zelfs voorzien in verbanning van degene die zich voor de derde maal niet aan de regels hield. In 1808 kwam er nog een ‘ampliatie’ van de wet van 1803. Krachtens een decreet van Koning Lodewijk Napoleon werd nu ook bescherming geboden tegen het nagraveren of opnieuw graveren van gegraveerde platen, portretten, kaarten en topografische afbeeldingen.⁶

3 Zie voor een uitvoerige beschrijving van het privilegestelsel in Nederland en andere landen het prachtige boek van Chris Schriks, *Het kopijrecht, 16de tot 19de eeuw. Aanleidingen tot en gevolgen van boekprivileges en boekhandelsusanties, kopijrecht, verordeningen, boekenwetten en rechtspraak in het privaat-, publiek- en staatsdomein in de Nederlanden, met globale analoge ontwikkelingen in Frankrijk, Groot-Brittannië en het Heilig Roomse Rijk* (Zutphen 2004), p. 51-259.

4 Publicatie van het Provinciaal Bestuur van Holland van 8 December 1796, tekst in Schriks, *Het kopijrecht*, p. 688-691. De Publicatie werd voorafgegaan door een (voorlopig) Decreet van de Vergadering der Provisioneele Representanten van het Volk van Holland van 25 November 1795, tekst in Schriks, *Het kopijrecht*, p. 686-688. Zie verder Schriks, *Het kopijrecht*, p. 278-307.

5 Wet van de Bataafsche Republiek van 3 Juni 1803; tekst in Schriks, *Het kopijrecht*, p. 691-694.

6 Decreet van den Koning van Holland van den 3 December 1808, houdende ampliatie der Publicatie van 3 Junij 1803, betreffende het drukken en uitgeven van boeken, en het nadrukken van platen, kaarten enz.; tekst in Schriks, *Het kopijrecht*, p. 694-695.

Nog altijd was de bescherming primair gericht op het tegengaan van nadrukken, op de bescherming van degene die het recht van kopij had, in de wet van 1803 ook recht van uitgave genoemd. Dat was intussen de uitgever geworden in een betekenis die in de buurt komt van het moderne begrip. In de tweede helft van de achttiende en in de negentiende eeuw gingen de beroepen van drukker/boekverkoper/uitgever uiteen als gevolg van verdergaande specialisatie. Veel uitgevers lieten hun werk drukken bij zelfstandige, vaak kleine, drukkerijen. Alleen de grote uitgevers hadden doorgaans nog hun eigen drukkerij. In diezelfde tijd groeide ook een scheiding tussen uitgeverij en boekhandel.

De schrijver kwam nog steeds slechts in zeer indirecte zin aan bod. In de wet kwam het woord schrijver of auteur niet voor noch het woord 'kunstenaar' als de maker van werken van beeldende kunst. Weliswaar sprak art. 2 over de 'opsteller', maar dat was een aanduiding die betrekking had op de drukker of uitgever die de contouren voor een werk had 'opgesteld'.

2. Auteursrecht

Na de inlijving bij Frankrijk gold hier te lande in de jaren 1811-1813 Franse wetgeving. Deze verdient, ondanks de zeer korte geldingsduur, vermelding. Onder meer werd de Franse wet van 19/24 juli 1793 'sur la propriété littéraire et artistique' ingevoerd.⁷ Deze regelde de bescherming van schrijvers, componisten, schilders en tekenaars. Zij kregen een uitsluitend recht om hun werk te verkopen, te doen verkopen en te verspreiden. Deze regeling was op de auteur gericht en betrof niet alleen de schrijvende auteur, maar ook de beeldende kunstenaar. Hun recht was overdraagbaar. Het vererfde en eindigde tien jaar na de dood van de auteur.⁸ Deze wetgeving berustte op heel andere uitgangspunten dan hier te lande gangbaar waren. In de Code Pénal van 1810, die eveneens werd ingevoerd,⁹ waren in de artt. 425-429 bepalingen opgenomen over de strafsancities in geval van nadruk. Deze betroffen behalve de nadruk van geschriften ook die van muziekstukken, tekeningen en schilderijen die geheel of gedeeltelijk gedrukt waren in strijd met de wettelijke bepalingen 'relatifs à la propriété des auteurs' en de opvoering van toneelstukken.¹⁰ Verder werden vele decreten en wetten ingevoerd die de druk en de verspreiding van boeken, kranten en tijdschriften reglementeerden en die veel bureaucratie en veel censuur brachten.¹¹

Na het herstel van de onafhankelijkheid in 1813 werd de Franse wetgeving grotendeels weer ingetrokken. In januari 1814 kwam een Souverein Besluit tot stand¹² waarbij de Fran-

7 Executoir verklaard bij Decreet van 8 november 1810 (Décret impérial sur la mise en activité des lois Françaises dans les départemens des bouches du Rhin, et des bouches de l'Escaut et dans l'arrondissement de Breda).

8 Tekst van de wet, die 7 artikelen telde, bij Schriks, *Het kopijrecht*, p. 685-686.

9 Executoir verklaard bij bovengenoemd Decreet van 8 november 1810.

10 Schriks, *Het kopijrecht*, p. 364-367.

11 Schriks, *Het kopijrecht*, p. 359-389.

12 Besluit van den 24 Januarij 1814, no. 1, houdende bepalingen omtrent den Boekhandel en den eigendom van Letterkundige Werken, Stb. 1814, 17. Tekst in Schriks, *Het kopijrecht*, p. 701-703.

se wetten ‘betrekkelijk de boekdrukkerij en den boekhandel [...] geheel en al afgeschafft’ werden en de status quo ante hersteld werd: ieder die een oorspronkelijk werk uitgaf waarvan hij het ‘regt van copie’ had, verkreeg het uitsluitend recht om het werk uit te geven (art. 6) en om tegen nadruk en verkoop van nadrukken op te komen (art. 7). Opnieuw een kopijrecht als recht van de uitgever, niet van de auteurs. In de Noordelijke Nederlanden hadden de Franse opvattingen over auteursrecht geen ingang gevonden.

Anders was dat in de Zuidelijke Nederlanden, die er in 1814 bij gekomen waren. Zo kon het gebeuren dat in september 1814 een Souverein Besluit voor de Zuidelijke Nederlanden tot stand kwam waarbij weliswaar eveneens de Franse wetgeving ‘sur l’Imprimerie et la Librairie’ werd ingetrokken, maar dat in art. 5 bepaalde dat iedere schrijver van een oorspronkelijk werk het uitsluitend recht had om het ‘dans le Gouvernement de la Belgique’ te laten drukken en verkopen. Hij had dit recht gedurende zijn leven, en zijn weduwe en erfgenamen verkregen het na zijn dood gedurende hun leven (art. 5).¹³ Daar dus wel een auteursrecht.

Het kon na de eenwording natuurlijk niet bij twee soevereine besluiten blijven die ook op andere punten uiteen liepen.¹⁴ Er moest één wet komen. Maar welk van de twee uitgangspunten zou de wetgever kiezen?

3. De wet van 1817

In 1817 kwam er een wet ‘de regten bepalende die in de Nederlanden, ten opzichte van het drukken en uitgeven van letter- en kunstwerken, kunnen worden uitgeoefend’.¹⁵ De wet regelde het ‘regt van kopij of van kopiëren door den druk’. Dat werd omschreven als een uitsluitend recht van ‘auteurs’ en hun rechtverkrijgenden om hun werken ‘door den druk gemeen te maken, te verkoopen en te doen verkoopen’ (art. 1). De vertaler van buitenlands werk en zijn rechtverkrijgende hadden eenzelfde recht (art. 2). Het recht eindigde twintig jaar na de dood van de auteur en de vertaler (art. 3). De regeling betrof niet slechts ‘letterwerken’, maar ook ‘kunstwerken’.

Het ziet er uit als een compromis. Wel een uitsluitend recht voor de auteur en de vertaler; kunstwerken ook vermeld; een beperkte duur, terwijl het kopijrecht voordien in beginsel eeuwigdurend was. Daarin klonken de in het Zuiden geldende opvattingen door. Maar de auteur en de vertaler gaven uiteraard gewoonlijk niet in eigen beheer uit en hadden meestal de tussenkomst van een uitgever nodig om hun kopijrecht te kunnen uitoefenen. De bescherming bleef gericht op het gedrukte werk – het tegengaan van nadruk –, waarbij de uitgever het meest gebaat was. Een auteurswet was het daarom niet. Aan de wensen van het

¹³ Besluit van 23 september 1814, *Journal Officiel du Gouvernement de la Belgique*, no. 54. Tekst in Schriks, *Het kopijrecht*, p. 703, 704.

¹⁴ Vgl. Schriks, *Het kopijrecht*, p. 400, 401.

¹⁵ Wet van 25 januari 1817, *Stb.* 5. Tekst in Schriks, *Het kopijrecht*, p. 710-711.

Noorden was meer tegemoet gekomen dan aan die van het Zuiden, mogelijk ook omdat de boekhandel in het Noorden belangrijker was dan die in België.¹⁶

Bij 'letter- en kunstwerken' moest men denken aan boeken, prenten, afbeeldingen in boeken en dergelijke van schilderijen en tekeningen en aan gedrukte bladmuziek. Daar de wet alleen betrekking had op het drukken en uitgeven, werden werken van beeldende kunst slechts tegen nadruk beschermd voorzover zij in druk konden verschijnen.

Al spoedig na de totstandkoming van de wet kwamen de gebreken aan het licht. Onduidelijk was bijvoorbeeld wat precies onder 'kunstwerken' moest worden verstaan; de wet gold niet voor kerkboeken, psalmboeken en schoolboeken (art. 5); en er was geen regeling van het op- en uitvoeringsrecht voor toneel- en muziekwerken.¹⁷ Maar ook ontbraken overgangsbepalingen en werd oude wetgeving niet expliciet ingetrokken.

Al in 1828 werd door enige boekhandelaren een ontwerp van wet met een memorie van toelichting aan de regering aangeboden.¹⁸ In 1830 had de regering een nieuw ontwerp gereed, maar vanwege de afscheiding van België werd dat niet ingediend. In 1860 bood de Vereniging ter bevordering van de belangen des Boekhandels de regering een 'ontwerp eener wettelijke regeling van het kopijrecht' aan. Het is als bijlage gevoegd bij de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de wet van 1881 heeft geleid en is bij de voorbereiding van het wetsontwerp gebruikt. Het komt vele malen ter sprake in de stukken. Het wetsontwerp werd in 1877 ingediend.

4. De wet van 1881

De wet van 1881 was met zijn 30 artikelen heel wat uitvoeriger dan de wet uit 1817 en ging ook verder.

De auteur kreeg een uitsluitend recht om geschriften, plaat-, kaart-, muziek-, toneelwerken en mondelinge voordrachten 'door den druk gemeen te maken' (art. 1). Nieuw was dat de wet ook gold voor mondelinge voordrachten (art. 1), voor 'verzamelingswerken', dat wil zeggen tijdschriften en uitgaven door verenigingen en dergelijke (art. 2, eerste lid onder a en b en tweede lid) en voor anoniem en onder pseudoniem verschenen werken (art. 3). Kerkboeken en schoolboeken waren niet langer uitgezonderd. In het ingediende ontwerp was nog wel een uitzondering opgenomen voor de bloemlezing voor schoolgebruik (art. 6). Tegen die uitzondering kwamen zoveel bezwaren dat die in het gewijzigd ontwerp geschrapt is (artikel 7 nieuw/vgl. artikel 6 oud).

Er werd een regeling voor vertalingen opgenomen. Dat was niet zo verwonderlijk. Vertalingen van buitenlands werk en het tegengaan van nadrukken daarvan waren al lang be-

¹⁶ Schriks, *Het kopijrecht*, p. 421-422.

¹⁷ Vgl. de memorie van toelichting bij de Wet van 1881, Algemeen, § 1. Een uitgebreide bespreking van de tekortkomingen vindt men bij H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht* (diss. Utrecht 1909), p. 44 e.v.

¹⁸ De Beaufort, *Het auteursrecht* (1909), p. 47.

langrijk voor Nederland met zijn lange traditie in het drukken en uitgeven, en in die bescherming was dan ook sinds lang voorzien. In de wet van 1817 was het kopijrecht van de auteur en dat van de vertaler op dezelfde manier geregeld. In aansluiting daarop kreeg de vertaler met betrekking tot zijn eigen vertaling auteursrecht, althans hij werd met een auteur gelijkgesteld (art. 2 onder c).

Het kopijrecht van de auteur strekte zich onder de wet van 1817 uit tot de vertaling van zijn werk (art. 1). Daarvoor gold de normale duur van het leven van de auteur en twintig jaar. Het zogenaamde ‘vertalingsrecht’ van de auteur van het oorspronkelijke werk werd nu enigszins beperkt. Ingeval van uitgegeven werk moest de auteur zich het recht van vertaling uitdrukkelijk voorbehouden, terwijl de vertaling binnen drie jaar moest verschijnen (art. 5). Als de vertaling verscheen, mocht gedurende vijf jaar geen andere vertaling uitgegeven worden (art. 16, tweede lid).

Voor uitgegeven werk gold, evenals in eerdere wetgeving, dat het in Nederland uitgegeven moest zijn; naast Nederland werd thans ook Nederlands-Indië genoemd (art. 27). Rechten van in het buitenland verschenen werk moesten bij verdrag geregeld worden. Het recht van de vertaler met betrekking tot zijn eigen vertaling leverde daarbij niet zoveel problemen op. Maar het vertalingsrecht van de auteur van het oorspronkelijke werk werd in Nederland, anders dan in sommige andere landen, niet erkend voor buitenlandse auteurs. Vertalingen van buitenlands werk werden gemaakt zonder toestemming van de auteur van het oorspronkelijke werk. In de verdragen die Nederland vanaf de jaren vijftig met enkele landen had gesloten – zie hieronder, 6 – was wel het recht van de vertaler geregeld, maar het vertalingsrecht van de auteur van het oorspronkelijke werk was uitgesloten, meestal uitdrukkelijk. Deze ‘vrijheid van vertaling’ werd als een groot goed gezien, zoals blijkt uit de discussies in de Tweede Kamer over de goedkeuring van de verdragen. Het vertalingsrecht was een belangrijk obstakel voor toetreding tot de Berner Conventie – zie ook hieronder, 7.

Nieuw was ook de invoering van een uitsluitend recht tot opvoering van toneelwerken en tot uitvoering van dramatisch-muzikale werken (art. 1). Volgens het ingediende ontwerp zou het uitvoeringsrecht niet slechts voor dramatische-muzikale werken (opera’s, oratoria en dergelijke) gelden, maar voor muziekwerken in het algemeen. Volgens de memorie van toelichting¹⁹ was het wezen van het recht van auteurs de ‘uitsluitende bevoegdheid tot reproductie van hun werk voor het publiek’. En als een werk zich voor verschillende soorten van reproductie leende, moest op alle vormen acht worden geslagen.

Over deze laatste rechten liepen de meningen uiteen. ‘Vele leden’ waren van oordeel dat hier een dubbel recht gegeven werd aan schrijvers van toneelstukken en aan componisten. Dat was onbillijk tegenover schrijvers van stukken die niet voor opvoering vatbaar waren. Het auteursrecht hoorde verloren te gaan zodra het toneelstuk of het muziekstuk gedrukt was.²⁰ De regering retireerde in zoverre dat in het gewijzigd ontwerp de regeling van het

¹⁹ MvT, Algemeen, § 2.

²⁰ VV II, § 2 s.v. Opvoeringsregt.

uitvoeringsrecht beperkt werd tot dramatisch-muzikale werken. Bovendien moest bij uitgave van het werk het uit- en opvoeringsrecht voorbehouden worden (art. 12) en zou de duur dan beperkt zijn tot tien jaar (art. 15, tweede lid).

Voor de beperking tot dramatisch-muzikale werken werd als argument aangevoerd dat dit consequenter was. Daar geen opvoeringsrecht erkend werd voor het declameren van een dichtstuk, maar alleen voor dramatische werken, zou ook het uitsluitend opvoeringsrecht tot dramatische werken beperkt moeten worden. ‘Trouwens’, werd daar nog aan toegevoegd, ‘alleen bij deze soort van muziekwerken bestaat de behoefte aan een uitsluitend uitvoeringsrecht, ook na de uitgave’.²¹ Toen een aantal jaren later, in 1884, het muziekuivoeringsrecht weer aan de orde was bij de behandeling van een ontwerp tot goedkeuring van een verdrag met Duitsland (zie hieronder, 6) zei de regering van toen, die wetswijziging op dit punt toezegde, dat destijds ‘op niet zeer gewichtige gronden’ teruggekomen was op het ontwerp zoals het ingediend was.²² In het voorlopig verslag werd opgemerkt dat dit toen mede gebeurd was op aandrang van het bestuur van de Vereniging ter bevordering van de belangen des Boekhandels.²³

De wet van 1881 kende, evenals eerdere wetgeving, een wettelijk depot (artt. 10, 11). Twee exemplaren van het werk moesten bij het ministerie van Justitie ingezonden worden. Eén bleef bij het ministerie, het andere ging naar de Koninklijke Bibliotheek.²⁴ Het ministerie hield een register aan dat openbaar was (art. 11, tweede lid) en waarin men dus kon nagaan of er auteursrecht op een werk bestond. Bovendien werd in de *Staatscourant* maandelijks opgaaf gedaan van de ingezonden werken (art. 11 derde lid). In Nederlands-Indië was de ‘directeur van Justitie’ belast met de taken die in Nederland aan het ministerie opgedragen waren en werd de opgave geplaatst in de *Javasche Courant* (art. 28, tweede lid). *Staatscourant* en *Javasche Courant* namen elkaars opgaven zo spoedig mogelijk over (art. 28, derde lid).

Zoals blijkt, was de wet van 1881 een wet die niet langer in de eerste plaats het recht van uitgevers regelde, maar dat van auteurs, zij het slechts van sommige. Dat bracht ook discussies over de theoretische grondslag van het auteursrecht met zich mee. Moest die gezocht worden in de utiliteit – zonder beloning zal een auteur op den duur niet in staat zijn nog te produceren – of in de billijkheid – een arbeider heeft recht op loon – of in beide? In dat verband is ook sprake van de ‘letterkundige of intellectuele eigendom’ als grondslag, maar, en dat is verwarrend voor de lezer van nu, die werd als een verouderd denkbeeld gezien. De regering verzekerde in de memorie van antwoord dat zij geen ‘zoogenaamde intellectueelen eigendom’ erkende²⁵ en bij de openbare behandeling voegde minister Modderman daaraan toe dat de uitdrukking ‘intellectueel eigendom’ alleen maar tot spraakverwarring en misverstand leidt.

21 MvA II, Algemeen, § 2 s.v. Opvoeringsrecht.

22 Memorie van toelichting Goedkeuringswet, Zitting 1884-1885, Bijlagen Tweede Kamer, 16-3, p. 6.

23 Zitting 1884-1885, Bijlagen Tweede Kamer, 66-3, § 5.

24 MvA II, art. 10.

25 MvA II, Algemeen, § 1.

Het was een onderwerp dat de gemoederen in die tijd zeer bezighield. In 1877 – het ontwerp voor de wet van 1881 was net ingediend – vergaderde de Nederlandse Juristenvereniging onder meer over het onderwerp ‘Naar welk rechtsbeginsel moet de Staat de rechten van schrijvers en kunstenaars op het product van hun arbeid regelen?’ Een van de vraagpunten was of de wetgever uit moest gaan van het denkbeeld van letterkundige of intellectuele eigendom. Die vraag werd door de meerderheid ontkennend beantwoord. Ook de beide preadviseurs moesten niets van het idee hebben. Als men de preadviezen en het verslag van de vergadering leest, lijkt als belangrijkste bezwaar naar voren te komen dat het eigendomsrecht eeuwigdurend is, terwijl iedereen het erover eens was dat de duur van het auteursrecht beperkt moest zijn. Een ander bezwaar was dat eigendom geacht werd een stoffelijk object te hebben, waarvan hier geen sprake was.²⁶ Dit laatste werd ook door minister Modderman aangevoerd: eigendom veronderstelt de mogelijkheid van volkomen fysieke heerschappij.²⁷ De eigendom als denkvorm in dit verband ging terug op het natuurrecht.²⁸

In het wetsontwerp over het auteursrecht op werken van beeldende kunst was het recht van de ‘vervaardiger van het kunstwerk’ zoals het heette (art. 1) op dezelfde manier geformuleerd als het recht van de auteur in artikel 1 van de wet van 1881. Een discussie over de grondslag van het auteursrecht bleef hier echter achterwege. Misschien was de Tweede Kamer tevreden gesteld door wat bij een eerdere gelegenheid door de regering naar voren was gebracht, misschien ook vond zij dat er nu belangrijker zaken aan de orde waren.

Andere belangrijke discussiepunten waren de duur en de handhaving. Volgens de wet van 1817 verviel het auteursrecht twintig jaar na de dood van de auteur of de vertaler (art. 3). Nu werd dat, na veel, soms vermakelijke, discussies, vijftig jaar na de eerste uitgave (art. 13). De handhaving was in de wet van 1817 ‘bij uitstek gebrekkig’ geregeld²⁹ en daardoor een bron van onzekerheid.³⁰ Burgerlijke rechtsoverdracht en strafactie werden nu duidelijk gescheiden; voor de strafactie werd aangesloten bij het ontwerp voor het Wetboek van Strafrecht.³¹

26 Preadviezen door J. Fresemann Viëtor en N. de Ridder, in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* (1877), p. 34-98. Verslag van de zittingsdag waarop dit onderwerp behandeld werd, achter de *Handelingen*, p. 1-72.

27 *Handelingen II*, Algemeen.

28 Zie *Auteursrecht in wording*, Openbare les Utrecht 1947 van E.D. Hirsch Ballin, in: *Auteursrechtelijke Opstellen. Een keuze uit het werk van Prof. Dr. E.D. Hirsch Ballin* (Deventer 1970), p. 15-17.

29 MvT, Algemeen, § 6.

30 Schriks, *Het kopijrecht*, p. 426-427.

31 MvT, Algemeen, § 6; art. 18-23.

5. Het wetsontwerp van 1884³²

De wet van 1881 gold niet voor voortbrengselen van schilder- en beeldhouwkunst. Volgens de memorie van toelichting was 'algemeen erkend' dat voor 'kunstwerken in engeren zin' niet dezelfde voorschriften kunnen dienen die voor geschriften passend zijn.³³ Daarbij werd naar Duitsland verwezen, waar ook twee afzonderlijke wetten tot stand gebracht waren.³⁴ Als er behoefte bestond aan een wettelijke regeling, zou die in een afzonderlijke wet neergelegd moeten worden.

Wel werden in de opsomming van werken in art. 1 ook 'plaatwerken' genoemd. Gravures, etsen, en dergelijke waren 'als voorwerpen van den boekhandel', zoals de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 1884 het uitdrukte (MvT, Algemeen, § 1), beschermd tegen nadruk. Daarmee werd de rechtstoestand zoals die onder de wet van 1817 bestond gehandhaafd. Dat betekende dat de graveur en de etser, de nabootsers, bescherming genoten, maar de beeldende kunstenaar van wiens werk gebruik was gemaakt niet. Zijn toestemming was niet nodig en hij bleef verstoken van mogelijke materiële voordelen. Dat op zich was al vreemd. Maar bovendien hadden sinds 1817 allerlei nieuwe reproductie-technieken hun intrede gedaan. Nieuwe grafische methodes waren ontwikkeld, bijvoorbeeld de lithografie en de staalgravure, de fotografie was opgekomen, de etstechniek verbeterd.³⁵ De nieuwe technieken werden ook in Nederland volop toegepast.³⁶ Op de noodzaak van ingrijpen door de wetgever was al gewezen.

Bij de al genoemde vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van 1877 was ook een vraagpunt of de wet in het algemeen belang een recht van uitsluitende reproductie moest geven, waarbij geen onderscheid gemaakt werd tussen 'schrijvers' en 'kunstenaars'. De meerderheid beantwoordde die vraag bevestigend.

In 1879 hadden twintig Haagse kunstschilders onder aanvoering van Jozef Israëls een adres aangeboden aan de Tweede Kamer, die toen bezig was met de behandeling van het wetsontwerp dat tot de wet van 1881 zou leiden. Kunstwerken, zo betoogden zij, konden vrijelijk gereproduceerd worden zonder toestemming van de kunstenaar. Dit misbruik had in Nederland in de laatste jaren een dusdanige omvang aangenomen dat de tussenkomst van de wetgever hier niet minder nodig was dan voor de letterkundige schrijver en de toonkunstenaar. Zij pleitten er daarom voor om het wetsontwerp alsnog aan te vullen met bepa-

³² Over de argumenten die in verband met het wetsontwerp van 1884, en ook al eerder, naar voren werden gebracht en over de belangen en achtergronden die een rol speelden, is inmiddels uitvoeriger geschreven door Ligtenstein. Naar haar bijdrage zij hier verwezen (A. Ligtenstein, 'Het ontwerp van wet tot regeling van het auteursrecht op werken van beeldende kunst (1884). Meer dan kunstenaars alleen ...', in: *Pro Memorie* 7.2 (2005), p. 297-308).

³³ MvT, Algemeen, § 2.

³⁴ Wet van 11 juni 1870 betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen und dramatischen Werken; Wet van 9 januari 1876 betreffend das Urheberrecht an Werke der bildende Künste.

³⁵ Zie de interessante dissertatie van R.M. Verhoogt, *Kunst in reproductie. De reproductie van kunst in de negentiende eeuw en in het bijzonder van Ary Scheffer (1785-1858), Jozef Israëls (1824-1911) en Lourens Alma-Tadema (1836-1912)* (Amsterdam 2004), p. 43-82.

³⁶ Zie bijv. Verhoogt, *Kunst in reproductie*, p. 43-82.

lingen ter bescherming van de beeldende kunsten en de regeling van dit deel van het auteursrecht niet op te schuiven naar later.³⁷

In 1884 werd een ontwerp ingediend ter regeling van het auteursrecht op werken van beeldende kunst. De 'vervaardiger' van werken van beeldende kunst zou een uitsluitend recht krijgen om te kopiëren, na te bootsen, af te beelden en te verveelvoudigen langs mechanische weg (art. 1). In de memorie van toelichting werd erop gewezen dat juist door reproductie langs mechanische weg zoals graveren, afgieten, afstempelen, fotografie 'een andere ofschoon somtijds lagere kunstvorm (werd) verkregen, door welke de winstgevendende verveelvoudiging van het oorspronkelijke kunstwerk mogelijk wordt'. Door de nieuwe regeling zou de kunstenaar de vruchten van zijn arbeid kunnen genieten (MvT, Algemeen, § 2, § 3). Verwezen werd naar soortgelijke wetgeving in Duitsland, Engeland en Frankrijk (MvT, Algemeen, § 1). De regeling was met name bedoeld voor werken van de schilder-, teken- en beeldhouwkunst (MvT, Algemeen, § 2).

Uitgesloten waren werken van de bouwkunst, bouwkundige tekeningen en modellen waren wel beschermd (art. 1, tweede lid). Een voltooid bouwwerk, of dat nu kunstwaarde had of alleen industriële of gebruikswaarde, was voor iedereen toegankelijk en zichtbaar en vormde een deel van de stad of het dorp waarin het stond. Het ging niet aan daarop een recht voor te behouden (MvA ii, art.1).

Ook voor werken van beeldende kunst zou, evenals voor letterkundige werken, de regel gelden dat het auteursrecht verviel als niet een beschrijving van het kunstwerk, eventueel vergezeld van een exemplaar van de verveelvoudiging, werd ingezonden (art. 7) en wel bij het Departement van Binnenlandse Zaken, omdat de openbare kunstverzamelingen onder dat departement vielen (MvT, Algemeen, § 4). De termijn, van dertig dagen, ging lopen als het kunstwerk voor de eerste maal werd geleverd of tentoongesteld of openlijk te koop of ter bezichtiging werd aangeboden. De duur van het auteursrecht was evenals in de wet van 1881 vijftig jaar, in dit geval gerekend vanaf de dagtekening van het bewijs van ontvangst dat de inzender ontving (art. 9).

Het ontwerp werd kritisch ontvangen door de Tweede Kamer. Deze was van mening dat niet gebleken was dat de 'vervaardigers van voorwerpen van beeldende kunst' de hier voorgestelde bescherming verlangden en dat de regering volkomen in gebreke was gebleven de behoefte aan een dergelijke bescherming aannemelijk te maken.³⁸ Een gewijzigd ontwerp van wet bracht de Kamer niet tot andere gedachten. Tot een openbare behandeling kwam het niet. Het ontwerp werd, zoals het reglement van orde van de Tweede Kamer in die tijd eiste als een wetsontwerp in een zitting onafgedaan was gebleven,³⁹ opnieuw ingediend in 1886 en in 1887. En dat was alles.

³⁷ Het adres is niet gedrukt. De inhoud is weergegeven in het verslag van de rapporteur Mackay van de Tweede Kamer. Het adres werd niet in behandeling genomen, maar ter griffie gedeponneerd, daar het betrekking had op een aanhangig wetsontwerp (Handelingen Tweede Kamer, Zitting 1878-1879, Bijlagen, p. 903-904).

³⁸ VV II, Algemeen.

³⁹ J.G. Pippel, *Het reglement van orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Zijn geschiedenis en toepassing* (Den Haag 1950), p. 57.

De regeling in het wetsontwerp van 1884 vertoonde zeer sterke overeenkomsten met de regeling die in 1881 wet was geworden wat betreft de indeling, de opzet, de formulering, de inhoud. Men zou denken dat het eenvoudiger was geweest om die maar meteen mee te nemen in het eerdere wetsontwerp. Het zou wel eens kunnen zijn dat de regering dat bewust niet gedaan heeft omdat zij bang was dat dan het hele wetsontwerp zou stranden op de regels voor werken van beeldende kunst. Gezien het lot van het wetsontwerp van 1884 was die vrees gerechtvaardigd.

6. Bilaterale verdragen

Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp voor de wet van 1881 en die bij het wetsontwerp van 1884 blijkt dat voor beide ontwerpen een degelijke studie van buitenlands recht was gemaakt. 'De belangrijke vooruitgang die in de buitenlandsche wetgeving over dit onderwerp valt waar te nemen, is een prikkel te meer tot herziening onzer gebrekkige bepalingen. De inhoud der voorgestelde regeling moge blijken dragen, dat de voornaamste buitenlandsche wetten, regelende het auteursrecht, zijn geraadpleegd', aldus de memorie van toelichting bij het wetsontwerp voor de wet van 1881.⁴⁰ Vooral de toen nieuwe Duitse wetgeving lijkt een belangrijke bron geweest te zijn. Maar bij bijvoorbeeld een heikel onderwerp als de duur van het auteursrecht (art. 13; art. 12 Ontwerp) verwees de regering naar Duits, Engels, Frans en Noors recht en naar een Belgisch en een Zweeds wetsontwerp. En van de kant van de Tweede Kamer werden bovendien genoemd het Noord-Amerikaanse en het Zwitserse recht.

Ook in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 1884 werd, na een kort overzicht van de ontwikkelingen in Duitsland, Engeland en Frankrijk, verwezen naar buitenlandse rechtsstelsels. Zij waren voor de regering een reden om het wetsontwerp in te dienen, nadat zij had gesteld dat de aanspraak van 'kunstenaars' op bescherming van hun werken op dezelfde gronden steunde als die van schrijvers tegen nadruk. In het voorlopig verslag van de Tweede Kamer werd, zoals bleek, met die redenering korte metten gemaakt. De regering had niet aannemelijk gemaakt dat er behoefte bestond aan een regeling. 'Het beroep op hetgeen in het buitenland geschiedt kon daarvoor wel niet in de plaats treden'.⁴¹

Een van de redenen waarom aansluiting gezocht werd bij het recht in andere landen was dat daardoor de mogelijkheid vergroot werd om tot internationale verdragen te komen, 'tractaten', waarbij wederkerig bescherming verleend werd. De kans op een verdrag tussen twee landen was uiteraard groter naarmate de wetgeving in die landen meer overeenstemde. Mede met het oog op bestaande en eventueel te sluiten verdragen achtte de regering het noodzakelijk ook een wettelijke regeling van het auteursrecht op werken van beeldende

⁴⁰ MvT, Algemeen, § 1.

⁴¹ VV II, Algemeen.

kunst in het leven te roepen, aldus de memorie van toelichting.⁴² Ook in de parlementaire geschiedenis van de wet van 1881 komt op verschillende plaatsen de noodzaak naar voren om de Nederlandse wetgeving af te stemmen op die in andere landen teneinde het sluiten van verdragen niet te bemoeilijken. Bijvoorbeeld naar aanleiding van het auteursrecht van de vertaler (art. 2 onder c), het vertalingsrecht van de auteur van het oorspronkelijke werk (art. 5) en de duur (art. 13; art. 12 Ontwerp).

Over het belang van verdragen was wel eens anders gedacht. Nederland had in de negentiende eeuw verdragen met Frankrijk, België en Spanje, alle gericht op het weren van nadruk van wetenschappelijke en letterkundige werken. Die met Frankrijk en Spanje waren op verzoek van die landen tot stand gekomen, dat met België kwam ook uit een Nederlandse wens voort.⁴³ Het verdrag met Spanje heeft tot 1882 gegolden, die met Frankrijk en België bleven tot in de twintigste eeuw van kracht.

Met Frankrijk kwam in 1855 een verdrag tot stand⁴⁴ als uitvloeisel van een afspraak in een handels- en scheepvaartverdrag uit 1840. In 1860 volgde nog een additionele overeenkomst over het opnemen van Frans werk in bloemlezingen voor het onderwijs.⁴⁵ In 1884 werden het verdrag uit 1855 en de additionele overeenkomst uit 1860, die inmiddels niet meer van kracht waren, opnieuw in werking gesteld en uitgebreid tot (nadruk van) muziekwerken. Dat gebeurde in de vorm van een verklaring bij een handelsverdrag tussen Frankrijk en Nederland.⁴⁶ Die verklaring was overigens slordig geredigeerd. Zo was daarin ook sprake van 'kunsteigendom'. In de Tweede Kamer werd opgemerkt dat men de kunsteigendom niet alsnog kon beschermen door het verdrag van 1855, dat daarop geen betrekking had, weer in werking te stellen.⁴⁷ De regering antwoordde dat die opmerking juist was.⁴⁸

Met België werd in 1858 een verdrag gesloten⁴⁹ dat vrijwel hetzelfde luidde als het verdrag met Frankrijk van 1855. Dit verdrag was volgens de regering voor beide partijen van meer rechtstreeks belang dan het verdrag met Frankrijk. Niet alleen hadden de Nederlandse en de Belgische boekhandel er jarenlang voor geijverd. Maar ook werd in art. 3 van het verdrag een belangrijk beginsel neergelegd, namelijk dat het Nederlands en het Vlaams voor de toepassing van het verdrag als een en dezelfde taal werden beschouwd, zodat een herdruk in het Nederlands van een in het Vlaams uitgegeven boek als nadruk zou worden beschouwd en omgekeerd.⁵⁰

42 MvT, Algemeen, § 1.

43 Zie over deze verdragen ook L. de Vries, 'Historische achtergrond van de Auteurswet 1912 en de Nederlandse toetreding tot de Berner Conventie', in: AMI (1990), p. 108-110.

44 Goedgekeurd bij de wet van 12 juli 1855, Stb. 101; tekstplaatsing in Stb. 1855, 107.

45 Stcrt. 7 juli 1860, no. 133.

46 Het handelsverdrag werd goedgekeurd bij de wet van 20 juli 1884, Stb. 169; tekstplaatsing in Stb. 1885, 176.

47 Verslag ontwerp Goedkeuringswet, Zitting 1883-1884, Bijlagen Tweede Kamer, 229-10, § 2.

48 Nota van inlichtingen ontwerp Goedkeuringswet, Zitting 1883-1884, Bijlagen Tweede Kamer, 229-12, § 2.

49 Goedgekeurd bij de wet van 28 december 1858, Stb. 119; tekstplaatsing in Stb. 1859, 41.

50 Memorie van toelichting Goedkeuringswet, Zitting 1858-1859, Bijlagen Tweede Kamer, L. 3, p. 289.

Het verdrag met Spanje kwam in 1862 tot stand. Later dat jaar trad een nieuwe regering aan, het tweede kabinet-Thorbecke (1862-1866). Deze diende een wetsontwerp tot goedkeuring van het verdrag in, maar tekende in de memorie van toelichting aan dat dit vooral gebeurde omdat het verdrag nu eenmaal gereed was en omdat Spanje het verdrag zo graag wilde. De regering zag voor het overige het nut van dergelijke verdragen voor Nederland niet in en zij was ook niet van plan nog andere verdragen van dien aard te sluiten.⁵¹

Inderdaad hebben in de negentiende eeuw geen andere verdragen over het auteursrecht het Staatsblad bereikt. Maar niet omdat latere regeringen geen verdragen wilden sluiten. In 1884 werd een verdrag met Duitsland gesloten. Door Duitsland was al lang op een verdrag aangedrongen en in 1874 had de regering zich daartoe ook bereid verklaard, maar zolang de nieuwe auteurswet van 1881 er niet was, konden de onderhandelingen niet verder komen. Nu, in 1884, nam de regering een voorschot op het in dat jaar ingediende wetsontwerp tot regeling van het auteursrecht op werken van beeldende kunst. Want het verdrag met Duitsland ging verder dan de al bestaande verdragen en betrof de wederzijdse bescherming van het auteursrecht op werken van letterkunde en kunst. Duitsland had dan ook, zoals hierboven al bleek, nieuwe wetgeving aanvaard, in 1870 betreffende het auteursrecht op drukwerken, plaatwerken, muzikale en dramatische werken, en in 1876 betreffende het auteursrecht op werken van beeldende kunsten.

Het wetsontwerp tot goedkeuring van het verdrag is echter niet verder gekomen dan een voorlopig verslag van de Tweede Kamer.⁵² De meerderheid van de Kamer zag geen aanleiding om tot goedkeuring van het verdrag te besluiten en nam het de regering nogal kwalijk dat deze met het verdrag had ingestemd. De regering zag daarop van verdere behandeling af. De bezwaren betroffen vooral het muziekuitvoeringsrecht en het vertalingsrecht van de auteur van het oorspronkelijke werk.

Het muziekuitvoeringsrecht was, zoals boven bleek, in de wet van 1881 ongeregeld gelaten. Nu deelde de regering mee dat zij na goedkeuring van het verdrag een wetswijziging op dit punt wilde voorbereiden. Een deel van de Kamer zag hier inderdaad een leemte, een deel vond dat de auteur voldoende bescherming vond in het verbod op nadruk.

Het vertalingsrecht van de auteur van het oorspronkelijke werk werd in dit verdrag geregeld en de duur ervan werd verlengd van de volgens de wet van 1881 geldende termijn van vijf jaar naar tien jaar. Dat betekende dat een Nederlandse uitgever een Duitse auteur tien jaar lang om toestemming zou moeten vragen, en voor het verkrijgen daarvan waarschijnlijk een vergoeding zou moeten betalen, en dat hij pas daarna vrijelijk tot vertaling kon overgaan. Dat was niet in het belang van de Nederlandse uitgevers, vonden de meeste leden. Bovendien werd de auteur zelf helemaal niet benadeeld door de vertaling van zijn werk, want het oorspronkelijke werk werd hier toch maar door een enkeling gelezen. Ook

⁵¹ Memorie van toelichting Goedkeuringswet, Zitting 1862-1863, Bijlagen Tweede Kamer, Cl. 3, p. 1328. (Het verdrag is goedgekeurd bij de wet van 27 juni 1863, Stb. 86; tekstplaatsing in Stb. 1863, 115.)

⁵² Zitting 1884-1885, Bijlagen Tweede Kamer, 66-3.

hier dachten sommige leden er anders over. Zij vonden een vertaling zonder toestemming onrechtmatig en wilden aansluiten op wat internationaal gebruikelijk werd.⁵³

Men moet aannemen dat ook tegen de bescherming van werken van beeldende kunst overwegende bezwaren bestonden, gezien het lot van het in 1884 ingediende wetsontwerp. Men komt ze echter niet tegen in het voorlopig verslag. Misschien omdat de regering zo verstandig geweest was om voor die werken in het verdrag een overgangsbepaling op te nemen: die bescherming zou pas gelden als het onderwerp ook in Nederland wettelijk geregeld was.⁵⁴ Wel werd, heel in het algemeen, opgemerkt, dat wijziging van de eigen wetgeving vooraf had moeten gaan aan het sluiten van de overeenkomst.⁵⁵

Deze zelfde onderwerpen, maar vooral het vertalingsrecht voor in het buitenland uitgekomen werk,⁵⁶ vormden een belemmering voor de toetreding van ons land tot de Berner Conventie. Want het werk daaraan vorderde gestaag. Tussen 1884 en 1886 vonden drie diplomatieke conferenties plaats. Bij de laatste was de Conventie gereed voor ondertekening.

7. Berner Conventie

De Berner Conventie wordt niet genoemd in de memorie van toelichting op het wetsontwerp tot regeling van het auteursrecht op beeldende kunsten, dat in februari 1884 werd ingediend, noch in de latere stukken van 1885. Maar in de memorie van toelichting op de wet waarbij het verdrag met Frankrijk van 1855 opnieuw in werking werd gesteld werd melding gemaakt van de diplomatieke conferentie die later dat jaar, 1884, in Bern zou plaatsvinden.⁵⁷ En bij de mondelinge behandeling van het wetsontwerp tot goedkeuring van het verdrag las de minister van Buitenlandse Zaken een deel van een brief voor die juist die dag, 3 juli 1884, uit Bern was ontvangen en waarbij een ontwerpverdrag was toegezonden.

Nederland was bij de eerste twee diplomatieke conferenties over de ontwerpconventie vertegenwoordigd. Niet bij de laatste. Bij de opening daarvan werd meegedeeld dat van Nederland, Noorwegen, Oostenrijk-Hongarije en Zweden een verklaring was ontvangen dat het nationale recht het moeilijk maakte toe te treden tot de Conventie. De Conventie trad op 5 december 1887 in werking, na bekrachtiging door negen landen, waaronder zeven Europese: België, Frankrijk, Duitsland, Italië, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. De eerste herzieningsconferentie vond in 1896 plaats in Parijs. Nederland was ook daar niet vertegenwoordigd.⁵⁸

53 Voorlopig verslag, § 4.

54 Slotprotocol sub 5°. Het verdrag is opgenomen in Zitting 1884-1885, Bijlagen Tweede Kamer, 16-4, p. 9-12.

55 Voorlopig verslag, § 2.

56 De Beaufort, *Het auteursrecht* (1909), p. 68.

57 Zitting 1883-1884, Bijlagen Tweede Kamer, 229-3.

58 Alfredo Ilardi and Michael Blakeney (ed.), *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties* (Oxford 2004), p. 87-95.

In 1898 werd door voorstanders van toetreding door Nederland tot de Berner Conventie een 'Berner-Conventie-Bond' opgericht. Er waren drie redenen waarom toetreding tot de Berner Conventie noodzakelijk werd geacht: er zou een einde komen aan het nadrukken van boeken en muziek, er zou een einde komen aan het reproduceren van schilderijen, tekeningen en dergelijke zonder toestemming van de maker en het vertalingsrecht van de auteur van het oorspronkelijke werk zou beter geregeld worden. De Bond telde letterkundigen, beeldende kunstenaars, journalisten, uitgevers en andere belanghebbenden onder zijn leden.⁵⁹ Ook de Vereeniging van Letterkundigen, die in 1905 werd opgericht, bepleitte toetreding. In de Tweede Kamer zette vooral Prof. Mr. W. van der Vlugt, hoogleraar te Leiden, zich daarvoor in.⁶⁰

In 1908 werd duidelijk dat het roer om zou gaan. Nederland was als waarnemer vertegenwoordigd bij de herzieningsconferentie die in Berlijn gehouden werd. Namens de regering werd meegedeeld dat toetreding in de bedoeling lag. In 1912 werd die een feit.

59 De circulaire die de vereniging in oprichting verspreidde, is opgenomen in *Rechtsgeleerd Magazijn* (1898), p. 519.

60 De Beaufort, *Het auteursrecht* (1909), p. 68. Zie ook De Vries, 'Historische achtergrond van de Auteurswet 1912', p. 10-11.

KUNST, REPRODUCTIES EN DE AUTEURSWET VAN 1881

In 1881 schilderde Sir Lawrence Alma-Tadema zijn *The Parting Kiss / Au Revoir*. Alma-Tadema was geboren in Friesland, werd opgeleid in België in het atelier van Henry Leys, en werd wereldberoemd in het Victoriaanse Engeland. Het werk *The Parting Kiss* is exemplarisch voor zijn virtuoos geschilderde voorstellingen van elegante dames in een Grieks-Romeinse omgeving. Hij werd er zeer succesvol mee. Toen het schilderij af was, bood hij het ter verkoop aan in de bekende chique kunsthandel Petit in Parijs. Hij schreef erover op 3 mei 1882 aan zijn goede vriend, de classicus en jurist Carel Vosmaer (1826-1888):

Die liefhebbers zijn mooye lui. [...] Mijn Au Revoir dat nu te Parijs te zien zal zijn in de Salle Petit was gereserveerd door een amateurvriend voor een lage prijs. Madame had er geen plezier in, ten minste niet om mij aangenaam te zijn. [Toen] zij niet besliste verkocht ik de schilderij in de 12 uren voor hetzelfde geld plus copyright aan mijn kunstkooper die er binnen het uur £ 1500 aan verdiende aan een andere amateur. Nu is die vriend natuurlijk kwaad, 't kan mij niet schelen.¹

De liefhebber was te laat en Alma-Tadema verkocht het werk aan zijn kunsthandelaar Pilgeram & Lefevre. Interessant is dat hij het schilderij verkocht 'plus copyright'. Als notariszoon was Alma-Tadema van huis uit vertrouwd met de wereld van het recht.² Ook als beroemde schilder bleef hij zich zijn hele leven zeer bewust van het auteursrecht. De kunsthandelaar – die tevens prentuitgever was – kocht het schilderij plus *copyright* om het werk te laten reproduceren in een prent. De gravure werd gemaakt door de prentmaker Auguste Blanchard, die meer werken van Alma-Tadema graveerde. De prent verscheen op 1 juli 1884.³

In hetzelfde jaar dat Alma-Tadema *The Parting Kiss* schilderde – 1881 – werd in Nederland een nieuwe Auteurswet van kracht. Volgens deze Auteurswet van 1881 was de gegraveerde reproductie van het schilderij auteursrechtelijk beschermd, maar Alma-Tadema's originele schilderij niet. Een merkwaardige situatie, maar typerend voor het Nederlands auteurs-

1 Brief van Alma-Tadema aan C. Vosmaer, 3 mei 1882, Vosmaer-archief Nr. 63 (Rijksprentenkabinet Amsterdam). Zie over de vriendschap tussen Alma-Tadema en Vosmaer: J.F. Heijbroek, *De verzameling van mr. Carel Vosmaer (1826-1888)* (Den Haag 1989), p. 130-147, en over Vosmaer: O. Praamstra, 'Drie modernisten: Allard Pierson, Conrad Busken Huet en Carel Vosmaer', in: *Negentiende eeuw* 21.1 (1997), p. 83-98.

2 Aanvankelijk leek hij in de wieg gelegd voor een juridische toekomst. Hij koos echter voor een artistieke loopbaan, waarover de biografe Helen Zimmern later schreef: 'Today we hardly know whether it is more touching or more comic to think of the painter of "Sappho", of "Phidias", of the "First-born", of so many masterpieces, as destined for the dry, dusty, unpoetic profession of the law' (H. Zimmern, *Sir Lawrence Alma Tadema R.A.* (London 1902), p. 2).

3 Zie uitvoeriger over Lawrence Alma-Tadema en de reproducties naar zijn werk: R.M. Verhoogt, 'En nu nog een paar woorden business. Reproducties naar het werk van Alma-Tadema', in: *Jong Holland* 12 (1996), p. 22-33.



Lourens Alma-Tadema, *The Parting Kiss* (1881),
olieverf op doek, privé-bezit.

recht aan het eind van de negentiende eeuw. In deze bijdrage wordt in het kort geschetst hoe kunstenaars omgingen met het auteursrecht en waarom in de auteurswet van 1881 het originele kunstwerk zelf niet, en de reproductie ervan wel auteursrechtelijk werd beschermd.⁴

Van privileges naar auteursrecht

Toen Albrecht Dürer erachter kwam dat er in Italië zonder zijn toestemming prenten naar zijn composities werden verspreid, reisde hij af naar het Zuiden om orde op zaken te stellen. De dader was de beroemde Italiaanse graveur Marcantonio Raimondi, bekend van zijn prenten naar Rafaël en Michelangelo.

⁴ Zie uitvoeriger over dit onderwerp: R.M. Verhoogt, *Kunst in reproductie. De reproductie van kunst in de negentiende eeuw en in het bijzonder van Ary Scheffer (1795-1858), Jozef Israëls (1824-1911) en Lawrence Alma Tadema (1836-1912)*, diss. Universiteit van Amsterdam 2004. Een handelseditie (in het Engels) verschijnt voorjaar 2007.

Raimondi maakte eveneens gravures naar Dürers houtsneden en voorzag de prenten zelfs van het monogram van de Duitse meester. Dürer zelf stond machteloos. Het enige dat hij bij de lokale autoriteiten gedaan kreeg, was dat Raimondi de prenten voortaan niet langer zou signeren met andermans monogram.⁵ Dürer is daarmee een vroeg voorbeeld van een kunstenaar die zich inzette voor de juridische bescherming van zijn werk, zij het zonder veel succes. Hij kon nog niet verwijzen naar zijn recht als 'auteur' en een privilege had hij kennelijk ook niet. In de loop van de zestiende en vooral in de zeventiende eeuw werd het onder schilders en prentmakers steeds gebruikelijker privileges aan te vragen.⁶ Zo is van Rubens bekend dat hij zich nadrukkelijk inzette om privileges te verzamelen voor de uitgave van prenten naar zijn werk.⁷

Van de zestiende tot de achttiende eeuw was het uitgeven van prenten, net als dat van teksten, nauw verbonden met dit systeem van privileges.⁸ Het privilege bood uitgevers, graveurs en schilders het alleenrecht om prenten te verspreiden gedurende een bepaalde periode en in een omschreven regio. Ook kunstenaars konden op die manier bescherming genieten, zij het niet zozeer als *auteur* maar als *uitgever* van bepaalde prenten.

Het was dankzij de inzet van de beroemde kunstenaar William Hogarth dat kunstenaars voor het eerst werden erkend als auteur. Strijdend tegen de macht van uitgevers, benadrukte de schilder dat hij als eerste het recht op exploitatie van zijn werk verdiende. Hij zag zijn inzet beloond met de Engraving Copyright Act van 24 juni 1735, ook wel bekend als de 'Hogarth Act'. Deze bepaalde dat iedereen die een prent maakte 'shall have the sole right and liberty of printing and reprinting the same for the term of fourteen years'.⁹ Hogarth had er alle belang bij als schilder en graveur van zeer populaire prentseries als *A Rake's Progress* en *Marriage à la Mode*, die hij regelmatig zelf uitgaf.¹⁰

5 C. Zigrosser, *The books of fine prints: an anthology of printed pictures and introduction to the study of graphic art in the West and the East* (London 1956), p. 46-47.

6 Zo ontving de schilder Mierevelt in 1607 een privilege voor prenten naar een van zijn schilderijen, terwijl een paar jaar later de graveur Jac. Matham op zijn beurt een privilege kreeg voor een prent naar een werk van Mierevelt. Zie: H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht* (Utrecht 1909), p. 10-11.

7 Privileges werden doorgaans verstrekt met betrekking tot concrete nieuwe uitgaven. Bij uitzondering was het tevens mogelijk de bescherming te bedingen van een bepaald onderwerp. Zo verkreeg Baltasar Florisz op 28 juni 1603 het recht om 'voor 4 jaren alleen te mogen drukken de intogt van den leger van de heren Staten Generaal der vereenigde Nederlanden in Vlaenderen'. Vergelijkbaar vroeg schilder-graveur P. Holsteyn het privilege voor de uitgave van prenten van de portretten van de afgevaardigden aanwezig bij de sluiting van de Vrede van Munster. Privileges werden in de regel verleend voor prenten naar schilderijen, een enkele keer met betrekking tot prenten naar voorbeelden van beeldhouwkunst of kunstnijverheid. Zie: De Beaufort, *Auteursrecht* (1909), p. 12-13.

8 De betekenis van privilege-stelsel voor de prentkunst is nauwelijks onderzocht. Een uitzondering is Peter Fuhring met zijn bijdragen: P. Fuhring, 'The Print Privilege in Eighteenth-Century France-I', in: *Print Quarterly* 2 (1985), p. 175-193, en P. Fuhring, 'The Print Privilege in Eighteenth-Century France-II', in: *Print Quarterly* 3 (1986), p. 19-33.

9 Act 8 Geo. 2, c. 13.

10 Daarnaast waren er uiteraard vele graveurs die zijn werk ongevraagd in prent brachten en die niet beschermd werden. Artikel V maakte een opmerkelijke uitzondering op deze regel voor de graveur John Pine. Deze graveur beoogde prenten te maken en uit te geven naar enkele tapijten in de House of Lords en kleding van de koning. Voor deze koninklijke bijdrage stelde de wet: '[...] John Pine shall be entitled to the benefit of this Act, to all intents and purposes whatsoever, in the same manner as if the said John Pine had been the inventor and designer of the said prints.' Charles P. Phillips, *The law of copyright in works of literature and art and in the application of designs, with the statute relating thereto* (London 1863), p. vii.



Marriage A-la-Mode, (Plate I)

W. Hogarth sculp.

G. Scotin naar William Hogarth, *Marriage A-la-Mode*, plate 1, 1745, kopergravure British Museum London.

De wet bood het recht om op te treden tegen uitgevers of anderen die zonder toestemming van de rechthebbende prenten wilden kopiëren, drukken, verhandelen, uitgeven of tentoonstellen, of die hiertoe aanzetten.¹¹ En dat gedurende veertien jaar na publicatie van de prent. Na zijn overlijden liet Hogarth zijn bezittingen (inclusief de rechten op zijn werk) na aan zijn weduwe Jane Hogarth. Mede daardoor volgde in 1767 een opmerkelijke wetswijziging van de oorspronkelijke Hogarth Act. Met het oog op de belangen van Hogarths weduwe bepaalde de wet van 1767:

¹¹ Bij een overtreding moesten de plaat en alle afdrucken aan de rechthebbende worden overgedragen met een boete van 5 shilling voor iedere aanwezige illegale afdruk. Ingeval van verkoop van de plaat leverde het afdrucken hiervan geen inbreuk op het recht op.

[...] that Jane Hogarth, widow [...] of the said William Hogarth, shall have the sole right and liberty of printing and reprinting all the said prints, etchings, and engravings of the design and invention of the said William Hogarth, for and during the term of twenty years [...]¹²

Vanaf nu werden de rechten van de kunstenaar verlengd tot zijn dood en overgedragen op zijn rechtverkrijgenden, zoals de weduwe en de kinderen. Dankzij de Hogarth Act en de daaropvolgende aanpassingen had Engeland in de achttiende eeuw een zeldzame auteursrechtelijke bescherming, zeker in vergelijking met het Continent en de Verenigde Staten.¹³

Ook in Frankrijk bestond vanaf de zestiende eeuw het privilegestelsel voor de publiceren van drukwerk. Het gold daar, meer nog dan elders, als een belangrijk instrument voor censuur. Zo was voor het verspreiden van drukwerk, inclusief prenten, altijd de toestemming van de staat vereist. Het systeem bleef zelfs gedurende de achttiende eeuw grotendeels onaangetast. De politieke stroomversnelling van de Franse Revolutie liet echter ook haar sporen na op het terrein van het intellectuele eigendom. Enerzijds werd het traditionele privilegestelsel, nauw verbonden met het gildensysteem en de censuur onder het Ancien Regime, omvergeworpen. Anderzijds werden de rechten van het individu vastgelegd in de *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* (1789). Deze erkenning van het individu werd al snel vertaald naar de individuele beeldende kunstenaar als auteur, zoals blijkt uit de wet van 1793.¹⁴ Het bood de auteur het eigendomsrecht op zijn werk. Onrechtmatig verschenen prenten konden in beslag worden genomen en kwamen toe aan de auteur.¹⁵ De wet van 1793 bood schilders bescherming tegen reproducties die zonder hun toestemming waren gemaakt en verspreid.¹⁶ Kenmerkend voor de Continentale traditie is dat de auteur van het begin af aan gedurende zijn hele leven juridisch werd beschermd. Daarmee was het Franse auteursrecht als *droit moral* 'van nature' nauw verbonden met de maker. De weduwe

¹² 7 Geo. III. c. 38.

¹³ Om de bescherming die de wet bood te vergroten werd in 1777 door wetswijziging aan gedupeerden de mogelijkheid gegeven de gederfde inkomsten op de gedaagde te verhalen: 17 Geo. 3, c. 57. In 1800 schreef Farrington dan ook in zijn dagboek over de Hogarth Act: 'This was an important step as it encouraged speculations. Before such security was obtained plates intended to be published were through the intrigues of Artists copied & the Copies preceded the Originals.' Zie: Farrington, geciteerd in: Friedman 1976, p. 35.

¹⁴ Zie art. 1: 'Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront, durant leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou en partie.' Zie: Decret des 19-24 juillet 1793 (an II de la République), art. 1. Een eerdere wet uit januari 1791 garandeerde auteurs toezicht en inkomsten met betrekking tot de opvoering van hun toneelstukken. Zie: Decret des 13-19 janvier 1791, art. 3: 'Les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs.'

¹⁵ Decret des 19-24 juillet 1793 (an II de la République), art. 3: 'Les officiers de paix seront tenus de faire confisquer, à la réquisition et au profit des auteurs, compositeurs, peintres ou dessinateurs et autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle et par écrit des auteurs.'

¹⁶ Zie ook over deze wet van 1793: A.L. Schröder, 'Reversals of Power: Artistic Property, Counterfeiture, and the 1793 French Copyright Act', in: *Visual Resources* XVI (2000), p. 143-154.

en/of kinderen, hadden daarbij nog eens tien jaar bescherming van dit recht.¹⁷ Met de wetswijziging van 1810 werd de termijn van het auteursrecht verlengd tot twintig jaar na de dood van de auteur.¹⁸

De auteur moest wel alert blijven. Indien de kunstenaar zich niet expliciet uitliet over zijn reproductierecht bij de verkoop van het werk werd de koper beschermd tegen deze onduidelijkheid.¹⁹ Onoplettendheid deed het recht vervliegen, dit tot ergernis van de beroemde schilder Horace Vernet die zich in zijn essay *Du droit des peintres et des sculpteurs sur leurs ouvrages* (1841) fel verzette tegen deze dreiging van het eigendomsrecht voor het auteursrecht.²⁰

Het Nederlandse auteursrecht lag in zekere zin tussen de Engelse en Franse juridische tradities in. Met een uitvoerige handel in drukwerk hadden de Nederlanden zich in de zestiende en zeventiende eeuw ontwikkeld tot de 'uitgeverij van Europa'. In deze grootschalige uitgeverij van drukwerk speelde het privilegestelsel een essentiële rol. Terwijl in het Franse koninkrijk het privilegestelsel lang in stand werd gehouden als middel tot censuur, werd het stelsel in de Nederlandse Republiek eerder door de uitgeverij zelf gehanteerd als een effectief instrument voor monopolisering van de markt voor drukwerk. In het liberale politieke klimaat floreerde de vaderlandse uitgeverij, waarbij progressieve ideeën zonder problemen in druk verschenen. Het resultaat was dat het privilegestelsel hier lang, veel langer dan elders, onaangetast bleef.

De Franse Revolutie klonk hier te lande als een echo na in de 'fluwelen' Bataafse Revolutie in het voorjaar van 1795. De echo klonk ook in het auteursrecht na. In plaats van de onvoorwaardelijke overtuiging in de Franse auteurswet, werd met de Nederlandse wet van 1796 slechts een kleine bres geslagen in het uitgeversfront door een beperkte erkenning van het recht van de Nederlandse auteur. De uitgangspunten van het privilegestelsel bleven grotendeels onaangetast.

In 1808 sprak Johan Meerman, de directeur-generaal voor Onderwijs, koning Lodewijk Napoleon aan op betere bescherming van prenten en kaarten. Op 3 december 1808 verklaarde de Koning bij decreet de wet van 1803 ook van toepassing op het werk van graveurs:

17 De wet van 1793 was waarschijnlijk niet van toepassing op graveurs die prenten maakten naar andermans composities. Het lijkt erop dat pas de wet van 1810 prentmakers gelijkstelde aan schilders in hun erkenning als auteur: 'Les auteurs, soit nationaux, soit étrangers, de tout ouvrage imprimé ou gravé, peuvent céder leur droit à un imprimeur ou libraire, ou à toute autre personne[...]' Decret du 5 février 1810 art. 40.

18 Decret du 5 février 1810, art. 39. Het *droit de reproduction* was al tamelijk snel een ingeburgerd recht in de Franse kunstwereld. Dit valt onder meer af te leiden uit de zakelijke gang van zaken bij kunstreproductie zoals die stond beschreven in *L'Artiste* in 1839: 'Nous aurons à examiner, non-seulement les travaux des artistes, mais encore la marche que suivront les éditeurs dont les spéculations et les vues commerciales ont plus d'influence qu'on ne semble le croire, sur l'état et les perfectionnements de l'art. S'agit-il, en effet, de faire graver un tableau: le peintre traite avec un éditeur et lui vend le droit de reproduire son ouvrage. Ce droit dévient pour le commercant une propriété exclusive'. Zie: F. Lecler et Léon Noël, 'Revue des éditions illustrées, des gravures et des lithographies', in: *L'Artiste* (1839) I, p. 142.

19 Aan het begin van de jaren 1840 deed het Franse Hof van Cassatie een belangrijke uitspraak. Zie: [Anoniem], 'Regtzaken', in: *De Kunstkrönijk* (1842-1843), p. 42. Merkwaardig genoeg maakte het Hof hier geen onderscheid tussen de uit liefhebberij verzamelende particulier en de professionele kunsthandelaar.

20 H. Vernet, *Du droit des peintres et des sculpteurs sur leurs ouvrages* (Paris 1841), p. 8.

Een ieder die in dit Rijk, naar eene teekening hem in eigendom toebehoorende, of waarover hij volkomen de magt van te beschikken heeft, eene gegraveerde plaat, pourtrait, land-, zee-, of rivierkaart, topografische afbeelding, en dergelijken, heeft vervaardigd, of doen vervaardigen, zal daarop hetzelfde regt geacquireerd hebben, als bij art. 2 van boeken, omtrent de eigenaars van oorspronkelijke werken is bepaald.²¹

Het decreet verbood het nagraveren, uitgeven en verkopen van prenten zonder toestemming van de oorspronkelijke graveur.

Benadrukt moet worden dat het Nederlands decreet van 1808 bescherming beoogde van grafische afbeeldingen in de vorm van prenten. Originale schilderijen of tekeningen werden niet beschermd. Maakte de schilder zelf een prent van zijn schilderij of liet hij een prent vervaardigen, dan waren de prenten beschermd, maar het schilderij niet. Ook was de schilder machteloos tegen de prenten die een prentmaker op eigen initiatief van zijn werk maakte. Het curieuze gevolg was dat reproducties beter beschermd waren dan het origineel.

De Franse invloed nam ook op dit terrein nog verder toe. In 1810 werd het Koninkrijk Holland ingelijfd bij het Franse Keizerrijk van zijn broer. De Nederlandse wetgeving werd ingeruild voor Franse, zodat hier ook de eerder aangehaalde Franse progressieve auteurswet van 1793 van kracht werd.²² In deze periode waren zowel het schilderij als de reproductie beschermd. Met het terugdringen van de Fransen, kwam ons land ook onder de Franse jurisdictie uit. De winst was dat de Franse censuur tot het verleden behoorde. Het verlies was dat men een stap terugzette in de ontwikkeling van het auteursrecht: het recht werd niet meer direct aan de maker, maar (opnieuw) aan de uitgever verleend. In juridisch opzicht keerde men hier aan het begin van de negentiende eeuw in wezen terug in de richting van het achttiende-eeuwse privilegestelsel. De wet van 28 september 1817, Stb. no. 5, betekende een voorzichtige stap in de richting van een auteursrecht, hoewel de wetgeving nog grotendeels door het belang van de uitgever werd gedomineerd.²³ De bescherming voor beeldende kunst beperkte zich voortaan weer tot grafische afbeeldingen.

21 Geciteerd uit C.F.J. Schriks, *Het kopijrecht, 16de tot 19de eeuw. Aanleidingen tot en gevolgen van boekprivileges en boekhandelsusanties, kopijrecht, verordeningen, boekenwetten en rechtspraak in het privaats-, publiek- en staatsdomein in de Nederlanden, met globale analoge ontwikkelingen in Frankrijk, Groot-Brittannië en het Heilig Roomse Rijk* (Zutphen 2004), p. 695.

22 Op 3 juli 1803 werden de eerste stappen gezet naar auteursrechtelijke bescherming, hoewel deze nog vooral gericht was op het recht van de uitgever. De wet was slechts enkele jaren van kracht. De Vries wijst erop dat in de overwegingen van de wetgever strikt genomen het belang van de schrijver geen rol speelt en benadrukt dan ook dat wet van 1803 niet als eerste auteursrechtelijke regeling moet worden gezien. Zie J.A. de Vries, 'Enige beschouwingen over het 19e-eeuwse auteursrecht tegen de achtergrond van het incident Douwes Dekker / Van Lennep', in: *Informatierecht/AMI* 1996 nov nr. 9, p. 180-184. Zie over de Franse wetgeving in Nederland: De Beaufort, *Auteursrecht* (1909), p. 41-42.

23 Het conflict tussen Douwes Dekker en Jacob van Lennep over de Max Havelaar illustreert dat het uitgeversrecht nog domineerde. Zie De Vries, 'Douwes Dekker / Van Lennep', p. 182-184. Zie ook de bijdrage van D. Peeperkorn in deze aflevering van PM (p. 62 e.v.). Met het Souverein Besluit van 24 januari 1814 no. 1 (Stb. no. 17) over de Boekhandel en de geestelijke eigendom van letterkundige werken werd de Franse wetgeving op dit gebied buiten werking gesteld. Zie: De Beaufort, *Auteursrecht* (1909), p. 43-44. Ondanks de vooruitgang in de bescherming van auteurs kleefden er nogal wat bezwaren aan deze regeling. In de eerste plaats bleven de begrippen letterkundig werk en kunstwerk vaag. De beeldhouwkunst bleef helemaal onbeschermd. Het opvoeringsrecht voor muziek- en toneelwerken ontbrak. Ook de handhaving van de regeling was gebrekkig. Overtreding van de wet kon worden bestraft met een boete van 10 tot 10.000 gulden, confiscatie van de illegale nadrukken en een schadevergoeding ter waarde van 2000 exemplaren van het nagedrukte werk. Inwilliging van deze eisen kon resulteren in aanmerkelijke winsten. Om dit te bereiken waren er echter weinig rechtsmiddelen. Zo ontstond de plicht tot schadevergoeding pas na een strafrechtelijke vervolging en veroordeling. Bovendien werd de boete geïnd 'ten behoeve van de algemeene armen van de woonplaats van de nadrukkers'. Zie: De Beaufort, *Auteursrecht* (1909), p. 45.

Fotografie

Ondertussen waren er in het spoor van de industriële revolutie allerlei nieuwe reproductietechnieken ontstaan om afbeeldingen te reproduceren. Vooral in de tweede helft van de achttiende eeuw nam het aantal nieuwe grafische technieken snel toe met *crayonmanier*, de *stippelgravure* en de *aquatint*.²⁴ De stroom van nieuwe technieken ging in de negentiende eeuw onverminderd voort met de *houtgravure* en de *lithografie*. Het zorgde voor de eerste aanzienlijke schaalvergroting in de productie van afbeeldingen in de negentiende eeuw. Sinds de Hogarth Act en de wijziging hiervan in 1767 waren in Engeland de makers van gravures, etsen en mezzotints beschermd. De bescherming werd al snel uitgebreid naar de lithografie.²⁵

Spectaculair was de ontwikkeling van de fotografie. De vraag naar een exacte reproductie in de vorm van een facsimile bestond al in de achttiende eeuw, maar kreeg in de negentiende eeuw zijn ideale antwoord in vorm van de fotografie. De vroege foto's van Daguerre lieten zich aanvankelijk nog niet reproduceren, maar dankzij de toepassing van het negatief door fotografen als Fox Talbot en Blanquart-Evrard kon het beeld overtuigend worden vermenigvuldigd.²⁶ De glasnegatieven waren veel beter bestand tegen de slijtage van het reproductieproces. Ze zorgden bovendien voor een verkorting van de belichtingstijd en voor afdrukken van een hogere kwaliteit. Voor de belichting was men voorlopig nog volledig afhankelijk van het zonlicht. Het maakte de kwaliteit van negentiende-eeuwse fotografie net zo wisselvallig als het weer.²⁷

24 Was de mezzotint destijds speciaal uitgevonden voor het vermenigvuldigen van schilderijen, de nieuwe methoden waren vooral bedoeld voor de reproductie van krijttekeningen en aquarellen en vormden een belangrijke uitbreiding op het grafisch palet van prentmakers. Meer dan het reproduceren van de oorspronkelijke compositie, boden ze de mogelijkheid om eveneens het uiterlijk van de oorspronkelijk techniek te benaderen. Zo kon met de stippelgravure de kenmerkende korrelstructuur van het krijt in prent worden gebracht en bood de aquatint de mogelijkheid om het 'vloeibare' karakter van een aquarel weer te geven. Het waren uiteraard persoonlijke interpretaties van de prentmaker, maar de eigen inbreng van de prentmaker werd zoveel mogelijk gereduceerd in een poging om de oorspronkelijke hand van de oorspronkelijke kunstenaar in prent te vangen. Rebel laat in zijn *Studien zur Deutschen Reproduktionsgrafik des 18. Jahrhunderts* zien dat dit streven naar een zo exact mogelijke reproductie met behulp van *crayonmanier*, *stippelgravure* en *aquatint* samenhangt met de opkomst van het concept van de 'facsimile', omschreven als een 'technische Reproduktion einer Bild- oder Schriftvorlage mit Anspruch auf größtmögliche Nachbildungstreue'. Zie: E. Rebel, *Faksimile und Mimesis. Studien zur Deutschen Reproduktionsgrafik des 18. Jahrhunderts* (Mittenwald 1981), p. 131.

25 'It is hereby declared that the provisions of the said Acts are intended to include prints taken by lithography, or any other mechanical process by which or impressions of drawings or designs are capable of being multiplied indefinitely, and the said Acts shall be construed accordingly.' Zie: 15 Vict., c. 12, art. XIV in: Phillips, *The law of copyright*, p. lxxvii.

26 De eerste experimenten van Niepce vonden al plaats in de jaren '20 maar het medium kreeg nadrukkelijker vorm in de jaren '30. Een groot succes was de methode van Daguerre: de *Daguerreotypie*. Daguerre's techniek raakte snel internationaal bekend dankzij de nauwe contacten tussen de Engelse en Franse pioniers van de fotografie. Zie: A.J. Hamber, 'A higher branch of the art'. *Photographing the fine arts in England, 1830-1880* (Amsterdam 1996), p. 52-53. Bekend is dat Niepce al eind jaren twintig contact had met de belangrijke Engelse uitgever R. Ackermann.

27 De Engelsen William Henry Fox Talbot (1800-1877) en John Herschel (1792-1871) al in de jaren '30 met het reproductieprincipe van het negatief. Zie over de introductie van fotografie in de Victoriaanse tijd: G.H. Martin, D. Francis, 'The Camera's Eye', in: *The Victorian City*, p. 227-245. Bij de publicatie van zijn nieuwe principe, beloofde Fox Talbot dat hij zich onder meer wilde gaan toeleggen op het reproduceren van kunstwerken: beelden, reliëfs, tekeningen en gravures. Schilderijen noemde hij niet en dat is waarschijnlijk niet toevallig. Juist de polychrome schilderijen waren problematisch te fotograferen.

Door de opkomst van de fotografie ontstond de dringende vraag of een fotograaf op dezelfde bescherming kon rekenen als de schilder en de prentmaker. In de loop van de jaren 1850 werd in de verschillende rechtszaken duidelijk gemaakt dat het fotografisch reproduceren van kunstwerken niet toelaatbaar was zonder toestemming van de kunstenaar. De Franse fotograaf was daarvoor gehouden om (schriftelijk) toestemming te krijgen van de kunstenaar.²⁸ Maar was de fotograaf beschermd? Dit probleem werd bemoeilijkt doordat in de jaren 1850 allerminst duidelijk was wat onder 'de' fotografie moest worden verstaan. De fotografie bestond in de negentiende eeuw eigenlijk niet. Eerder was er sprake van een enorme hoeveelheid min of meer verwante technieken op basis van een gedeeld fotografisch principe. Bij de snel toenemende verzameling van fotografische technieken speelde voortdurend de vraag of het ging om 'techniek' of 'kunst'. Het leidde tot een grillige discussie over welke fotograaf nu wel en welke niet moest worden beschermd. De fotografische firma Mayer & Pierson maakte in haar jacht op auteursrechtelijke bescherming in Frankrijk een einde aan de onzekerheid met twee juridische overwinningen in 1862 en 1863. Vanaf toen konden ook Franse fotografen hun werk auteursrechtelijk beschermen onder verwijzing naar de wet van 1793, net als schilders en prentmakers.²⁹

In 1863 schreef de kunsthandelaar-uitgever Ernest Gambart in zijn kritische pamflet *On Piracy of Artistic Copyright* (1863): 'It is now a question for the legislature and the public to decide whether or not the school of English line-engraving, once occupying so high a posi-

Niet alleen bleek de weergave van kleuren nog onmogelijk, zelfs de omzetting van kleur naar een zwart-wit foto was moeizaam. De balans tussen de verschillende kleuren en tonen liet zich lastig vastleggen en zo bleef het oog van de graveur nog lang aanmerkelijk gevoeliger dan de lichtgevoelige plaat. Bij het fotograferen van een schilderij gebruikte menig fotograaf dan ook liever een reproductiegravure van het bewuste schilderij dan het schilderij zelf (Hamber, *Photographing the fine arts*, p. 59-69. Talbot benadrukte in zijn *Pencil of Nature* daarom dat zijn afbeeldingen louter door belichting waren gemaakt, zonder hulp van gravures. Zie: M. Frizot, *A new history of photography* (Köln 1998), p. 62. Volgens de uitvinder betrof het een compleet nieuwe methode die hij overigens meer verwant achtte met de lithografie en tekenkunst dan met de uitvinding van Daguerre. Na *The Pencil of Nature* verschenen andere albums als *Sun Pictures of Scotland* (1845) en het bekende werk *Annals of the Artists of Spain* (1847-1848) uitgegeven door Fox Talbot samen met zijn medewerker Henneman. Het was geïllustreerd met afbeeldingen van beeldhouwkunst, tekeningen, gebouwen. Voor de schilderijen maakte hij gebruik van reproductiegravures. De problematische weergave van kleur- en toonverschillen maakte dat de vroege reproductiefotografie zich dan ook vooral richtte op de reproductie van beeldhouwkunst (zie: A. McCauley 1994, p. 268). Gedurende de jaren 1840 werd zijn calotype al snel naast de methode van Daguerre gebruikt voor het reproduceren van kunstwerken. Zie: P. Maynard, 'Talbot's Technologies: Photographic Depiction, Detection and Reproduction', in: *The Journal of Aesthetics and Art Criticism* 47.3 (1989), p. 263-276. Zie over de Franse fotografie uit de jaren '50: E. Homberger, 'The model's unwashed feet: French photography in the 1850's', in: P. Collier, R. Lethbridge (ed.), *Artistic Relations. Literature and Visual Arts in Nineteenth-Century France* (London 1994), p. 130-143. Het fotografisch negatief was essentieel voor het reproduceren van de afbeeldingen. In Frankrijk kreeg Louis-Désiré Blanquart-Evrard (1802-1872) in 1847 een patent op een succesvol procédé van negatieven. Fox Talbot had al aangetoond dat het een sterk principe was, maar in de praktijk bleken de papieren negatieven nog zeer kwetsbaar. Daarin kwam verandering toen in de periode 1851-1852 de nieuwe glasnegatieven werden geïntroduceerd en het collodiumprocédé. Zie in deze zin: Hamber, *Photographing the fine arts*, p. 78-81. Zie over betere afbeeldingen tegen lagere kosten: R. Hunt, 'Photogalvanography, or engravings by light and electricity', in: *The Art Journal* (1856), p. 215-216.

²⁸ Opgemerkt wordt dat behalve toestemming van de kunstenaars vaak ook toestemming moest worden verkregen van de organisatie van de tentoonstelling of het museum. Hier speelden echter vooral organisatorische en commerciële overwegingen, meer dan juridische, een rol. Zie over het fotograferen op de Salontentoonstellingen en in het Louvre: McCauley 1994, p. 282-287.

²⁹ Het werd besloten in de bekende zaak van Mayer et Pierson tegen Thiebault, Betbeder en Schwabbé (McCauley 1994, p. 30-34). Zie over de fotografie en het auteursrecht in Nederland: H. Rooseboom, *De schaduw van de fotograaf. Positie en status van een nieuw beroep: fotografie in Nederland, 1839-1889*, Diss. Universiteit van Utrecht (niet gepubl.) 2006, p. 194-213.



William Henry Simmons, *The Light of the World* (1860), staalgravure.

tion, shall perish or be maintained'.³⁰ In een reactie op de grootschalige illegale reproductie, hield Gambart een vurig pleidooi voor een beter auteursrecht met name tegen de invloed van de fotografie. Een populair schilderij werd onherroepelijk gefotografeerd door frauduleuze fotografen, waardoor de uitgever van de gravure zijn inkomsten kon vergeten.³¹ Er was uitgevers dan ook veel aan gelegen om het – voor veel geld – verworven recht

³⁰ J. Maas, *Gambart. Prince of the Victorian Art World* (London 1975), p. 21. Zie ook over de kunsthandel van Gambart: R.M. Verhoogt, 'Kunsthandel in prenten. Over de negentiende-eeuwse kunsthandels van Goupil en Gambart', in: *Kunstlicht* 20.1 (1999), p. 22-29.

³¹ W. Holman Hunt, *Pre-Raphaelitism and the Pre-Raphaelite Brotherhood* (London 1905), p. 96.

beter te beschermen tegen, zoals Gambart het noemde, artistieke piraterij. In zijn bijdrage *On Piracy of Artistic Copyright* (1863) benadrukte de uitgever: 'It is not, [...] against competition that protection for copyright in art-works is demanded, [...] but against robbers.'³² Zo voerden Gambart en andere uitgevers in de jaren '50 en '60 vele rechtszaken tegen fotografen.³³ Alleen al met betrekking tot Holman Hunts wereldberoemde schilderij *The Light of the World* voerde Gambart meer dan twintig rechtszaken.³⁴

Een conflict over foto's van reproductiegravures naar *The Light of the World* resulteerde in de vraag in hoeverre de eerder genoemde Hogarth Act bescherming bood tegen de fotografie. De fotograaf verweerde zich met de opmerking dat de fotografie niet in de omschrijving van geldende wetten werd genoemd. De rechter weerlegde dit betoog echter onder verwijzing naar de doelstelling van het auteursrecht. De Hogarth Act zweeg dan wel over de fotografie, daarmee was het nieuwste medium niet uitgesloten van de beginselen die nu algemeen werden aanvaard.³⁵ Voortaan moest ook een Engelse fotograaf toestemming vragen voor het fotograferen van prenten. Het was een belangrijke uitspraak, die duidelijk maakte dat het voortaan ging om de aard van reproductie, ongeacht de gebruikte techniek.³⁶

32 E. Gambart, *On Piracy of Artistic Copyright* (London 1863), p. 4. Zie over Gambarts inzet voor het auteursrecht: [Anoniem], 'Copyright in Sculpture', in: *The Art Journal* (1863), p. 59 en [Anoniem], 'Reviews', in: *The Art Journal* (1863), p. 128.

33 [Anoniem], 'Copyright in art', in: *The Art Journal* (1862), p. 241; [Anoniem], 'Infringement of Copyright', in: *The Art Journal* (1863), p. 103; [Anoniem], 'Infringement of Copyright', in: *The Art Journal* (1863), p. 210-211, en Hamber, *Photographing the fine arts*, p. 12-13. Het was echter moeilijk om fotografen veroordeeld te krijgen aangezien moest worden aangetoond dat de fotograaf wist van de copyrights van het betreffende werk en dat hij opzettelijk onrechtmatig had gehandeld. Bewijs-technisch was dit een bijna onmogelijke opgave. Overigens resulteerde het vaak slechts in een bescheiden boete en het inleveren van het fototoestel. 'This may be law, but certainly is not justice', aldus de redactie in 1862. Zie: [Anoniem], 'Copyright in art', in: *The Art Journal* (1862), p. 241.

34 Maas, *Gambart*, p. 271.

35 Phillips, *The law of copyright*, p. 210-211.

36 De rechter stelde: 'A photographic copy may represent to the mind exactly the same idea as the original, and so spoil the sale of the engraver's prints. I cannot see why the statute of copying which mars ingenuity, or advance of science produces, though unknown at the time when the statute was passed' (geciteerd uit: Phillips, *The law of copyright*, p. 211). Met de reproductie van Holman Hunts *The Light of de World* had Gambart in het eerste jaar ongeveer 10.000 pond verdiend: 'a tolerably successful speculation', aldus de redactie. De laatste twee jaar was zijn handel echter ingestort als gevolg van de illegale foto's naar de prent van het schilderij, zie Anoniem, 'Infringement of Copyright', in: *The Art Journal* (1863), p. 103. Gambart was kritisch over de vele onrechtmatige reproducties door de lithografie en fotografie: 'Lithography has rendered it easy to produce at small expense copies of engravings, conveying an idea of the subject represented. Such copies, produced with rapidity, caused, at first, great disturbance amongst holders of copyrights, who found their property imperilled and impaired.' Zie: Gambart, *On Piracy*, p. 5. Vooral vanuit Duitsland kwam een grote stroom van litho's, onrechtmatig gemaakt naar Engelse en Franse prenten. De internationale prenthandel zorgde ervoor dat dergelijke 'valse' reproducties op grote schaal op de Engelse markt te terecht kwamen. Vooral de fotografie werd veel gebruikt voor de onrechtmatige vervaardiging van reproducties, zoals Gambart stelde: 'When it is considered that almost anyone having a camera can reproduce, unassisted, and in the privacy of his "studio", an engraving, especially one in line, of any size, and in so perfect manner, that the generality of the public might take the photographic copy for the original impression from the copperplate, it will be seen what mischief to the skilled artist, who has executed that plate, and the publisher who commissioned him, a fraudulent photographer can do.' Zie: Gambart, *On Piracy*, p. 7.

Het schilderij versus de reproductie

Ondertussen bestond er vaak nog steeds geen auteursrecht op de originele werken van beeldende kunst. Als protest tegen deze ongelijkwaardige bescherming dienden de Society of Arts en het Royal Institute of British Architects in 1858 een petitie aan bij het House of Lords. Pas enkele jaren later volgde de verlangde wetswijziging met de wet van 29 juli 1862, waarin werd bepaald: ‘The author [...] of every original painting, drawing and photograph [...] shall have the sole and exclusive right of copying, engraving, reproducing, and multiplying such painting or drawing, and the design thereof, or such photograph, and the negative thereof, by any means and of any size, for the term of the natural life of such author, and seven years after his death.’³⁷

Ook in Nederland werd het originele kunstwerk toen nog steeds niet auteursrechtelijk beschermd. Een groep bekende schilders diende in 1878 een petitie in bij de Tweede Kamer uit protest tegen de juridische auteursrechtelijke situatie, twintig jaar na hun Engelse collega’s. De actie stond onder leiding van Jozef Israëls en werd ondersteund door twintig eigentijdse kunstenaars, waaronder H.W. Mesdag, O. Eerelman, J. Maris, J.A. Neuhuijs, C.L.Ph. Zilcken en J. Bosboom. Juist deze kunstenaars zagen hun werk op ruime schaal gereproduceerd, zoals bijvoorbeeld de ets van Philip Zilcken naar Jozef Israëls. Met hun petitie vroegen de (beeldende) kunstenaars aandacht voor het feit dat de beeldende kunst nog steeds buiten de bescherming viel van het auteursrecht.³⁸ Dit adres van Jozef Israëls en de regeling voor beeldende kunst uit 1884 zijn reeds helder belicht – in 2005 – door Anette Ligtenstein in een bijdrage in *Pro Memorie*.³⁹ Hier wil ik de aandacht richten op de merkwaardige situatie dat vooralsnog het schilderij zelf niet werd beschermd, maar de reproductie ervan wel.

In *De Nederlandsche Spectator* van 1879 liet de kunstenaar, criticus en jurist Carel Vosmaer er geen twijfel over bestaan: het auteursrecht hoorde aan de kunstenaar: ‘hij moet weten en beslissen of zijn werk al dan niet vermenigvuldigd moet worden’, zo benadrukte Vosmaer. De geldende wet van 1817 bood beeldende kunstenaars geen bescherming. Vosmaer stelde voor om, in navolging van het ‘schrijversrecht’ op vertaling, kunstenaars het recht op reproductie te verlenen. Op het moment van schrijven, 1878, was dat nog niet zo en hij beschreef de Nederlandse situatie als volgt:

37 Act 25 & 26, Vict., c. 68, art. 1. Het copyright bood de auteur de mogelijkheid op te treden tegen ‘[...] repeat, copy, colourably imitate, or otherwise multiply for sale, hire, exhibition, or distribution, any such work or the design thereof [...]’. Zie: 25 & 26 Vict., c. 68, art. VI.

38 Bijlagen bij de handelingen der Tweede Kamer 1878-1879, p. 903-904. Zie ook Kabel 1991, p. 67. Het initiatief van kunstenaars lijkt geïnspireert op een eerder Duits initiatief in 1866 tot een Denkschrift im Namen der Deutschen Kunstgenossenschaft ter bevordering van auteursrechtelijke bescherming van beeldende kunst.

39 A. Ligtenstein, ‘Het ontwerp van wet tot regeling van het auteursrecht op werken van beeldende kunst (1884). Meer dan kunstenaars alleen ...’, in: *Pro Memorie* 7.2 (2005), p. 297-308.



Philip Zilcken naar Jozef Israëls,
Vrouw die een kind wast,
c. 1890, ets Museum Boijmans
Van Beuningen Rotterdam.

Thans moet de kunstenaar het lijdelijk aanzien dat zijn werk worde gereproduceerd in zeer on-schoone of soms allergebrekkeligste prenten, die van zijn kunststuk niet het flauwste schijnsel weergeven. En dit gebeurt maar al te vaak. Niet iedere graveur of steenteekenaar mag zich zoo maar op een kunstwerk werpen en dat op zijne, soms gebrekkige wijze, nabeelden. De auteur moet mogen beslissen of hij dat kan, moet de proeven nazien en goedkeuren. Dat is de hoofd-zaak. Maar ook de geldelijke zijde is bij lange na niet onbeduidend. De gravures na eene schilderij leveren soms veel voordeel op; het is dus billijk dat de auteur daarvan iets geniete. Zoo wordt de zaak in beschaafden landen van Europa begrepen, en Nederland alleen maakt daarop eene uitzondering. Verstoken van aandeel in de opbrengst der vertolking, moet de kunstenaar hier rustig gedogen, dat zijn werk in vaak zeer slechte nabeelding worde verspreid en daardoor zijn naam, ook in het buitenland, zeer benadeeld.⁴⁰

⁴⁰ Vosmaer, C., 'Het adres der kunstenaars over het eigendomsrecht van hunne werken', in: *De Nederlandsche Spectator* (1879), p. 113.

Terwijl Vosmaer wees op de overeenkomsten tussen letterkundigen en beeldende kunstenaars, tussen woord en beeld, refereerden anderen juist aan de verschillen tussen deze kunsten. Zo stelde de jurist Fresemann Viëtor in zijn preadvies voor de nieuwe auteurswet van 1881 nog dat kunstwerken naar hun aard niet mechanisch konden worden gereproduceerd, waardoor er geen grond was voor een zelfstandig auteursrecht voor schilders. Daarentegen waren grafische werken als gravures, litho's en foto's naar hun aard wel reproduceerbaar, waarmee prentmakers en fotografen wel juridische bescherming verdienden. Ook de jurist De Ridder wees in zijn preadvies op het principiële onderscheid tussen beeldende kunst (schilderijen, tekeningen en beeldhouwwerken) enerzijds en letterkundige en grafische werken anderzijds. De makers van schilderijen, tekeningen en beeldhouwwerken trokken aan het kortste eind. De nieuwe Nederlandse auteurswet van 28 juni 1881 bood auteurs van plaatwerken bescherming tegen ongewenste reproductie.⁴¹ Als het recht was aangemeld bij het ministerie van Justitie gold er in beginsel een beschermingstermijn van vijftig jaar.⁴² Waar elders het recht in duur was verbonden met het leven van de auteur, bestond hier nog steeds een vastgestelde termijn van een halve eeuw. Makers van schilderijen, tekeningen en beeldhouwwerken bleven onbeschermd.

Wel beloofde men om de kunstenaars tegemoet te komen met een aparte regeling voor beeldende kunst ter aanvulling op de wet van 1881. De regeling zou een bijzondere bescherming moeten bieden aan werken van schilder-, teken-, en beeldhouwkunst.⁴³ Art. 1 van het ontwerp van een dergelijke regeling bepaalde:

Het recht om een werk van beeldende kunst op oorspronkelijke grootte, op groter of verkleinde schaal, hetzij geheel, tenzij gedeeltelijk te copieeren, na te bootsen, af te beelden en te veelevoudigen of dit door anderen te laten doen, hetzij door middel van dezelfde of door eene andere beeldende kunst, of langs mechanischen weg, komt uitsluitend toe aan den oorspronkelijken vervaardiger van het kunstwerk en zijne rechtverkrijgenden.

In aanvulling hierop benadrukte art. 4 van het ontwerp dat hij die een kunstwerk fotografisch reproduceert, dezelfde bescherming zou genieten als de maker van het kunstwerk volgens art. 1. De aparte regeling was geïnspireerd op de Duitse wetgeving, waarin sinds 1876 een aparte regeling voor de bescherming van werken op beeldende kunst bestond.⁴⁴ Desondanks was er nog steeds kritiek op deze bijzondere auteursrechtelijke regeling voor

41 Art. 1: 'Het recht om geschriften, plaat-, kaart-, muziek-, toneelwerken en mondelinge voordrachten door den druk gemeen te maken, alsmede om dramatisch-muzikale werken en toneelwerken in het openbaar uit – of op te voeren, komt uitsluitend den auteur en zijnen rechtverkrijgende toe.' Auteurswet (Aw) 1881, art. 1. Zie voor de verwijzing naar de Duitse wetgeving: Handelingen II 1876/1877, bijlage 202.

42 Aw 1881, art. 13. Indien de auteur deze termijn overleeft en hij het recht niet heeft overgedragen, behoudt hij het recht tot aan zijn dood.

43 Het voorstel werd besproken op 12 februari 1884. Zie de MvT en de MvA bij de Aw 1881 en Handelingen II 1883-1884, bijlage 166. De bouwkunst viel er expliciet buiten. De Beaufort pleitte er in 1909 voor ook de fotografie onder beeldende kunsten te rekenen. Zie voor het ontwerp van deze regeling bijlage II in De Beaufort. Zie over de spanning tussen art. 1 en art. 4 op het terrein van de fotografie: De Beaufort, *Auteursrecht* (1909), p. 227.

44 Handelingen II 1876-1877, bijlage 202, p. 4.

de beeldende kunst.⁴⁵ Een belangrijk twistpunt was de weigering beeldende kunstenaars dezelfde bescherming te geven als schrijvers, zoals Vosmaer voor ogen had. Tegelijkertijd was men beducht dat kunstenaars op een andere wijze, bijvoorbeeld via het octrooirecht, hun recht zouden opeisen.⁴⁶ Het ontwerp is een stille dood gestorven, waardoor in Nederland de al eerder genoemde merkwaardige situatie bleef bestaan dat reproducties wel werden beschermd, maar werken van schilder-, teken- en beeldhouwkunst niet; die situatie had zich in Engeland en Frankrijk ook voorgedaan, maar behoorde daar aan het einde van de negentiende eeuw al lang tot het verleden.

Overigens klonken er bij de behandeling van deze regeling in 1881 in de Tweede Kamer nog steeds principiële argumenten tegen iedere vorm van auteursrechtelijke bescherming. Auteursrecht werd door sommigen nog steeds gezien als een ongewenste 'belasting op lezen', waardoor de prijzen van drukwerk kunstmatig hoog bleven en grote delen van de bevolking uitgesloten bleven van kennis.⁴⁷ Terwijl de omringende landen Engeland en Frankrijk allang een auteursrechtelijk stelsel kenden werd het stelsel in Nederland aan het einde van de negentiende eeuw nog steeds principieel betwist. Mede door de roemrijke tijden van de vaderlandse uitgeverij in de zestiende en de zeventiende eeuw klonk de echo van het traditionele privilegestelsel nog lang na.

In Nederland duurde het tot 1912 voordat beeldende kunstenaars pas echt in juridische zin werden erkend als auteur. De auteursrechtjurist De Beaufort en geestelijk vader van de wet van 1912 omschreef de juridische omwenteling als 'de overgang van de trekschuit naar automobiel'.⁴⁸ De totstandkoming van deze wet was mede het gevolg van de Berner Conventie (1886), waar Nederland zich na lang dralen uiteindelijk ook bij aansloot.

Tot slot

Kunstenaars hebben eeuwenlang een beroep gedaan op het auteursrecht ter bescherming van hun werk en de verspreiding ervan via reproducties, zij het met wisselend succes. De wet van 1881 is in wezen slechts een moment in een fascinerend historisch proces. Maar wel een belangrijk en interessant moment.

In de eerste plaats raakt de discussie over beeldende kunst in relatie tot de wet van 1881 de kern van het auteursrecht: het karakter van het werk en de bescherming ervan. Het reproduceerbare drukwerk, ook in de vorm van een grafische prent of foto, werd auteursrechtelijk beschermd, het oorspronkelijke unieke origineel niet. Het schilderij kon toch niet worden gereproduceerd, zo was de redenering, dus waarom moest het worden be-

45 Zie hiervoor het verslag van 25 maart 1885 (Handelingen II 1884-1885, bijlage 72, no. 3).

46 Handelingen II 1884-1885, bijlage 72, no. 4.

47 Er was kritiek dat literatuur door het auteursrecht onbereikbaar zou worden, maar dat was volgens Minister Modderman niet terecht. Immers, tegenover de moderne literatuur stond de klassieke literatuur vrijgesteld van auteursrecht en in de praktijk dus een aan aantrekkelijk alternatief, zie: hierover Kuitert 1993, p. 124.

48 De Beaufort 1912, p. 132.

scherm? Het (foto)grafisch werk liet zich wel eenvoudig vermenigvuldigen, en verdiende juist daarom bescherming. Meer dan de oorspronkelijkheid van een werk was in wezen de reproduceerbaarheid ervan doorslaggevend voor de vraag of een werk auteursrechtelijke bescherming verdiende of niet volgens de auteurswet van 1881. De juridische worsteling met het eigen karakter van werken van beeldende kunst blijkt ook uit de aparte ontwerpregeling van 1884 voor beeldende kunst. Dit past in een lange traditie waarin de reproducties juist eerder werden beschermd vanwege hun reproduceerbaarheid, dan het unieke origineel; waarin de reproductiegravure wel en Alma-Tadema's schilderij *The Parting Kiss* niet werd beschermd. Het duurde tot de Auteurswet 1912 voordat de werken van beeldende kunst juist werden beschermd vanwege hun oorspronkelijkheid, en tegen de reproductie ervan.

In de tweede plaats is het auteursrecht van oudsher nauw verbonden met de stand van de techniek. Ook de wet van 1881 vertoont interessante sporen van de nieuwe media uit die tijd. Juist in de jaren zeventig van de negentiende eeuw drong het besef door dat fotografie als een massamedium moest worden beschouwd waarmee werken op grote schaal konden worden gereproduceerd. Het ging daarbij zowel om bescherming van de fotografie als om de bescherming tegen de fotografie. De band met de techniek zorgde bovendien voor een interessante spanning tussen het patentrecht en het auteursrecht, die tot op de dag van vandaag voort bestaat.

Tot slot is de Nederlandse Auteurswet 1881 ook in internationaal perspectief interessant. Zoals kort aangeduid bestonden er interessante verschillen en overeenkomsten tussen de nationale auteursrechtelijke regimes. Alleen al op het terrein van het auteursrecht was Europa een bonte lappendeken van uiteenlopende regelingen, hier en daar provisorisch aan elkaar geknopt door middel van bilaterale verdragen. Juist in deze periode was er een belangrijke internationale discussie over de verhouding van de nationale en de internationale dimensie van het auteursrecht met als belangrijkste resultaat de Conventie van Bern waar ook Nederland zich pas na lang dralen bij aansloot.

HET MUZIEKUITVOERINGSRECHT EN DE AUTEURSWET VAN 1881*

In 1881 kwam de eerste Nederlandse auteurswet tot stand. In de lange genese van deze wet werd gepleit voor het opnemen in deze wet van een exclusief recht van de muzikauteur op het openbaar maken van zijn werk. Op het laatste ogenblik werd dit recht geschrapt uit het ontwerp. Het opvoeringsrecht van dramatisch-muzikale werken werd daarentegen wel in de wet opgenomen. Dit artikel beschrijft het totstandkomingsproces van deze wet en de maatschappelijke drijfveren die werkten tegen het muziekuitvoeringsrecht.

We maken in het vervolg een onderscheid tussen opvoeren, dat wil zeggen het openbaarmaken op een podium van een toneelwerk, een muziek-dramatisch werk, een choreografie en pantomime (de werken van art. 10 lid 1 secundo en quattoro Auteurswet 1912) enerzijds en uitvoeren anderzijds, waaronder wordt verstaan het ten gehore brengen van muziekwerken met en zonder tekst (art. 10 lid 1 cinco Auteurswet 1912). De termen muziek-dramatisch, muzikaal-dramatisch en dramatisch-muzikaal zijn synoniemen. Ze worden door elkaar gebruikt.¹

De wet en verdragen in de vroege negentiende eeuw

De wet van 1817 was beperkt tot het kopijrecht; er dringt geen enkele notie door van een opvoerings- of uitvoeringsrecht.² De buitenlandse voorbeelden van een muziekuitvoeringsrecht- uit Frankrijk (Decreet van 1791 en jurisprudentie), Engeland (1842) en Duitsland (1837 en 1870) – volgde men in Nederland niet. Ook werd een exclusief recht tot opvoering van theaterwerken aan de toneelauteurs onthouden.

Zo regelde het Verdrag, tussen Frankrijk en Nederland gesloten, van 20 maart 1855 slechts het tegengaan van nadruk, *contrefaçon*, van kopij, dus slechts de bescherming van

* Reproducties muziekwerken met dank aan Albersen verhuur bv, Den Haag. Portretfoto's afkomstig uit de collectie van het Nederlands Muziek Instituut, Den Haag.

1 Dit artikel is een bewerking van het tweede deel van hoofdstuk 4 van L.J. Deuss, *Groot en klein recht*. Zutphen 2007. Daarin uitvoeriger verwijzingen naar wetten, jurisprudentie en literatuur. Mijn dank gaat uit naar prof. dr. B. Hugenholtz (Instituut voor Informatierecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam), begeleider van de masterscriptie die de grondslag vormde voor dit boek.

2 Zie de volledige tekst en samenvatting bij Chr. Schriks, *Het kopijrecht, 16de tot 19de eeuw. Aanleidingen tot en gevolgen van boekprivileges en boekhandelsusanties, kopijrecht, verordeningen, boekenwetten en rechtspraak in het privaat-, publiek- en staatsdomein in de Nederlanden, met globale analoge ontwikkelingen in Frankrijk, Groot-Brittannië en het Heilig Roomse Rijk* (Zutphen 2004), p. 713-719. Korte recapitulatie bij J.D. Veegens, *Het auteursrecht volgens de Nederlandse wetgeving* ('s-Gravenhage 1895), p. 15-29 en L. de Vries, 'Historische achtergrond van de Auteurswet 1912 en de Nederlandse toetreding tot de Berner Conventie', in: *AMI* (1990), p. 106.

letterwerken.³ Het uitsluiten van het opvoeringsrecht was zeker bewust. Bij het verdrag was een lijst van Franse decreten gevoegd die de onderwerpen regelden waarop het verdrag betrekking had. Het beroemde decreet van 11 januari 1791 staat er niet bij; duidelijker kan het punt niet worden gemaakt.⁴ Aldus zat het op- en uitvoeringsrecht tot laat in de negentiende eeuw in de Nederlandse wachtkamer.

Bezwaren tegen de wet van 1817 en voorstellen tot verandering

De kopijwet van 1817 had zo zijn nadelen, die bij het vorderen van de eeuw steeds pregnanter werden. In hoofdzaak werden de volgende aspecten als onbevredigend ervaren: de duur van het kopijrecht, de omschrijving van het vrije publieke domein, het ontbreken van een regeling voor verzamelwerken en mondelinge voordrachten, het vertaalrecht, de handhaving van het recht en het ontbreken van een regeling van de opvoeringsrechten.⁵ Een nieuwe wettelijke regeling werd nog lang tegengehouden, in dezelfde geest die in 1869 de afschaffing van de octrooiwet bewerkstelligde.⁶

Vanaf ongeveer het midden van de jaren zestig begon echter een actieve maatschappelijke beweging, vooral vanuit de Vereniging ter bevordering van de belangen des Boekhandels (VBBB). De VBBB kwam zelfs met een eigen voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling.⁷ De inspanningen van de VBBB werden ingegeven door de voortdurende conflicten tussen haar leden, die de mazen der wet zochten. Vooral op het gebied van het vertaalrecht werden, ondanks een onderling herenakkoord, regelmatig internationale sluiproutes bewandeld om de collega-concurrent een guldentje af te snoepen.

De VBBB had oog voor het ontbreken van op- en uitvoeringsrechten maar vond dat deze in een aparte wettelijke regeling moesten worden gegoten: 'regten der schrijvers van werken der toonkunst schijnen meerdere regeling te behoeven, dan in het verbod tot nadruk

3 'Overeenkomst tussen Nederland en Frankrijk tot wering van den nadruk van wetenschappelijke en letterkundige werken': Verdrag 20 Maart 1855, Wet van goedkeuring 12 Julij 1855, Besluit tot plaatsing in staatsblad 22 Julij 1855 Stbl. 1855, no. 101, 107. Franse tekst in L. Poizat, *Etudes sur le droit de propriété des auteurs français d'ouvrages dramatiques et littéraires en Hollande* (1909), bijlage 1, p. 9-11. Tweetalige tekst in Vereniging ter bevordering van de belangen des boekhandels, *Het letterkundig eigendomsrecht in Nederland. Wetten, traktaten, regtspraak benevens de wetgeving op de drukpers in Nederland en Nederlands-Indië* ('s-Gravenhage 1865), p. 32-42

4 VBBB, *Het letterkundig eigendomsrecht*, p. 41.

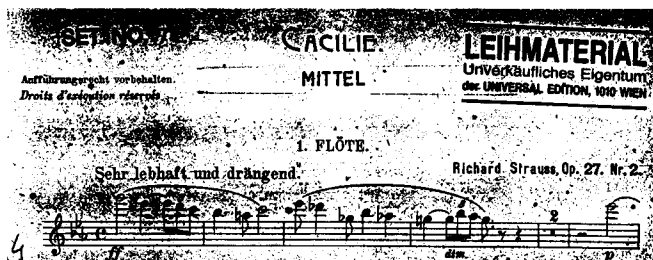
5 VBBB, *Het letterkundig eigendomsrecht*; A.C. Kruseman, *Bouwstoffen voor een geschiedenis van den Nederlandschen Boekhandel, gedurende de halve eeuw 1830-1880* (Amsterdam 1886-1887), deel I, p. 708 e.v.; J. Fresemann Viëtor, *Een bijdrage tot het leerstuk van den intellectuelen eigendom*. Utrecht 1868; *Memorie van toelichting 1877: Auteurswet 1881. Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884* (met een inleiding van Mr. Marijke Reinsma, Zutphen 2006); Veegens, *Het auteursrecht*, p. 10-49.

6 L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* (8e dr. 2000), p. 12. Fresemann Viëtor (*Een bijdrage 1868*) legt ons uitvoerig het verschil uit tussen bescherming van een uitvinding en bescherming van het auteursrecht. Het eerstgenoemde is een toevallige technische uitvinding, een momentopname, en de vinder kan deze zelf direct toepassen en er voordeel uit trekken; de auteur daarentegen is een professional, hij maakt van het schrijven zijn beroep en moet er zijn bestaan, ook en juist materieel, op kunnen inrichten.

7 VBBB, *Het letterkundig eigendomsrecht*; Schriks, *Het kopijrecht*, p. 441.



Titelblad van een werk van Richard Strauss, in 1911 tegelijkertijd uitgegeven in Wenen en Leipzig, met het voorbehoud van het muziekuitvoeringsrecht in de eenvoudige Duitse vorm.



van het notenschrift gelegen is.⁸ Dat was al een verbetering ten opzichte van een pleidooi van de uitgever-drukker Suringar, die de invoering van opvoeringsrechten in Nederland voor onmogelijk hield, aangezien dit ongekend was en tegen de gewoonte indruiste.⁹ In het VBBB-voorstel van een nieuwe auteurswet komen ze niet voor.

8 VBBB, Het letterkundig eigendomsrecht, p. 256-257. Zie ook Kruseman, *Bouwstoffen*, deel II, p. 585 en het volgende typerende citaat (deel I, p. 275): 'In Frankrijk en Duitsland leeft men meer voor de zinnelijke vermaken; daar houden de schouwburgen, bals en concerten de hoofden en harten meer bezig, dan hier onder ons, deftige Hollanders, die Amsterdam wellicht uitgezonderd, bijna geen openbare vermakelijkheden kennen. Iedereen leest hier, door het gansche land waar ge komt, in het minste burgerhuisgezin, vindt ge boeken.'

9 G.T.N. Suringar, *Notes et remarques sur quelques solutions présentées par le Comité d'organisation du Congrès de la reconnaissance internationale de la propriété littéraire et artistique. Pour les membres du congrès.* Leeuwarden 1858.

NOUVELLE ÉDITION.

THÉÂTRE de L'OPÉRA-COMIQUE

DON CÉSAR de BAZAN

Opéra-Comique
en 4 Actes,
DE
M. A. D'ENNERY & J. CHANTEPIER.

Musique de
J. MASSENET

Partition pour CHANT SEUL
Prix: 4^{fr} net.

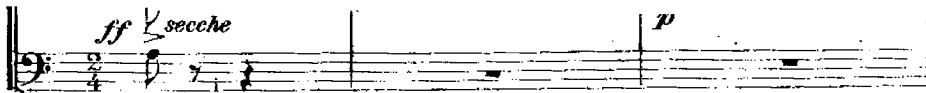


Paris, G. HARTMANN et C^{ie} Éditeurs,
20, Rue Daunou.

G. HARTMANN & C^{ie}
ÉDITEURS
20, Rue Daunou
PARIS

Tous droits de représentation de traduction et de reproduction réservés pour tous pays.

Hetzelfde voorbehoud in de
uitvoerige Franse vorm in
een uitgave van 1874.



All.^o Brillante (♩ = 114)

Tutti i diritti d'esecuzione, rappresentazione, riproduzione, traduzione e trascrizione sono riservati.
Proprietà E. SONZOGNO. MILANO.

Copyright 1896 by Edouardo Sonzogno

Het voorbehoud in de uitgebreide Italiaanse vorm, daarbij inbegrepen de geluidswaergave, aan de voet van de eerste muziekpagina van een uitgave uit 1896 van de opera van Umberto Giordano, Andréa Chénier. De uitgever houdt zich de eigendom van de partituur voor, die niet werd verkocht maar alleen 'onder verhuur' ter beschikking werd gesteld.

Enige Nederlandse toondichters, onder wie vooral de maatschappelijk zeer actieve mr. Henri A. Viotta moet worden genoemd, toonden zich een ijverig voorstander van een wettelijke regeling van het opvoerings- en uitvoeringsrecht.¹⁰ Veel steun in de maatschappij vonden zij niet. Daarentegen zag het Nederlands Tooneelverbond wel degelijk het belang in van de opvoeringsrechten. Deze landelijke vereniging, opgericht in 1870, bundelde een aantal begunstigers van het 'betere' toneel, dat serieuze werken van een bijzondere literaire of dramatische kwaliteit programmeerde. De leden steunden het opvoeringsrecht uit respect voor het werk van de auteur. Er was een afdeling in Gent (België), die er herhaaldelijk op wees hoe werken van Belgische schrijvers in Nederland werden *gemaltraitéerd*. Een commissie van leden rapporteerde in 1874 op de jaarvergadering over het opvoeringsrecht en er werd besloten een 'adres' aan de regering te sturen ten gunste van de invoering van dit recht.¹¹

Internationale voorbeelden

De nieuwe Duitse auteurswet van 1870 diende hen tot voorbeeld en inspiratiebron, meer nog dan de Franse regelingen. Deze stonden weliswaar aan de bron van deze rechten maar berustten op jurisprudentiële uitleg van wettelijke bepalingen, die op zichzelf genomen vrij onduidelijk waren geformuleerd. De Franse praktijk was intussen door de activiteiten van SACD¹² – collectief beheer van opvoeringsrechten van toneelwerken, muziek-dramatische, en choreografische werken – en Sacem¹³ – collectief beheer van muziekuitvoeringsrechten – duidelijk gevestigd en, waar mogelijk, ook werkzaam over de grenzen. Vooral de SACD contracteerde binnen Nederland voor haar Franse repertoire 'op vrijwillige basis'.¹⁴ De Duitse wet van 11 juni 1870 was daarentegen expliciet: altijd uit- of opvoeringsrecht van niet gepubliceerde werken, van dramatische en dramatisch-muzikale werken altijd opvoeringsrecht, ook na publicatie; van muziekwerken alleen dan uitvoeringsrecht, wanneer op het titelblad van de gedrukte uitgave een duidelijk voorbehoud dienaangaande werd gemaakt.¹⁵ Engeland kende een soortgelijke wet. Nederland was in die tijd een eiland, het enige land met alleen een kopijrecht, te midden van drie grote landen, die hun auteurs de rechten van opvoering en uitvoering wel hadden toebedeeld.

¹⁰ Zie H.A. Viotta, *Het auteursrecht van den componist* (diss. Amsterdam 1877), p. 18.

¹¹ 'Verslag der derde Algemeene vergadering 6 oktober 1873', in: *Het Nederlandsch Toneel* 3 (1874), p. 15-16 en 'Verslag der vierde Algemeene vergadering van het Tooneelverbond 31 oktober 1874', in: *Het Nederlandsch Toneel – kroniek en kritiek* 4 (1875), p. 33-39; N. de Ridder, *Enige beschouwingen over kopierecht* (Utrecht 1875), p. 146-149.

¹² Société des auteurs et compositeurs dramatiques, opgericht 1829 (A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs Sacem-SACD*. Parijs 1971).

¹³ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, opgericht 1851.

¹⁴ A.A. de Pinto, 'Naar aanleiding van een toneelquaestie', in: *Weekblad van het recht* 5922 (3 oktober 1890).

¹⁵ Zie G. Schricker, *Urheberrecht. Kommentar* (München 1987), p. 82-83.

Nieuwe concepten in het Nederlandse auteursrecht

Het Ministerie van Justitie nam ten slotte het voortouw om te komen tot een nieuwe wettelijke regeling. Als ministers moeten worden genoemd de inspirator en opsteller J. Heemskerk Azn., de indiener der wet Van Lynden van Sandenburg en de verdediger ervan tijdens de parlementaire behandeling in 1881, Modderman, waarbij het bovengenoemde VBBB-concept als uitgangspunt diende.¹⁶ Men wilde tegemoetkomen aan de bovengenoemde bezwaren die in de praktijk van boekhandel en uitgeverij waren gerezen. Tevens wilde men de grote verschillen met de andere, vooral met de ons omringende landen vermindere. Bovenal was het echter gewenst een conceptuele vernieuwing tot stand te brengen. In de wet van 1817 is de drager van het recht, het rechtssubject, de 'auteur'; echter, met de auteur verbonden door het nevenschikkend voegwoord 'of' staan genoemd 'zijne rechtverkrijgenden'. Dat waren in de praktijk veelal de drukkers en uitgevers, die de houders waren geweest van de oude republikeinse kopijrechtelijke drukprivileges en zich ook nu door de auteur een kopijrecht konden laten overdragen. De Minister wenste nu een echte auteurswet, met als rechtssubject de maker. Dat zou dan de weg vrijmaken tot het toekennen van meer rechten aan de auteur dan het drukrecht alleen¹⁷ en ook overigens de systematiek en het begrip van de wet verbeteren.

Een aantal belangrijke klippen moesten worden genomen eer het zover was. We noemden al het verschil tussen een auteur, een professionele maker, en een uitvinder, een toevallige maker. Dan het nieuwe, abstracte, werkbegrip waarbij de conceptuele inhoud van een werk wordt beschermd en pas daarvan afgeleid de gematerialiseerde vorm, hetgeen uitstijgt boven het voordien gebruikelijke heel concrete begrip dat louter de vorm als aanknopingspunt voor het recht hanteerde.¹⁸ Vervolgens, nauw hiermee verbonden, de uitbreiding van het verveelvoudigingsrecht: bewerkingen in de muziek,¹⁹ vertalingen in de literatuur, toneelversies van romans in de scenische kunsten. En ten slotte – en dat is hier aan de orde – ook de uitbreiding van het openbaarmakingsrecht, eveneens volgend uit het nieuwe abstracte werkbegrip. Niet alleen de openbaarmaking in de vorm van een vermenigvuldiging is beschermd maar elke openbaarmaking van het werk. In zijn uiterste consequentie doorgevoerd impliceerde dus het nieuwe werkbegrip de wettelijke erkenning van de opvoerings- en uitvoeringsrechten.

¹⁶ R.J.Q. Klomp, 'Inleiding', in: J. Heemskerk Azn., *Voordrachten over de eigendom van voortbrengselen van den geest*. 2e dr. Amsterdam: 1869, fotomechanische herdr. Amsterdam 2000; 'Verslag' 1874 en 1875; De Ridder, *Enige beschouwingen*, p. 146-149; Veegens, *Het auteursrecht*, p. 39.

¹⁷ Viotta, *Het auteursrecht*, p. 9; J. Fresemann Viëtor, *Het auteursrecht: kantteekeningen op het ontwerp wet tot regeling van het auteursrecht*. Utrecht: 1877 en J. Fresemann Viëtor, 'Praeadvies: Naar welk hoofdbeginsel moet de Staat de rechten van schrijvers en kunstenaars op het product van hun arbeid regelen', in: *8 Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* (1877), p. 34-49.

¹⁸ S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de auteurswet 1912* (Arnhem 1988), p. 60 e.v. HR 28 juni 1946, NJ 712: (Van Gelder-Van Rijn) '... dat alleen de vormgeving die uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet.'

¹⁹ Viotta (*Het auteursrecht*) legt ons heel goed uit hoever het recht van het originele muzikale werk reikt.

Henri Viotta deed met zijn in 1877 gepubliceerde dissertatie een vergeefs gebleken pleitdooi voor het opnemen van het muzikauteursrecht in de wet van 1881.



A. G. Greiner

Henri Viotta



Wagenaar

W. S. Greiner

Johan Wagenaar, rond de eeuwwisseling Nederlands meest vooraanstaande componist, prominent lid van het Genootschap van Nederlandse Componisten (GeNeCo) en pleitbezorger voor het invoeren van het muzikauteursrecht in Nederland.



Jan van Gilse, componist, dirigent en publicist, voorzitter van GeNeCo en Buma, nadat de auteurswet van 1912 het muzikauteursrecht in Nederland vestigde.

A.A. Noske, muziekuitgever te Middelburg en Den Haag, steunde actief de lobby voor de invoering van het muzikauteursrecht in Nederland. Als uitgever lid van Buma in 1912.



A. GREINER



AMSTERDAM

Op- en uitvoeringsrecht in de concept-wet

In zijn Ontwerp²⁰ wenste de Minister beide rechten in te voeren. Hij maakte daarbij onderscheid tussen toneelwerken en muziek-dramatische werken enerzijds en muzikale werken anderzijds, elke categorie met een eigen regime. Het opvoeringsrecht voor de werken in de eerste categorie werd altijd voorbehouden aan de auteur, met voor gepubliceerde werken een kortere beschermingsduur dan voor ongepubliceerde. Het muziekuitvoeringsrecht kon de auteur zich alleen voorbehouden wanneer dat uitdrukkelijk werd vermeld op het omslag of eerste bladzijde van het gedrukte werk.

Als rechtvaardigingsgronden werd aangevoerd:

- *primo*, het toekennen van deze rechten beantwoordde aan het doel van de wet, namelijk het bevorderen van het algemene belang van voldoende creativiteit in de samenleving, als gevolg waarvan het garanderen van een betere inkomenspositie van de auteur noodzakelijk was;
- *secundo*, deze rechten bestonden in de ons omringende buitenland en we moesten internationaal in de pas blijven lopen.²¹

Dit was maatschappelijk niet onomstreden: desinteresse bij boekhandelaren en uitgevers, een verdeelde toneelwereld waar de standpunten van het Tooneelverbond stuitten op tegenstand van schouwburgdirecteuren, weinig gehoor voor componisten. Tegen waren die parlementariërs die bang waren dat er teveel Nederlands geld naar het buitenland zou vloeien. De belangrijkste buitenland waren natuurlijk voor. De Franse SACD contracteerde reeds regelmatig met Nederlandse producenten maar had geen mogelijkheid op te treden tegen in hun ogen illegale praktijken, zodat de wel contracterende producenten zich niet konden verweren tegen collega's die op slinkse wijze erin slaagden het grote repertoire gratis te bemachtigen en zich zo een concurrentievoordeel verschaffen.

Rechtvaardiging van de vernieuwing van het auteursrecht

Tegen deze achtergrond moet het juridisch discours van die dagen worden begrepen.²²

Op de voorgrond trad de vraag naar de rechtvaardigingsgronden van de uitgebreide auteursbescherming. Men zocht die in algemene rechtsbeginselen of maatschappelijke eisen. Was (1) een Romeinsrechtelijke grondslag mogelijk, zoals het concept van onver-

²⁰ Ontwerp van wet, ingediend 13 juli 1877 door Minister van Justitie Van Lynden van Sandenburg, zie tekst in *Auteurswet 1881. Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*; ook in J. van den Kastelee, *Het auteursrecht in Nederland* (diss. Leiden 1885), bijlage 1, p. 184 e.v.

²¹ MvT 1876-77 no. 202, par. 1 (*Auteurswet 1881. Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*).

²² Zie Fresemann Viëtor, *Een bijdrage 1868, Het auteursrecht 1877 en 'Praeadvies' 1877*; Viotta, *Het auteursrecht*; De Ridder, *Enige beschouwingen*; Kruseman, *Bouwstoffen*, deel II, p. 586-589; Veegens, *Het auteursrecht*, p. 54-55.

schuldigde betaling (*furtum usus*, Inst. IV. 1, 6). De gebruiker van een geestelijk werk verrijkt zich en is dus gehouden deze verrijking te honoreren. Of kon er (2) gesproken worden van een grondslag, te vinden in een natuurlijk recht van de auteur? Een natuurlijk recht, hetzij door God gegeven of voortspruitend uit de aard van mens, zoals geformuleerd in het adagium: 'De arbeider heeft recht op het product van zijn arbeid, mits hij dat loon bedongen heeft.'

Dergelijke opvattingen werden verdedigd door onder anderen A.F. de Savornin Lohman.²³ Hier tegenover kwam naar voren dat deze opvattingen leidden tot onduidelijkheid en tot allerlei afbakeningsproblemen en dat geen bestendig maatschappelijk systeem gebouwd kon worden op een onzeker concept als vrijwillige betaling. Een gevolg zou ook zijn eeuwigdurende monopolies, hetgeen ongewenst werd geacht.²⁴

Of moest men (3) de grondslag vinden in het algemeen belang? In de woorden van Fresemann Viëtor: '[...] eischt niet het welbegrepen belang van den staat hier het verleenen van een [...] monopolie?'²⁵ Deze derde weg is een beperkt monopolie, gerechtvaardigd door het maatschappelijk belang dat gehecht wordt aan scheppende kunst en wetenschap:

Er moet zoveel mogelijk bescherming worden verleend als nodig is om de individuen aan te moedigen tot de arbeid en de onkosten vereist voor productie, en tegelijkertijd moet die bescherming zodanig worden beperkt, dat het product – wat het ook zij – gemakkelijk voor het publiek verkrijgbaar is.²⁶

Het is opvallend hoe nuchter de Nederlandse juristen, bijeengekomen op hun jaarvergadering in Leeuwarden in 1877, hieronder blijven. Het debat is weliswaar fel en op het persoonlijke af, maar wanneer de kernvraag ter stemming komt worden alle hoogdravende theorieën met op een of twee na algemene stemmen verworpen, en met dezelfde stemverhouding, maar dan voor, schart men zich achter de stelling: 'Wie boeken wil, steune de auteur'²⁷. Een op het algemeen belang berustende utilitaire grondslag voor het auteursrecht, dezelfde die de minister volgde. Heel nuchter en praktisch dus, wars van alle revolutionaire Franse of idealistische Duitse retoriek. Een late volger moet het zich niet te moeilijk maken.

Diezelfde nuchterheid vinden we terug in de parlementaire behandeling van de nieuwe wet. 'Bij de vaststelling van de auteurswet werden aan den theorethischen grondslag van het recht slechts weinig woorden gewijd'.²⁸ Weliswaar verwijst de Minister enige malen

23 A.F. de Savornin Lohman, 'Over de regten van den uitvinder', in: *Themis* 9 (1862) 213-278.

24 Geciteerd in Fresemann Viëtor, 'Praeadvies' 1877, p 36 e.v. De argumenten van Fresemann Viëtor en De Ridder lijken rechtsreeks ontleend aan het Engelse debat van 1841, zie T.B. Macauley, 'Copyright', in zijn *Speeches of T.B. Macauley* (Leipzig 1853), deel 1, p. 273-304 en de Nederlandse vertaling (verkort): 'Kopijregt', in: *Keur van de reedevoeringen van Macauley* ('s-Gravenhage 1855), p. 164-171.

25 Fresemann Viëtor, *Een bijdrage* 1868, p. 1.

26 De Ridder, *Enige beschouwingen*, p. 44.

27 Fresemann Viëtor, 'Praeadvies' 1877.

28 Veegens, *Het auteursrecht*, p. 54.

naar ‘de vruchten van zijn arbeid’²⁹ maar hij doelt daarmee toch vooral op de utilitaire grond, dat het goed is voor de samenleving dat de auteur een zelfstandig eigen inkomen kan verwezenlijken. Dit is ook de mening van het overgrote deel van de leden der Tweede Kamer.³⁰ Maar juist die nuchterheid belet het principieel overwinnen van weerstanden en geeft ruimte voor gelegenheidsargumenten. Die komen ten volle aan het licht tijdens de kamerbehandeling over de uit- en opvoeringsrechten.

Het op- en uitvoeringsrecht en de parlementaire behandeling van de wet van 1881

In het ontwerp van wet werd het uitvoeringsrecht van de componist nog wel erkend. Dat bevatte de zinsnede ‘alsmede om muziek- en toneelwerken uit of op te voeren [...]’,³¹ mede naar analogie van de Duitse auteurswet. In rechtsgeleerde kringen van die tijd, nationaal en internationaal, leek het opvoeringsrecht algemeen geaccepteerd³² maar over het uitvoeringrecht (van muziekwerken) was de Nederlandse doctrine zeer aarzelend.³³ Minister van Justitie Modderman, die intussen de indiener van het ontwerp Van Lynden van Sandenburg was opgevolgd, stuitte op dit punt op verzet van de Kamer, dat was gebaseerd op de ‘dubbele inkomsten’-these.³⁴ De componist verdiende immers al aan het laten drukken, waarom dan nog verdienen aan de uitvoering?³⁵ In de Memorie van wijziging wordt de principiële visie door de minister ingeruild voor een pragmatisch standpunt. Hij vergelijkt dan de uitvoering van een muziekstuk met de voordracht van een gedicht. Het declameren van een gedrukt gedicht is niet onderhevig aan auteursrechtelijke beperkingen, dus de uitvoering van een gedrukt muziekstuk ook niet: ‘[...] zoo vordert de consequentie dat ook bij muziekwerken het uitsluitend opvoeringsrecht tot dramatische werken [...] worde beperkt’,³⁶ aldus de Minister, die vervolgt: ‘Trouwens alleen bij deze soort van muziekwerken bestaat de behoefte aan een uitsluitend opvoeringsrecht, ook na uitgave.’ Welke muzikale werken als dramatisch moeten worden gezien is nauwelijks punt van discussie. De minister maakt duidelijk wat hij met dramatisch-muzikale werken bedoelt. Het is een subcategorie van muziekwerken die omvat ‘oratoria, opera’s etc.’³⁷ Kort gezegd: ‘Werken met

29 Bijvoorbeeld MvT 1876-1877, no. 202 par. 3 (Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*).

30 VV II 1877-78 no. 25, par. 1 (Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*).

31 Kastele, *Het auteursrecht*, p. 184; Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*, p. 4 (par. 2, 3e alinea MvT 13 juli 1877).

32 Freseman Viëtor, *Het auteursrecht 1877*, p. 36.

33 Freseman Viëtor, *Het auteursrecht 1877*, p. 34-35; Viotta, *Het auteursrecht*, p. 9.

34 Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*, p. 13 (par. 2 Voorlopig verslag Tweede Kamer 1877-78, no. 25).

35 VV II 1877-78 no. 25, par. 2; GO 1881, *Handelingen II 2 juni 1881*, p. 1637 (Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*); Veegens, *Het auteursrecht*, p. 43.

36 Geciteerd bij Kastele, *Het auteursrecht*, p. 91; Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*, p. 12 (MvA 22 september 1880).

37 Kastele, *Het auteursrecht*, p. 91; VV no. 7, TK 1877-78, par. 2 (Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*).

een handeling op het tooneel'. Als voorbeeld geeft de minister opera's en dan zowel grand opera (alleen gezongen tekst) als opera bouffe (met gesproken tekst), als oratoria.³⁸

Vermogensrechtelijke argumenten spelen hierbij een belangrijke rol. Het is immers onwaarschijnlijk dat de makers van toneelwerken alleen uit de verspreiding van gedrukte uitgaven van hun werk een substantieel inkomen kunnen verwerven. Bijgevolg zou het wegeven van het opvoeringsrecht erop neerkomen dat de auteurs gedwongen zouden zijn hun werk geheim te houden, althans niet te publiceren, zodat ze langer konden profiteren van hun creatieve arbeid. Dit zou weer misstanden in de zin van overschrijven zonder toestemming in de hand werken.³⁹ Al met al een ongewenste situatie, zowel maatschappelijk als voor de individuele auteur, die met het toekennen van het uitsluitend opvoeringsrecht kon worden bestreden.⁴⁰ Voor 'gewone' muziekwerken kon echter blijkbaar ten slotte toch hetzelfde regime als voor geschriften gelden, dus geen uitvoeringsrecht.

Kern van het regeringsstandpunt is het verschil in weging van de vermogensrechtelijke aspecten van de twee werkcategoryën. Het opvoeringsrecht voor gedrukte 'toneelwerken en dramatisch-muzikale werken' blijft overeind, omdat – weer heel praktisch – gesteld kan worden dat de verdiensten die de auteur kan genieten uit het in druk laten verschijnen van zijn werk in het niet vallen bij die van de opvoering.⁴¹ Als concessie kan worden gezien de beperkte duur van dit recht, dat de auteur zich bovendien uitdrukkelijk moest voorbehouden. Op het titelblad van de uitgave moest dit voorbehoud worden afgedrukt (art. 12 Auteurswet 1881). De duur van het recht was dan een tijdsperiode van tien jaar na dagtekening van de bevestiging van ontvangst van depot (art. 15 sub 2 jo lid 11 Auteurswet 1881). Wanneer het werk niet 'door den druk is gemeen gemaakt' is de beschermingsduur dertig jaar na schrijvers' dood (art. 15 sub 1 Auteurswet 1881).⁴²

Het niet toekennen van het opvoeringsrecht zou betekenen dat de auteurs hun werk juist niet zouden laten drukken, wat de verbreiding van cultuur meer zou belemmeren dan het bemoeilijken van de theaterproductie door het heffen van tantièmes.

Het muziekuitvoeringsrecht van gedrukte muzikale werken sneuvelde echter. Voor gedrukte muziek – men dacht hier waarschijnlijk vooral aan kamermuziek, niet aan de grote symfonische werken – is er een markt die wel vergelijkbaar kan worden geacht met die van boeken (grote oplages en dus een redelijk inkomen voor de componist), terwijl men terugschrikt voor de uiterste consequentie van de wet, namelijk dat een componist uitvoering

38 J.G. Robbers, *Het auteursrecht. Opmerkingen – beschouwingen* (Rotterdam 1896), p. 36. Zie MvA II 1880-81, no. 15, par. 2 (Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*).

39 J.E. Belinfante geeft een geweldig voorbeeld hiervan in zijn boek *De wet van 28 juni 1881 (Stbl. No. 124) tot regeling van het auteursrecht: literatuur en rechtspraak 1882-1910* ('s-Gravenhage 1910), p. 219-232.

40 Zie D. Peepkorn, 'De verklaring van de rechten op voortbrengselen van de geest', in: AMI (2002), p. 185; Schriks, *Het kopijrecht*, p. 191 e.v.

41 In de woorden van die tijd (over tekstboekjes van opera's, oratoria en andere toneelstukken): 'In den regel zullen (zij) slechts een beperkt debiet hebben'. Antwoord van Minister Modderman op vragen van het kamerlid Gratema, *Handelingen II 2 juni 1881*, p. 1638 (Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*); Veegens, *Het auteursrecht*, p. 45, 85-86.

42 MvA 1880-81, no. 15, par. 2 (Auteurswet 1881. *Parlementaire geschiedenis wet 1881-ontwerp 1884*).



Het maatschappelijk draagvlak voor het muziekkuitvoeringsrecht wordt verbeeld door dit groepsportret (circa 1920), dat dirigenten, musici, zakelijke en artistieke leiding en bestuur in een beeld verenigt. V.l.n.r. S. Bottenheim, Cornelis Dopper, Willem Mengelberg, P. Cronheim, baron Roëll, Rudolf Mengelberg, H.J. de Marez Oyens, Van Goudoever, Loevenssohn. (Foto: Max Hirsch, Hamburg.)

zou kunnen verbieden dan wel 'zomaar' geld vragen voor uitvoering, wat het gebruik van muziek zou onderwerpen aan de willekeur van de maker – een schrikbeeld! Men vindt dus dat een auteur die zijn werk laat drukken daarmee zijn rechten heeft uitgeput.

In het definitieve wetsvoorstel keert het muziekuitvoeringsrecht voor gedrukte werken niet terug. Ook hierop is in de Kamer dan weer kritiek vanwege de blijkbaar weinig principiële houding van de Minister. De opmerking dat de minister nu toch weer uit de pas loopt met het buitenland wordt door deze voor kennisgeving aangenomen. Ten slotte leggen de parlementariërs zich gemakkelijk bij neer bij het schrappen van het muziekuitvoeringsrecht. Het binnenlandse schrikbeeld van 'praktische bezwaren' domineert over het verlangen tot harmonisatie met het buitenland. Op dit punt worden bij de definitieve kamerbehandeling geen vragen of opmerkingen meer gesteld. De eindstemming is 60 voor, één tegen, hoewel de Kamer zich juist bij de stemming over artikel 15 zeer verdeeld toont. Daarmee worden de volgende artikelen opgenomen in de wet:

Artikel 1 Aw 1881 (aangenomen met algemene stemmen): Het recht om [...] dramatisch-muzikale werken en tooneelwerken in het openbaar uit of op te voeren, komt uitsluitend den auteur en zijnen rechtverkrijgenden toe.

Artikel 12 Aw 1881 (aangenomen met algemene stemmen): De uitsluitende bevoegdheid om dramatisch-muzikale werken of tooneelwerken uit of op te voeren, gaat verloren zoodra die werken door den druk zijn gemeen gemaakt, tenzij de auteur bij de oorspronkelijke uitgave, op het titelblad of bij gebreke daarvan op den omslag van het werk, zich die bevoegdheid uitdrukkelijk voorbehoudt.

Artikel 15 Aw 1881 (aangenomen met 37 tegen 22 stemmen): De uitsluitende bevoegdheid om dramatisch-muzikale werken of tooneelwerken uit of op te voeren duurt: (1) voor niet door den druk gemeen gemaakte werken tijdens het leven van den auteur en dertig jaren na zijn dood, (2) voor door den druk gemeen gemaakte werken waarbij die uitsluitende bevoegdheid werd voorbehouden, gedurende tien jaren sedert de dagteekening van het in art. 11 Aw 1881 vermelde bewijs van ontvangst.

Daarmee was het lot der muziekuitvoeringsrechten definitief bezegeld. We wilden er niet aan, niet zozeer vanwege enig principe maar uit gebrek aan inzicht in het maatschappelijk belang ervan, mercantilistische schijnredenen en de schrik voor een absoluut verbodsrecht op muziekuitvoeringen. Het duurde nog tot de nieuwe auteurswet van 1912 eer Nederland zich op dit punt zich durfde te voegen bij de overige Europese landen.

DOUWES DEKKER VS MR. J. VAN LENNEP REVISITED¹

Door bemiddeling van mr. W.J.C. van Hasselt was Eduard Douwes Dekker (Multatuli) in contact gekomen met mr. Jacob van Lennep. Douwes Dekker was toen nog een beginnend schrijver, Van Lennep was een beroemd auteur; tevens was Van Lennep rijksadvocaat. Het zal in november 1859 zijn geweest dat Van Hasselt aan Van Lennep het manuscript bracht van *Max Havelaar*.² In een – mede voor Dekker bestemde – brief aan Van Hasselt, schreef Van Lennep na lezing van dat manuscript dat hij de roman bl... mooi vond, en dat de *Havelaar* bij een fatsoenlijke uitgever zou moeten verschijnen. Van Lennep was bereid, zo schreef hij Van Hasselt, om Dekker daartoe behoorlijke condities te bezorgen. Dekker moest hem dan wel wel *carte blanche* geven.³

Dekker was hemelsblij met de reactie van Van Lennep en diens bereidheid zich voor een uitgave van de *Havelaar* in te zetten. Zo kon het gebeuren dat Dekker bij akte van 25 januari 1860 het kopijrecht van *Max Havelaar* aan Van Lennep overdroeg. Vrijwel onmiddellijk daarna droeg Van Lennep dit kopijrecht over aan de uitgever De Ruyter (of De Ruijter). Deze heeft de *Havelaar* vervolgens uitgegeven. Na het verschijnen van de eerste druk in 1860 ontstond tussen Douwes Dekker en Van Lennep een conflict. Dekker dagvaardde Van Lennep en verloor in twee instanties.

De desbetreffende uitspraken van de rechtbank Amsterdam en het Provinciaal Gerechtshof van Noord Holland, zijn hierna onder (I) en (II) opgenomen. In 2004 maakte mijn vroegere collega, mr. L. Frijda, voorheen vice-president van het Gerechtshof te Amsterdam, bij wijze van *spielerei* de hierna onder (III) opgenomen variant op deze uitspraken (verder: de variant-Frijda). Frijda besliste het geschil naar de regels van het thans geldende recht. En zie, Douwes Dekker wint. Onder (IV) heb ik de uitspraken van een noot voorzien.

Om zich een beeld te vormen van de feiten, kan men het beste eerst de feitenvaststelling (i) tot en met (xv) van de variant-Frijda (III) lezen.

Ter aanvulling zij een gegeven vermeld, dat door de auteurs die over het proces Douwes Dekker vs mr. Van Lennep hebben geschreven niet word vermeld, maar dat nochtans van belang is voor inzicht in het juridisch kader waarbinnen dit geding zich heeft afgespeeld: mr. J.G.A. Faber, de advocaat van Douwes Dekker, had voorafgaand aan het proces bij deurwaardersexploit van 17 november 1860 aan Van Lennep en aan uitgever De Ruyter de

¹ Dit artikel is een bewerking van (het tweede gedeelte van) een voordracht voor de vergadering van de Vereniging voor Auteursrecht van 19 mei 2006. Het werd eerder gepubliceerd in AMI, tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht 2007/1. De hier gepubliceerde tekst wijkt enigszins af van deze eerdere publicatie.

² Zie Multatuli *Volledig Werk*, deel 10, p. 116.

³ Zie VW, deel 10, p. 117 en 118, brief van 18 november 1859.

lastgeving aan Van Lennep tot uitgave van de *Havelaar* opgezegd. De dagvaarding volgde op 14 december 1860.

(I) **Oorspronkelijk vonnis rechtbank Amsterdam 29 mei 1861 (uittreksel)⁴**

In Naam des Konings!

De Arrondissements regtbank te Amsterdam
Eerste Kamer
heeft het volgende vonnis gewezen.
No. 97.

Eduard Douwes Dekker eervol ontslagen adsistent resident van Lebak thans zijn woonplaats hebbende in het Hôtel Le Marechal de Turenne te 's Hage
Eischer (enz.)
Procureur F.E. Dammers (enz.),
op en jegens
Mr. J. van Lennep advocaat wonende te Amsterdam op de Keizersgracht bij de Leids-
estraat C.C. No. 712.
Gedaagde (enz.)
Procureur M. W. Luber Jr.

Frederik Ernst Dammers als Procureur voor den Eischer concludeert dat de Gedaagde zich bij vonnis van de Regtbank zal horen veroordelen om aan den Eischer te doen rekening van den bezorging der uitgave van het werk *Max Havelaar* en de ontvangsten daarvan te verantwoorden met aanbod van den Eischer om den Gedaagde schadeloos te houden en de aangegane verbintenissen na te komen volgens de wet. (enz.)

De Regtbank
Gehoord partijen
Gezien de Stukken

Overwegende ten aanzien der daadzaken.

Dat de Eischer beweert in het laatst van het jaar 1859 aan de gedaagde te hebben opgedragen om ten zijnen behoeve de uitgave te bezorgen van een door hem Eischer geschreven werk getiteld *Max Havelaar* of de Koffijveilingen der Nederlandsche Handel Maatschappij.

Dat dit werk is uitgekomen en daarvan reeds een tweede druk is verschenen, dat hij eischer tot in de maand Juny van het jaar 1860 verschillende gelden van den gedaagde tot een bedrag van een Duizend twee Honderd gulden heeft genoten, doch dat de gedaagde zoude weigeren om verder rekening en verantwoording te geven van hetgeen hij met het handschrift had verrigt en hoe hij zich van die lastgeving had gekweten, weshalve hij

⁴ Geciteerd uit en volledige tekst in VW, deel 10, p. 461 e.v.

zich genoodzaakt had gezien bij geregistreerd Deurwaarders exploit van den 16 november 1860 die lastgeving op te zeggen.

Dat de eischer dien ten gevolge thans de gedaagde heeft gedagvaard en geconcludeerd [enz. DP: zie hiervoor].

Dat de gedaagde bij conclusie van antwoord heeft ontkend bij de uitgave van het werk Max Havelaar ooit als lasthebber van den Eischer te hebben gehandeld, doch beweert den eigendom van het kopyrecht over dat werk van den eischer te hebben overgenomen, onder beding dat hij aan den eischer zoude uitkeeren in zes maandelijksse termijnen een som van een Duizend twee Honderd gulden, welke hij (...) aan den eischer had uitgekeerd en hij mitsdien aan den eischer niet als lasthebber rekenpligtig was, concluderende op die gronden tot ontzegging (enz.)

(...)

Overwegende in regten.

Dat de Eischer zich op lastgeving beroepende als grond zijner actie bij de ontkenenis des gedaagden het bestaan van die overeenkomst moet bewijzen.

Dat dit bewijs niet is geleverd.

Dat integendeel uit de door den gedaagde overgelegde en door den Eischer geteekende en erkende onderhandsche akte van den 25 januari 1860 (...) volgt dat den eigendom van het handschrift op den gedaagde is overgedragen zonder dat daarbij door den eischer enige reserve is gemaakt.

Dat hetgeen tusschen de partijen vóór het opmaken van die akte is voorgevallen en als in confesso zijnde is aantemerken op de duidelijke bewoordingen van die akte van overdragt van geen invloed kan zijn om een ongeclausuleerde overdragt in eene handeling tusschen lastgever en lasthebber te veranderen.

Dat in eenen brief van den Eischer aan de gedaagde van den 7 April 1860 (...) de Eischer andermaal des gedaagden eigendomsregt van het handschrift erkent in de woorden: "het behoort U" vergezeld van de vraag "mag ik het vertalen?" Welke vraag indien hier aan eene betrekking tusschen lastgever en lasthebber te denken ware zeer zeker overbodig zoude zijn.

Dat eindelijk de door den Eischer beweerde lastgeving in lijnregten strijd is met zijne erkenning van des gedaagden eigendomsregt omdat terwijl het laatste den gedaagde volkomen en vrije beschikking als eigenaar toestaat het eerste daarentegen juist die vrije beschikking belemmert, omdat uit den aard der zaak de lasthebber terzake van zijnen last rekenpligtig en verantwoordelijk en dus niet als de eigenaar vrij in het beschikken is.

Dat alzoo wel verre van eenig bewijs voor de lastgeving te hebben geleverd de juridieke houding des Eischers juist het tegendeel van zijne bewering aantoot.

Gezien (enz.)

Ontzegt den Eischer zijn gedane vordering en veroordeelt hem in de proceskosten.

Gedaan en gewezen door de Heeren Mrs C.F. Gulcher fungeerend President, S. Wildschut en L.A.A. van Wensen regters en ter openbare terechtzitting van de eerste Kamer van den 29 Mei 1861 uitgesproken.

(II) Oorspronkelijk arrest van het Provinciaal Gerechtshof in Noord Holland van 22 mei 1862 (uittreksel) ⁵

In Naam des Konings!

In de openbare terechtzitting van het Provinciaal Gerechtshof in Noord Holland, kamer van Burgerlijke zaken van den twee en twintigsten Mei achttien honderd twee en Zestig (enz.)

is in Zake No. 950

Eduard Douwes Dekker eervol ontslagen Adsistent Resident van Lebak, thans zijn woonplaats hebbende te Amsterdam (...)

appellant (...)

procureur F.E. Dammers

Streckende deszelfs conclusie daartoe: dat het Hof vernietigende het ingestelde appel en het vonnis waarvan is geappelleerd alsnog aan den Eischer (nu appellant) zal toewijzen zijne in eersten aanleg gedane eisch en genomene conclusie, strekkende om aan den Eischer (nu appellant) te doen rekening van de bezorging der uitgave van het werk "Max Havelaar" en de ontvangsten daarvan te verantwoorden, met aanbod van den Eischer (nu appellant) om den gedaagde (nu geïntimeerde) schadeloos te houden, en de aangegane verbintenissen na te komen volgens de wet. (enz.)

Contra

den WeledelGestrengen Heer Mr. J. van Lennep, Advocaat, wonende te Amsterdam op de Keizersgracht;

Geïntimeerde (...)

procureur M.W. Luber Jr.

(...)

⁵ Geciteerd uit en volledige tekst in VW, deel 10, p. 662 e.v.

Het Hof

Gehoord de conclusie van den Appellant Eduard Douwes Dekker (enz.)

Gehoord de conclusie van den geïntimeerde Mr. J. Van Lennep (enz.)

Gezien de stukken;

Ten aanzien der feiten en gevoerde procedures overnemende hetgeen deswege voorkomt in het vonnis (enz.)

Overwegende wijders dat de appellant van dat vonnis in hooger beroep gekomen is en aangemerkt heeft, dat het vonnis van de stelling uitgaat, dat eene ongeclausuleerde eigendomsoverdracht niet eene handeling tusschen lastgever en lasthebber zijn kan, en dat de beweerde lastgeving in lijnregten strijd met de erkenning van het eigendomsregt der gedaagde is, met andere woorden, dat het mandaat geen oorzaak van eigendomsoverdracht kan zijn;

dat die stelling juridisch onjuist is, waaromtrent de appellant in een breedvoerig betoog getreden is, waarvan de toepassing in casu is, dat de gedaagde carte blanche verzocht en ook verkregen heeft om in het belang des Eischers het quaestieuze werk uit te geven, dat hij die taak volbragt heeft en daarvan rekening en verantwoording schuldig is, dat hij den koop en verkoop, waarop hij zich beroept bewijzen moet, dat hij zulks niet doet; dat in alle gevallen van eene overeengekomen koopsom niet blijkt, zonder welke geen koop denkbaar is; dat de erkenning van genoten waarde niets behelst dan eene verzekering van het regt van derden uit den door den mandataris gegeven titel;

dat in casu aan geen koop en verkoop te denken valt, waardoor de Gedaagde de uitsluitende beschikking over het werk in kwestie verkregen zou hebben, hetwelk reeds uit deze omstandigheid blijkt, dat hij het manuscript niet mogt vernietigen, het hem niet vrijstond het niet uittegeven, terwijl ook de morele zoowel als de juridieke verantwoordelijkheid op den eischer drukt, wiens belang de gedaagde bij de uitgever behartigde;

concluderende de Appellant op alle deze gronden tot vernietiging van het vonnis (enz.)

Dat de Geïntimeerde, na de grieven door den appellant tegen het vonnis a quo in het midden gebracht bestreden te hebben, opgemerkt heeft (enz.)

(...)

Overwegende ten aanzien van het regt;

dat een iegelijk, die beweert regt te hebben of zich op eenig feit tot staving van zijn regt beroept, het bestaan van dat regt of dat feit moet bewijzen;

dat de Appellant zich op lastgeving beroepende, als grond zijner vordering, het bestaan van die overeenkomst had moeten bewijzen;

dat dit bewijs niet is geleverd;

dat noch de ten processe bekende briefwisseling tusschen partijen, noch de brief van den Geïntimeerde aan een derde, waarop de appellant zich heeft beroepen, aantoon, dat de beweerde overeenkomst van lastgeving tot stand is gekomen.

Overwegende dat daarentegen, zoals de Regtbank terecht heeft opgemerkt, de in het vonnis aangehaalde acte van vijf en twintig January 1800 Zestig, waarbij de appellant zonder eenige reserve of voorwaarde verklaart het kopyregt van het meergenoemde werk aan den geïntimeerde te hebben afgestaan, en naar genoegen voldaan te zijn, en de brief van zeven April 1800 zestig, waarin de appellant aan den geïntimeerde schrijft: 'het boek behoort U, mag ik het vertalen', de gedachte aan het bestaan eener overeenkomst van lastgeving uitsluiten.

Dat derhalve de Regtbank, met juistheid oordeelende, dat de grond der actie niet bewezen is, terecht op dien grond den eisch heeft ontzegd.

Zich alzo vereenigende met het vonnis (enz.)

Gezien (enz.)

Bekrachtigt genoemd vonnis

Beveelt dat het volkomen gevolg zal hebben en verwijst den appellant in de kosten van het hooger beroep.

Aldus geoordeeld door de Heeren Mr. G. Schimmelpenninck Jzn, vice President, W.J.C. van Hasselt, J.J. Splitberger, C.D. Asser en J.F.F. van Valkenburg, Raden, (enz.).

(III) Revisited: het arrest Douwes Dekker ca. mr. Van Lennep zoals dit naar thans geldend recht zou hebben kunnen luiden

**Gerechtshof te Amsterdam
vijfde enkelvoudige burgerlijke kamer**

Arrest

in de zaak van

Eduard Douwes Dekker,

wonende te Amsterdam,

appellant,

procureur mr. F.E. Dammers,

t e g e n

mr. J. van Lennep,

wonende te Amsterdam,

geïntimeerde,

procureur mr. M.W. Lubber jr.

Appellant wordt aangeduid met Douwes Dekker en geïntimeerde wordt Van Lennep genoemd.

1. Het geding in hoger beroep

- 1.1. Bij dagvaarding van 21 november 1861 is Douwes Dekker in hoger beroep gekomen van het op 29 mei 1861 onder rolnummer 60.97 uitgesproken vonnis van de rechtbank te Amsterdam, gewezen tussen Douwes Dekker als eiser en Van Lennep als gedaagde.
- 1.2. Douwes Dekker heeft bij memorie van grieven gediend, zijn eis vermeerderd, bewijs aangeboden, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd, zakelijk, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en het door hem, Douwes Dekker na vermeerdering van eis gevorderde zal toewijzen, met veroordeling van Van Lennep in de kosten van het geding in beide instanties.
- 1.3. Daarop heeft Van Lennep geantwoord, bewijs aangeboden en geconcludeerd, zakelijk, dat het hof de vermeerdering van eis niet zal toestaan en het aangevallen vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling van Douwes Dekker in de kosten van het geding in hoger beroep.
- 1.4. Partijen hebben hun zaak doen bepleiten, Douwes Dekker door mr. J.G.A. Faber, advocaat te Amsterdam, en Van Lennep door mr. J.C. de Koning, eveneens advocaat te Amsterdam. Aan het hof zijn pleitnotities overgelegd.
- 1.5. Ten slotte hebben partijen recht gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud wordt beschouwd als hier ingevoegd.

2. De feiten

Op grond van het debat van partijen en de overgelegde bescheiden staat het volgende vast.

- (i) Douwes Dekker (pseudoniem Multatuli), destijds wonende te Brussel, is de auteur van het werk *Max Havelaar*. Van Lennep, wonende te Amsterdam, is schrijver en rijksadvocaat.
- (ii) Tussen partijen bestond reeds vóór 23 januari 1860 een vriendschappelijke relatie, onder andere af te leiden uit de overgelegde correspondentie en de aanhef van de hierna te relateren brief van 23 januari 1860. Ook wist Van Lennep vóór genoemde datum dat Douwes Dekker grote financiële problemen had.
- (iii) Uit de overgelegde correspondentie, zie onder meer de brieven van Douwes Dekker aan Van Lennep van 10 en 12 januari 1860, kan worden afgeleid dat Van Lennep opvattingen had over de inhoud van het boek in welke opvattingen Douwes Dekker zich niet kon vinden.
- (iv) Van Lennep heeft in de tevens voor Douwes Dekker bestemde brief van 18 november 1859 aan mr. Van Hasselt te kennen gegeven dat hij zich sterk wil maken Douwes Dekker bij het uitgeven van het boek (dat hij, Van Lennep, bl... mooi acht) behoorlijke voorwaarden te bezorgen, indien hij mij daaromtrent *carte blanche* wil geven.

- (v) Tijdens een bezoek van Douwes Dekker aan Van Lennep op 11 januari 1860 is tussen partijen afgesproken dat Van Lennep het boek zal laten drukken en aan Douwes Dekker fl. 200,- per maand voorschot zal geven op literair werk.
- (vi) De brief van 23 januari 1860 van Van Lennep aan Douwes Dekker houdt onder meer in:

Amice!

...

Ik ben nu bezig, Max H. te herlezen en met roode inkt, de nodige aanwijzingen te doen van het-geen in blanco gelaten moet worden: zo blijft uw h.s. ongeschonden ...

Om nu met de Ruyter een kontrakt te kunnen maken, dien ik het bewijs te hebben, dat ik daartoe het recht heb. Noch hij noch eenig uitgever zal natuurlijk drukken ... zonder overdracht van 't Kopijrecht, en dat kan ik hem niet overdragen zonder te kunnen aantonen dat ik het bezit...

- (vii) De 25 januari 1860 door Douwes Dekker ondertekende akte houdt diens verklaring in dat hij het kopijrecht over het werk heeft *afgestaan* aan Van Lennep en daarvoor naar *genoegen en volkomen is voldaan*. Van Lennep heeft daarbij nadien eigenhandig de aantekening gemaakt: *waarde vijfhonderd gulden*.
- (viii) Ingaande 15 februari 1860 heeft Van Lennep gedurende zes maanden aan Douwes Dekker een bedrag van fl. 200,- overgemaakt, in totaal derhalve fl. 1.200,-.
- (ix) Van Lennep heeft 4 februari 1860 een contract afgesloten met de boekhandel-uitgever J. de Ruyter en hem daarbij het kopijrecht *afgestaan*. De Ruyter heeft zich bij dit contract verplicht jaarlijks aan Van Lennep rekening en verantwoording te doen en aan Van Lennep de helft van de met de uitgave gemaakte netto winst uit te keren. Van Lennep heeft tevens het recht van toestemming bedongen in geval van vertaling van het boek.
- (x) In een naschrift bij de brief van 7 april 1860 van Douwes Dekker aan Van Lennep heeft Douwes Dekker geschreven: *En nog iets: het boek behoort U, mag ik het vertalen?*
- (xi) Op of omstreeks 14 mei 1860 komt de Havelaar uit. De oplage was 1300 exemplaren. De prijs fl. 4,-.
- (xii) 15 mei 1860 ontvangt Douwes Dekker drie exemplaren van de Havelaar. In een brief van dezelfde datum aan Van Lennep dankt hij *deze voor al de zorg*. Over de door Van Lennep doorgevoerde veranderingen laat Douwes Dekker zich niet uit.
- (xiii) In de maanden nadien zijn tussen partijen geschillen over de uitgave van de Havelaar gerezen, onder andere over het volgens Douwes Dekker geringe aantal naar Indië verzonden exemplaren en over het uitbrengen van een *volksuitgave* tegen een lagere prijs. Het laatste zit Douwes Dekker hoog, getuige diens brief aan Van Len-

nep van 12 oktober 1860, waarin Douwes Dekker tevens te kennen geeft dat hij de Havelaar niet aan Van Lennep zou hebben verkocht maar slechts met dankbaarheid diens hulp heeft aangenomen om het gedrukt te krijgen.

- (xiv) De door Douwes Dekker geraadpleegde prof. P.J. Veth schrijft 16 oktober 1860 in dit verband aan Van Lennep onder meer:

Een onbelemmerde verspreiding eener onkostbare tweede uitgave, ziedaar den billijke wensch van den auteur. Van uw standpunt moogt gij die afkeuren, de schrijver die, ik herhaal het, zijn Handschrift niet afstond opdat Gij u tusschen hem en het publiek zoudt plaatsen, die gaarne zelf de geheele verantwoordelijkheid zal dragen voor de gevolgen van hetgeen hij geschreven heeft, mag dunkt mij van uwe billijkheid verwachten, dat Gij niet verder aarzelen zult hem in staat te stellen om bij den herdruk van zijn werk zijn eigene inzichten te volgen.

- (xv) Op of omstreeks 27 januari 1862 heeft Van Lennep een brochure doen uitgeven met als inhoud een open brief aan Douwes Dekker. Uit die open brief kan het volgende worden aangehaald:

...

Dat ik de akte van cessie gevraagd heb, om met een uitgever een kontrakt te kunnen sluiten, dat is volkomen waar ...

...

Ik heb het boek aan den uitgever weder verkocht, en een overeenkomst met hem gesloten, die u niet aangaat.

3. De vorderingen van Douwes Dekker

- 3.1. In eerste aanleg heeft Douwes Dekker van Van Lennep, kort gezegd, rekening en verantwoording gevorderd, zich beroepende op lastgeving. Die vordering is door de rechtbank afgewezen omdat daarvan het bewijs niet is geleverd. Veeleer, aldus de rechtbank, is komen vast te staan dat de eigendom van het handschrift op Van Lennep is overgedragen zonder dat daarbij door Douwes Dekker enige reserve is gemaakt.
- 3.2. In hoger beroep heeft Douwes Dekker primair de nietigheid van de gesloten overeenkomst ingeroepen, daarbij een beroep doende op, kort gezegd, bedrog of misleiding dan wel dwaling.

Subsidiair vordert Douwes Dekker thans (a) door Van Lennep af te leggen rekening en verantwoording, (b) een verklaring voor recht dat de tussen partijen gesloten overeenkomst onverlet laat het recht van Douwes Dekker om te beslissen over de vorm, inhoud, oplage en verspreiding van de Havelaar en (c) Van Lennep te veroordelen om Douwes Dekker daartoe in de gelegenheid te stellen.

Tegen de vermeerdering van eis als onder de subsidiaire vordering geformuleerd, heeft Van Lennep zich niet verzet. Wel acht Van Lennep de primaire vordering in een te ver verwijderd verband staan met de oorspronkelijke vordering van Douwes Dekker. Reeds

daarom maar ook omdat hij in zijn verdediging door deze nieuwe vordering te zeer wordt belemmerd, dient naar het oordeel van Van Lennep in zoverre de vermeerdering van eis niet te worden toegestaan.

Het hof zal zich hierover nog niet uitlaten maar eerst de subsidiaire vordering van Douwes Dekker aan zijn oordeel onderwerpen.

4. *De beoordeling in hoger beroep van de subsidiaire vordering*

- 4.1. De grieven van Douwes Dekker, mede in aanmerking genomen de vermeerdering van eis, lenen zich voor gezamenlijke behandeling.
- 4.2. De rechtbank heeft terecht overwogen dat, anders dan Douwes Dekker betoogt, van een lastgeving niet kan worden uitgegaan. Er is wel degelijk sprake van de overdracht van het kopijrecht door Douwes Dekker aan Van Lennep. Een andere uitleg zou de in dit opzicht duidelijke akte van cessie te zeer geweld aandoen.

Daarmee is het tussen partijen gerezen geschil echter nog geenszins beslist. Nagegaan zal moeten worden hetgeen partijen met de overdracht hebben beoogd en bij de uitleg daarvan zal in de beschouwing moeten worden betrokken hetgeen partijen over en weer van elkaar in de gegeven omstandigheden hebben kunnen begrijpen en verwachten.

- 4.3. Bij de uitleg van hetgeen partijen met elkaar zijn overeengekomen speelt de overgelegde correspondentie, hiervoor onder 2 in essentie weergegeven, een belangrijke rol aangezien de akte waarbij Douwes Dekker het kopijrecht aan Van Lennep heeft overgedragen geen nadere bepalingen en voorwaarden kent. Verder is niet zonder betekenis dat, anders dan Douwes Dekker, Van Lennep als rijksadvocaat deskundig geacht moet worden op juridisch gebied zodat in geval van onduidelikheden het op de weg van Van Lennep had gelegen Douwes Dekker over de betekenis van de akte van overdracht en de gevolgen daarvan nader in te lichten. Voorzover dit laatste is gebeurd, betreft het echter slechts de door Van Lennep tegenover Douwes Dekker aangevoerde noodzaak van een akte van overdracht om (zie 2.(vi) hiervoor) met een uitgever te kunnen contracteren.
- 4.4. In de akte van overdracht is geen vergoeding opgenomen. De door Van Lennep genoteerde waardebepaling is eerst achteraf door hem toegevoegd. Deze waardebepaling heeft verder geen relatie met de vergoeding van fl. 1.200,- die Van Lennep aan Douwes Dekker heeft betaald.

Het hof is van oordeel dat de door Van Lennep aan Douwes Dekker betaalde maandelijkse bedragen niet zonder meer kunnen worden aangemerkt als vergoeding voor de overdracht van het kopijrecht. Deze maandelijkse bedragen waren immers reeds tussen partijen besproken voordat sprake was een overdracht van het kopijrecht. Deze maandelijkse bedragen vinden veeleer hun grond in de grote financiële

problemen die Douwes Dekker had en hadden veeleer ten doel Douwes Dekker en zijn gezin te ondersteunen door het betalen van een voorschot op de opbrengsten van literair werk.

In hoeverre partijen hebben beoogd het bedrag van fl. 1.200,- te verrekenen met de baten die zouden voortvloeien uit de uitgave van de Havelaar kan in het midden blijven aangezien dit voor de beslissing van de onderhavige zaak niet van belang is.

- 4.5. Het vorenstaande betekent dat de overdracht van het kopijrecht niet tegen een vastgestelde vergoeding heeft plaatsgehad en dat het door Douwes Dekker ontvangen bedrag van fl. 1.200,- aan de gevorderde rekening en verantwoording dan ook niet in de weg staat.
- 4.6. Vervolgens rijst de vraag of de in de akte van overdracht opgenomen zinsnede dat Douwes Dekker naar genoegen en volkomen is voldaan, aan de gevorderde rekening en verantwoording in de weg staat. Ook in dit verband moet worden geconstateerd dat het bedrag van fl. 1.200,- hooguit een voorschot is geweest. Verdere betalingen van Van Lennep aan Douwes Dekker zijn niet voorhanden. Bovendien moet worden geconstateerd dat partijen over de verrekening van de baten die uit de uitgave van de Havelaar voortvloeien geen afspraken hebben gemaakt.

Wel geldt dat uit de overgelegde correspondentie, in onderling verband en samenhang beschouwd, voortvloeit dat Douwes Dekker kon en mocht aannemen dat Van Lennep uit vriendschap handelde en niet om er zelf zakelijk beter van te worden. Douwes Dekker kon en mocht voorts aannemen dat de baten van de uitgave naar hem zouden toevloeien, in ieder geval in het geval dat deze hoger zouden liggen dan het reeds ontvangen bedrag van fl. 1.200,-.

Indien dit Van Lennep niet voor ogen mocht hebben gestaan, had het op zijn weg gelegen Douwes Dekker erop te wijzen dat de eventuele baten van de uitgave aan hem, Van Lennep, en niet aan Douwes Dekker zouden toevloeien.

In geval van overdracht van kopijrecht behoort een regeling, inhoudende verdeling van eventuele baten en rekening en verantwoording door degene aan wie het kopijrecht is overgedragen, tot de mogelijkheden getuige het tussen Van Lennep en De Ruyter gesloten contract waarbij daarin is voorzien. In dit verband zij nog opgemerkt dat Van Lennep Douwes Dekker inzage in het contract ten onrechte steeds heeft willen onthouden. De overeenkomst tussen Van Lennep en De Ruyter gaat, anders dan Van Lennep meent, Douwes Dekker wel degelijk aan.

- 4.7. Een redelijke uitleg van de tussen partijen gesloten overeenkomst waarbij Douwes Dekker het kopijrecht aan Van Lennep heeft overgedragen houdt dan ook in dat Van Lennep aan Douwes Dekker, gelijk door de laatste gevorderd, rekening en verantwoording zal moeten afleggen over de eventuele baten die uit de uitgave van de Havelaar zijn voortgevloeid. De tot die conclusie strekkende grieven van Douwes Dekker zijn gegrond.

- 4.8. Het hof is voorts van oordeel dat de overdracht van het kopijrecht door Douwes Dekker aan Van Lennep in de gebleken omstandigheden – zoals die naar voren komen uit de gewisselde correspondentie, in onderling verband en samenhang beschouwd – geen verdere strekking heeft dan nodig is voor de bezorging door Van Lennep van de uitgave van de Havelaar.

Niet valt in te zien dat met de overdracht van het kopijrecht tevens is beoogd Van Lennep de bevoegdheid te geven zelfstandig of mede te beslissen over, zozeer met de schrijver zelf verbonden, rechten van onder meer aard en omvang van een herdruk, waaronder door te voeren correcties, en van een vertaling. Die bevoegdheid is derhalve bij Douwes Dekker gebleven. Wel dient daarbij een restrictie te gelden, namelijk voorzover het tussen Van Lennep en De Ruyter gesloten contract daaraan niet in de weg staat. Door Douwes Dekker zijn onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit zou kunnen worden afgeleid dat dit contract op enig punt ongebruikelijk zou zijn of in strijd met zijn belangen door Van Lennep zou zijn afgesloten. De oplage bedroeg 1300 exemplaren, bijna het drievoudige van een gewoon debuut. De prijs van fl. 4,- is aan de hoge kant maar niet evident te hoog aangezien het betreft een uitgave in twee delen, door Douwes Dekker in een brief aan De Ruyter geprezen als een *keurige nette uitvoering van het werk*. Ook tegenover Van Lennep heeft Douwes Dekker zich (aanvankelijk) zeer ingenomen getoond met de uitgave door De Ruyter.

- 4.9. De vordering van Douwes Dekker om, kort gezegd, betrokken te worden en te blijven bij verdere uitgaven van de Havelaar zal worden toegewezen als in het dictum nader geformuleerd. Aan de toewijzing staat het naschrift onder de brief van Douwes Dekker aan Van Lennep van 7 april 1860 niet in de weg. Voor een juridische beoordeling van de vraag aan wie de bevoegdheid toekomt te beslissen over een vertaling van een werk is een dergelijk naschrift van een niet-juridisch geschoolde auteur niet bepalend. De inhoud van het naschrift moet bovendien worden gezien in het licht van de toentertijd nog vriendschappelijke verhouding tussen partijen. Ook in zoverre slagen de grieven van Douwes Dekker.
- 4.10. In aanmerking genomen de – meer beperkte – uitleg die het hof, anders dan de rechtbank, geeft aan de overeenkomst die partijen op of omstreeks 25 januari 1860 met elkaar hebben gesloten, komt het hof aan de primaire vordering van Douwes Dekker niet meer toe. Het beroep van Douwes Dekker op nietigheid van de met Van Lennep gesloten overeenkomst, is immers geheel gestoeld op de feiten en omstandigheden die het hof ertoe hebben gebracht aan die overeenkomst bedoelde meer beperkte uitleg te geven. Specifieke feiten en omstandigheden die ook in geval van deze beperkte uitleg tot nietigheid zouden moeten leiden, zijn gesteld noch gebleken. Bij deze beperkte uitleg heeft Van Lennep Douwes Dekker niet zodanig misleid of bedrogen dat daarin grond voor nietigheid van de overeenkomst kan worden gevonden. Douwes Dekker heeft bij deze beperkte uitleg ook niet in dwaling verkeerd.

De primaire vordering van Douwes Dekker zal derhalve worden afgewezen. Bij deze stand van zaken heeft Van Lennep geen belang bij de beoordeling van zijn verzoek om de vermeerdering van eis, waarin de primaire vordering is vervat, niet toe te staan.

- 4.11. De grieven van Douwes Dekker slagen grotendeels. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. De primaire vordering van Douwes Dekker wordt afgewezen maar de subsidiaire vorderingen worden toegewezen als in het dictum nader geformuleerd. Van Lennep, in hoofdzaak in het ongelijk gesteld, zal de kosten van beide instanties moeten dragen.

5 Beslissing

Het hof:

- 5.1. vernietigt het vonnis waarvan beroep;
- 5.2. wijst af het primair door Douwes Dekker gevorderde;
- 5.3. veroordeelt Van Lennep om binnen twee maanden na betekening van dit arrest aan Douwes Dekker rekening en verantwoording af te leggen over de uitgave van de Havelaar, waaronder een opgave van de netto winst als bedoeld in het tussen Van Lennep en de uitgever De Ruyter gesloten contract;
- 5.4. verklaart voor recht dat de tussen partijen gesloten overeenkomst onverlet laat de bevoegdheid van Douwes Dekker om te beslissen over de aan hem als maker van het werk verbonden rechten van onder meer aard en omvang van een herdruk, waaronder door te voeren correcties, en van een vertaling, zij het met de restrictie voorzover het tussen Van Lennep en De Ruyter gesloten contract daaraan niet in de weg staat;
- 5.5. veroordeelt Van Lennep Douwes Dekker daartoe te allen tijde in de gelegenheid te stellen;
- 5.6. bepaalt dat Van Lennep bij iedere overtreding van de veroordelingen onder 5.3 en 5.5 een dwangsom verbeurt;
- 5.6. wijst af het subsidiair meer of anders gevorderde;
- 5.7. veroordeelt Van Lennep in de kosten van het geding in beide instanties;
- 5.8. verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mr. L. Frijda, in tegenwoordigheid van de griffier en in het openbaar uitgesproken op 1 september 2004.

(IV) Noot

1. De hierboven gepubliceerde zaak heeft in de loop der jaren veel stof doen opwaaien. Vooral literatuurhistorici hebben zich ermee bezig gehouden, weinig juristen. De meest lucide teksten blijven die van I. Kisch.

Deze noot is niet (rechts)historisch. Er is geen noemenswaardig rechtshistorisch onderzoek aan vooraf gegaan. Het betoog van deze noot is in de eerste plaats dat er zoiets lijkt te bestaan als vooruitgang in het recht, beter voortschrijdend inzicht. Dat wordt aangetoond door de variant-Frijda (III).

Daarom ga ik in deze noot uitdrukkelijk niet in op de heersende opvatting dat Van Lennep zich het kopijrecht op de *Havelaar* door Douwes Dekker heeft laten overdragen om op die manier macht te krijgen over de verspreiding van het voor ons koloniaal bewind in de Oost bepaald niet vleierende boek. Hij zou een door Dekker gewenste volksuitgave van de *Havelaar* hebben willen voorkomen.

Een rechtshistorisch verband is ten hoogste dat men de *spielerei* van Frijda als *virtual history* kan beschouwen: wat als Douwes Dekker op basis van het nu geldende recht zou hebben geprocedeerd? De vrijheid die Frijda zich veroorlooft om het oorspronkelijk *petitum* van Douwes Dekker te wijzigen, is dan een *counterfactual* (wijziging van de vordering is een twintigste-eeuwse verworvenheid; het was in een negentiende-eeuws *geding* niet mogelijk).

2. De historische context van de uitspraken (I) en (II) is niet die van onze Auteurswet 1912 en zelfs niet die van de Auteurswet van 1881. Ten tijde van de zaak-Douwes Dekker gold de wet van 25 januari 1817. Artikel 1 van die wet luidde:

Het regt van kopij of van kopiëren door den druk is, voor oorspronkelijke letter – en kunstwerken, het uitsluitend regt van diegenen welke daarvan auteurs zijn, en hunne regtverkrijgenden, om hunne oorspronkelijke letter – en kunstwerken, geheel of gedeeltelijk, verkort of verkleind, zonder onderscheid van vorm of inkleeding, in éene of meer talen, met of zonder hulp der graveerkunst, of eenige andere tusschenkomende kunst, door den druk gemeen te maken, te verkoopen of te doen verkoopen.

Dit artikel 1 is een compromis tussen het recht van de zuidelijke Nederlanden waar men, in navolging van de Franse wet van 19-24 juli 1793 al een auteursrecht kende, en dat van de noordelijke Nederlanden waar men nog zwoer bij het kopijrecht, als uitgeversrecht.

Het compromis bestond hierin dat artikel 1 weliswaar spreekt van kopijrecht maar dat door het gebruik – tot twee keer toe – van het woord *oorspronkelijk* duidelijk wordt dat het artikel niet het van oudsher in de noordelijke Nederlanden geldende kopijrecht betrof; dat gold immers ook voor niet-oorspronkelijk werk.

Artikel 1 van de wet van 1817 bevat wel degelijk een recht van de maker, van de auteur. Het is dus een auteursrecht. Maar het is een beperkt auteursrecht. Het betrof slechts het exclusieve recht van de schrijver om zijn werk in druk uit te geven.

3. Het door mij bedoelde *voortschrijdend* inzicht is evident wanneer men de variant-Frijda (III) vergelijkt met de uitspraken (I) en (II) van de negentiende-eeuwse rechters. Qua kwaliteit van rechtspraak wint deze variant in alle opzichten. De negentiende-eeuwse rechters hebben volstaan met een toepassing van het simpele beginsel *wie stelt moet bewijzen*. Noch de rechtbank noch het provinciaal gerechtshof hebben zich begeven in regels van stelplicht en bewijslast (wellicht waren die regels in de negentiende-eeuw nog niet ontwikkeld). Evenmin hebben zij de akte van 25 januari 1860 houdende overdracht van het kopijrecht door Douwes Dekker aan Van Lennep uitgelegd.

Naar huidige maatstaven is de motivering van de uitspraken (I) en (II) gebrekkig. Zij zou in aanmerking komen voor cassatie. Ik ontkom niet aan de indruk dat de negentiende-eeuwse rechters nog niet gewend waren aan de notie auteursrecht, laat staan afiniteit hadden met de behoefte van auteurs aan een eigen rechtspositie.

Het valt overigens op dat in de variant-Frijda de akte van overdracht van het kopijrecht wordt uitgelegd met behulp van de zogenaamde Haviltex-formule,⁶ zonder aandacht voor de uitlegregel van artikel 2, lid 2 Auteurswet 1912.

4. Kisch heeft over het proces Douwes Dekker/Van Lennep twee artikelen geschreven, het eerste in *Maatstaf* 1969, het tweede in *Raster* 1970. Dit laatste artikel is – terecht – opgenomen in *Uitgelezen opstellen van Kisch*, bezorgd door H.U. Jessurun d'Oliveira.

Ik opponeer tegen het eerste artikel van Kisch, dus tegen zijn artikel in *Maatstaf* 1969.

Kisch ziet het als een fout van de advocaat van Douwes Dekker, mr. J.G.A. Faber, dat deze de vordering van Dekker had gebaseerd op *lastgeving* (artikel 1829 e.v. OBW) en dat hij Van Lennep had gedagvaard tot rekening en verantwoording. Door deze vordering kreeg het proces, aldus Kisch, een fundamenteel andere inzet.⁷ Met dit petitum viel niets te bereiken, Dekker kon er zijn auteursrecht op de *Havelaar* niet mee terugkrijgen.

Kisch vindt dat mr. Faber de vordering van Douwes Dekker had moeten baseren op *bedrog* in de zin van artikel 1364 OBW, en dat de akte van overdracht van het kopijrecht aan Van Lennep dientengevolge nietig was. Hij had restitutie van dit kopijrecht moeten vorderen. Dat was mogelijk geweest omdat, aldus Kisch, omstreeks 1860 de causale leer algemeen was aanvaard. Door de nietigheid van de overdracht Douwes Dekker/Van Lennep was ook de titel weggevallen van de daarop volgende overdracht van het kopijrecht door Van Lennep aan uitgever De Ruyter.⁸

6 Zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

7 Kisch (*Maatstaf* 1969), p. 712.

8 Overigens voorzag het toen geldende BW van 1838 (OBW) niet in derdenbescherming zoals thans in artikel 3:88 BW.

Het bedrog – de misleiding – ligt, aldus Kisch, besloten in het briefje dat Van Lennep 23 januari 1860 aan Dekker had geschreven, door Kisch het *advocatenbriefje* genoemd.⁹ Anders dan Van Lennep schreef, was het helemaal niet nodig dat Dekker het kopijrecht op de *Havelaar* aan Van Lennep overdroeg. Volstaan had kunnen worden met een volmacht van Dekker, die Van Lennep legitimeerde om met De Ruyter zaken te doen.

Naar mijn inzicht zou deze, door Kisch voorgestane, aanpak een processuele hordenloop zijn geworden met aanzienlijke verlieskansen voor Douwes Dekker.

In de eerste plaats bewijst het *advocatenbriefje* van 23 januari 1860 niet zonder meer dat Van Lennep Douwes Dekker heeft bedrogen, in de zin van artikel 1364 OBW. Blijkens de bewoordingen van artikel 1364 OBW is voor bedrog als in dat artikel bedoeld, vereist dat sprake is van *kunstgrepen*. Het is maar de vraag of dit enkele briefje als *kunstgrepen* valt te kwalificeren. Kisch onderkent dit probleem. Maar hij *gelooft* dat de rechters Van Lenneps misleidende formule als een *kunstgreep* zouden hebben beschouwd.¹⁰ Dit geloof van Kisch overtuigt mij niet.

Belangrijker vind ik, dat het nog maar de vraag is of Van Lennep met zijn verlangen om in het bezit van het kopijrecht op de *Havelaar* te komen, Dekker werkelijk heeft willen bedriegen (dat wil zeggen misleiden). Het zou wel eens kunnen zijn dat De Ruyter niet rechtstreeks zaken wenste te doen met de nieuwkomer Douwes Dekker, maar wel met de fameuze auteur Van Lennep. De Ruyter had eerder werk van Van Lennep uitgegeven.

Deze veronderstelling vindt steun in het pleidooi van de advocaat van Van Lennep in hoger beroep. Daarin lees ik: *[en] dat de uitgever niet wenschte in rechtsbetrekking te staan tot den schrijver, die hem onbekend was.*¹¹ Voorts spoort zij met de omstandigheid dat het contract Van Lennep/De Ruyter over de *Havelaar* een standaardovereenkomst lijkt te zijn, zoals uitgevers deze waarschijnlijk steeds aan auteurs plachten voor te leggen: volledige overdracht van het kopijrecht aan de uitgever en condities die vrijwel allemaal ten voordele van de uitgever strekten.¹²

In zijn tweede artikel, dat in Raster 1970, blijkt Kisch de snode bedoelingen van Van Lennep bij het schrijven van het *advocatenbriefje* aanzienlijk te hebben gerelativeerd. Hij lijkt er niet meer van uit te gaan dat Van Lennep al bij het schrijven van dat briefje op 23 januari 1860, bewust heeft getracht om Douwes Dekker te misleiden. Dat is, dunkt mij, een meer reële benadering.

5. Inmiddels breek ik een lans voor het procesbeleid van mr. J.G.A. Faber. Hij baseerde de vordering van Douwes Dekker op lastgeving en dagvaardde Van Lennep tot rekening en verantwoording aan Dekker van hetgeen hij voor de *Havelaar* van de uitgever had ontvangen.

9 Het *advocatenbriefje* is, voor zoveel van belang, geciteerd in 2 onder (vi) van de variant-Frijda.

10 Kisch (*Maatstaf* 1969), p. 725.

11 VW, deel 10, p. 657.

12 VW, deel 10, p. 208 e.v.

Bij deze aanpak moest slechts één processuele horde worden genomen: rechtbank en hof zouden de akte van 25 januari 1860 waarbij Douwes Dekker het kopijrecht op de *Havelaar* aan Van Lennep had overgedragen, moeten kwalificeren als voortvloeiend uit lastgeving. Dat is goed verdedigbaar; zie de feiten vermeld in de variant-Frijda (III) onder (iv) tot en met (vi), in het bijzonder de inhoud van het *advocatenbriefje*. Ik verwijs ook naar het betoog van mr. Faber in hoger beroep, zoals dat is weergegeven in de uitspraak van het provinciaal gerechtshof (II).

Vanuit juridisch oogpunt is de constructie van lastgeving zo gek nog niet. Naar ik meen – maar het verdient nadere studie – werd al in de achttiende eeuw verdedigd dat verkoop van een manuscript aan een uitgever niet meer of anders was dan een vorm van lastgeving, te weten last en opdracht aan een uitgever om een bepaalde uitgave tot stand te brengen.

Heel concreet, lees ik in de redes die J. Heemskerk Azn in 1855 onder de titel *Eigendom van voortbrengselen van den Geest* in Felix Meritis te Amsterdam heeft uitgesproken, het volgende: ‘[...] Kant was van een ander gevoelen; volgens hem berust het copijrecht op lastgeving van den auteur aan den uitgever; [...]’¹³

Mr. Faber kon dus voor zijn beroep op lastgeving de filosoof uit Königsberg zelf ten tonele voeren (niet blijkt dat hij dat ook werkelijk heeft gedaan).

In de aanpak van mr. Faber behoefde niet aan de orde te komen of De Ruyter het kopijrecht wel rechtsgeldig van Van Lennep had verkregen, dus de kwestie van het causale stelsel. Lastgeving is immers opzegbaar. Die opzegging had mr. Faber bij exploit van 17 november 1860 geëffectueerd.

Door deze opzegging zou Van Lennep als tussenpersoon, lasthebber van Douwes Dekker, zijn geëlimineerd. Douwes Dekker zou dientengevolge in een rechtstreekse betrekking tot uitgever De Ruyter komen te staan.

6. Het had wel degelijk zin dat Douwes Dekker rekening en verantwoording vorderde. Hij verkeerde in het ongewisse over de opbrengsten die Van Lennep van De Ruyter had ontvangen voor de eerste druk van de *Havelaar*. Van Lennep wilde dat wel verantwoorden maar dan moest Dekker erkennen dat hij zijn rechten op de *Havelaar* aan Van Lennep had verkocht. Daarmee plaatste Van Lennep Douwes Dekker in een dwangpositie.

Zou Van Lennep worden veroordeeld tot het afleggen van rekening en verantwoording, dan zou daarmee tevens vast staan dat zijn rechtsverhouding tot Douwes Dekker er een van lastgeving was. Door het opzeggingsexploit van 17 november 1860 zou Van Lennep dan zijn geëlimineerd als tussenpersoon tussen schrijver en uitgever. Hij zou buiten spel komen te staan. Douwes Dekker had het De Ruyter dan met betrekking tot volgende drukken van de *Havelaar* flink lastig kunnen maken.¹⁴

¹³ Heemskerk (heruitgave) p. 69.

¹⁴ Aldus ook Kisch (Raster 1970), in: UO p. 340.

Ik hoop hiermee te hebben aangetoond dat Kisch ongelijk heeft: zó fundamenteel anders was het *petitum* van mr. Faber niet. Ook wanneer het om lastgeving zou gaan, moesten de rechters zich uitspreken over de betekenis van de akte van overdracht van het kopijrecht van 25 januari 1860. Hun *maljugé* was dat ze dat niet hebben gedaan, maar zich hebben beperkt tot een (te) simpel hanteren van de regel, dat wie stelt, moet bewijzen.

7. De strekking van het artikel van Kisch in *Maatstaf* 1969 is dat Douwes Dekker in handen van een slechte advocaat is gevallen. Kisch gaat zelfs zó ver dat hij oppert dat mr. Faber de bedrog-actie niet heeft willen voeren uit *deferentie jegens de oudere, en algemeen geachte confrère, Van Lennep*.¹⁵ Maar een advocaat die zich laat intimideren door een oudere collega en daardoor zijn cliënt tekort doet, is geen knip voor de neus waard. De verdenking van Kisch is een regelrechte aantasting van de professionaliteit van mr. Faber.

Een actie, gebaseerd op lastgeving had de schoonheid van de eenvoud. Bovendien was mr. Faber op de rechtsfiguur van lastgeving (artikel 1829 e.v. OBW) aangewezen; een andere rechtsfiguur om het kopijrecht te duiden, bestond niet. In ieder geval was in die tijd lastgeving als grondslag voor de actie van Douwes Dekker goed verdedigbaar. De processtukken, voor zover gepubliceerd, nalezend, kan ik slechts concluderen dat mr. Faber een goede advocaat moet zijn geweest. Dat spoort met de mening van de advocaat Feisser, die mr. Faber later in een brief aan Douwes Dekker een man noemt die bekend staat als een *regtschapen en bekwaam advocaat*.¹⁶

Aan de verdenking van mr. Faber door Kisch ontbreekt feitelijke grond. Mr. Faber verdient posthuum eerherstel. Voorts, de door Kisch met zoveel klem verdedigde bedrog-actie cum annexis (een beroep op het causale stelsel) was waarschijnlijk gestruikelde over een van de processuele horden die Dekker dan had moeten nemen.

8. Nog een laatste punt. De akte van overdracht van het kopijrecht van 25 januari 1860 door Douwes Dekker aan Van Lennep laat zich gemakkelijk uitleggen als een *fiducia cum amico*. Dat was de – nu wellicht vergeten – rechtsfiguur waarmee BUMA/Stemra tot de invoering van ons huidige BW in 1992 de haar toevertrouwde muzikauteursrechten beheerde. Maar de rechters die op de zaak Douwes Dekker tegen mr. Van Lennep hebben gezeten, zullen zelfs niet van deze rechtsfiguur hebben gedroomd; zij werd eerst ongeveer 70 jaar later door de Hoge Raad aanvaard in HR 14 juni 1929, 1434 (BUMA-arrest).

De *fiducia cum amico* is inmiddels door het fiducia-verbod van 3:84, lid 3 BW weer uit ons recht gebannen. We zijn terug bij, ja zeker, *lastgeving*. Ik verwijs naar de privatieve last van artikel 7:423 BW, dat indertijd alsnog werd gemaakt en ingevoerd met het oog op het collectief beheer van auteurs – en naburige rechten.

¹⁵ Kisch (*Maatstaf* 1969), p. 725.

¹⁶ Zie VW, deel 11, p. 88.

9. Deze noot is, als gezegd, niet rechtshistorisch. Daartoe dient nadere studie te worden verricht. Inmiddels heeft de studiegcommissie Geschiedenis van het auteursrecht van de Vereniging voor Auteursrecht (V.v.A.) besloten om van de zaak Douwes Dekker tegen Van Lennep een gezamenlijk project te maken. Daarbij dient het proces in het kader van zijn tijd te worden geplaatst. We zullen ons moeten verdiepen in die onmogelijke Multatuli, in de gevestigde rijksadvocaat en litterator mr. Jacob van Lennep en in de reputatie en persoon van de advocaat van Douwes Dekker, mr. J.G.A. Faber.

En tenslotte zal aandacht moeten worden besteed aan de omstandigheid dat mr. W.J.C. van Hasselt in hoger beroep als raadsheer op de zaak heeft gezeten. Deze mr. van Hasselt was de man die Douwes Dekker bij Van Lennep had geïntroduceerd. Hij was dus een betrokkene en daarmee niet onpartijdig. Het feit dat mr. van Hasselt op de zaak heeft gezeten, riekt, een ander woord kan ik niet vinden, naar klassenjustitie.

Waarmee ik maar wil zeggen dat de zaak Douwes Dekker tegen Van Lennep alsnog de aandacht van rechtshistorici verdient: de rechten van – zoals ik aan het begin van dit artikel schreef – onze belangrijkste moderne auteur met betrekking tot onze beroemdste moderne roman werden niet erkend; een typisch Hollands drama.

Naschrift

Met dank aan mr. L. Frijda voor zijn variant, en voor zijn toestemming deze in dit artikel op te nemen.

Over het proces Douwes Dekker vs mr. J. van Lennep:

Klaus Beekman en Ralf Grüttemeier, *De wet van de letter*. Amsterdam 2005: hoofdstuk 2 'De geboorte van de schrijver: Max Havelaar en het kopijrecht';

I. Kisch, 'Kanttekeningen tot het proces Douwes Dekker-Van Lennep', in: *Maatstaf* 17.11 (1969/1970), p. 712-727 [Kisch, *Maatstaf* 1969];

I. Kisch, 'Het advocaten-briefje in het conflict Douwes Dekker-Van Lennep', in: *Raster* 4 (1970), p. 38-59, [Kisch, *Raster* 1970], eveneens in H.U. Jessurun d'Oliveira, *Uitgelezen opstellen, een bloemlezing uit het werk van Prof. mr. I. Kisch* (Zwolle 1981), p. 325 e.v. [UO];

G. Stuiveling, *Multatuli volledig werk*, deel 10. Amsterdam 1960 [VW];

J.A. de Vries, 'Enige beschouwingen over het negentiende-eeuwse auteursrecht tegen de achtergrond van het incident Douwes Dekker/Van Lennep', in: *Informatierecht/AMI* 1996/9, p. 180 e.v.

DE LANGSTLEVENDE ECHTGENOOT IN HET OUD-VADERLANDS RECHT

BEWONDERING EN VERBAZING BIJ EEN OPMERKELIJK PROEFSCHRIFT¹

Bloedverwantschap als basis van het wettelijk erfrecht (tot 1891)

Ons wettelijk erfrecht werd tot voor kort volledig beheerst door het beginsel van de bloedverwantschap. Voor de Leuvens/Tilburgse hoogleraar Alain Verbeke was dit reden om dit onderdeel van het erfrecht 'bloedrecht' te noemen, een kwalificatie waarmee hij zijn afkeer van dit beginsel niet onder stoelen of banken stak.² Dit beginsel vormde de verre nagalm van een maatschappelijke orde waarin vermogens of aanzienlijke vermogensbestanddelen zoals grond en opstallen niet aan individuen maar aan families werden toegerekend. En een samenleving zonder individuele vermogens kent geen erfrecht. Overlijdt een lid van een familie dan valt er vermogensrechtelijk gezien slechts één van de gerechtigden tot het vermogen weg. Afgezien van lijfstoebehoren en eventueel wapens (die dikwijls ook nog het graf mee ingingen) laat hij niets na. Die nauwe band tussen familie en vermogen, tussen bloedverwantschap en de materiële grondslag van het bestaan ging niet verloren bij de individualisering van de vermogens. Zowel in de Romeinse als in de Germaanse samenleving bleef die band voortleven.

De Verlichting en de Franse Revolutie hebben aan de grondslag van het erfrecht bij versterf niets veranderd. Zowel de Code civil (1804) als ons Burgerlijk Wetboek van 1838 hield vast aan de idee dat het vermogen van een erflater die geen testament had gemaakt behoorde toe te vallen aan zijn bloedverwanten. De Code civil, waarin de wettelijke erfopvolging uitgangspunt was voor de gehele regeling van het erfrecht, riep achtereenvolgens (1) de kinderen en hun nakomelingschap, (2) de ouders, broers en zusters en hun nakomelingschap, (3) de overige ascendenten en tot slot (4) de overige verwanten tot de nalatenschap. Tot 1917 reikte deze *famille successorale* tot aan de twaalfde graad. In dit door het beginsel van de bloedverwantschap gedomineerde erfrechtelijke stelsel was voor de echtgenoot van de erflater geen plaats. In het Franse wetboek viel de langstlevende echtgenoot in de categorie van de *successions irrégulières* (het is veelzeggend dat de term *héritier* was voorbehouden aan de wettelijke erfgenamen) en kwam pas aan bod indien natuurlijke kinderen – die in dezelfde categorie vielen – ontbraken. In de orde van erfopvolging nam de echtgenoot daarmee de voorlaatste plaats in: net voor de Staat.

1 J.S.L.A.W.B. Roes, *Het naaste bloed erfde het goed. De positie van de langstlevende echtgenoot in het Nederlandse erfrecht bij versterf. Deel I: de periode van het 'oud-vaderlands' recht (tot 1809). Een wetenschappelijke proeve op het gebied der rechtsgeleerdheid*. Proefschrift Radboud Universiteit Nijmegen. Deventer: Kluwer 2006. ISBN 90 13 03641 4.

2 Zie A. Verbeke, *De legitieme ontbloot of dood? Leve de echtgenoot!* (oratie Tilburg, Ars Notariatus CXIII; Deventer 2002), p. 4-5 en 21.

Daar de Nederlandse wetgever van 1838 niet het in Frankrijk gemaakte onderscheid tussen *succession* en *succession irrégulière* overnam koos hij ten aanzien van de langstlevende echtgenoot voor een wat andere regeling die overigens op hetzelfde neerkwam. Artikel 879 oud-BW bepaalde dat de echtgenoot pas als erfgenaam in aanmerking kwam na de bloedverwanten in de twaalfde graad (een grens geïnspireerd door het Romeinsrechtelijke edict *unde vir et uxor*). Een artikel derhalve zonder praktische betekenis. Met dit stelsel van wettelijk erfrecht werd overigens wel recht gedaan aan de in 1823 door de regering geventileerde opvatting dat echtgenoten slechts burgerlijke betrekkingen met elkaar onderhouden die ondergeschikt zijn aan de banden van bloedverwantschap.

Het huwelijk doet zijn intrede in het erfrecht (1891-1923)

Nog in de negentiende eeuw werd in Frankrijk de erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot verbeterd. In 1891 werd met een wetwijziging de langstlevende een vruchtgebruik toegekend op een een vierde deel van de nalatenschap ingeval er kinderen waren en op de helft indien deze ontbraken. België volgde het Franse voorbeeld in 1896. Ook bij deze verbetering van de positie van de langstlevende hielden de respectieve wetgevers het belang van de bloedverwanten scherp in het oog. De nagelaten goederen bleven in de familie. De echtgenoot kreeg hiervan slechts het vruchtgebruik.

De codificatoren van het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900) namen niet zoals de Fransen de familie als uitgangspunt bij de regeling van de erfrechtelijke positie van de langstlevende maar de echtelijke band tussen de erflater en diens echtgenoot. De langstlevende werd in het BGB naast de kinderen en naaste verwanten van de erflater een vast erfdeel toegekend. Verder kreeg de langstlevende nog het huisraad (het zogenaamde *Voraus*). Het Zwitserse *Zivilgesetzbuch* (1907) liet de langstlevende ingeval de erflater nakomelingen achterliet de keuze tussen het vruchtgebruik van de halve nalatenschap of een erfdeel bestaande uit een kwart van de hele nalatenschap. Erfde de langstlevende met andere bloedverwanten dan de kinderen dan kreeg hij een deel van de erfenis als erfdeel en een deel in vruchtgebruik.

In Nederland zou het nog tot 1923 duren aler de wetgever verbetering bracht in de erfrechtelijke positie van de langstlevende. Daarmee was Nederland één van de laatste landen in Europa om zo'n verbetering door te voeren. Dit wil overigens niet zeggen dat er al niet veel eerder hier te lande in wetenschap en samenleving stemmen waren opgegaan om in navolging van de rest van Europa de erfrechtelijke positie van de langstlevende in overeenstemming te brengen met de modernere opvattingen over het huwelijk, de familiegemeenschap en de vermogensrechtelijke consequenties daarvan. Al in het laatste decennium van de negentiende eeuw werd krachtig gepleit voor een dergelijke modernisering van het erfrecht bij versterf. En in 1915 meende E.M. Meijers te kunnen concluderen dat er in de rechtswetenschap overeenstemming bestond over de wens de langstlevende tezamen met

de door de wet aangewezen bloedverwanten een erfrecht toe te kennen.³ Discussie bestond slechts over de vraag of de langstlevende een recht van vruchtgebruik, zoals in Frankrijk en België, of een deel van de nalatenschap, zoals in Duitsland, moest worden toegekend. Een recht van vruchtgebruik achtte men in het algemeen minder gewenst. Een dergelijk recht onttrok goederen aan het economisch verkeer en kon makkelijk leiden tot processen tussen eigenaar en vruchtgebruiker. Bovendien was er altijd het (kleine) risico dat de in vruchtgebruik gegeven goederen (ten dele) voor de familie verloren zouden gaan.

In 1923 kende de Nederlandse wetgever de langstlevende een kindsdeel toe. Met deze wetwijziging deed in navolging van de ons omringende landen ook in Nederland de verzorgingsgedachte zijn intrede in het versterferfrecht en werd het overheersende beginsel van de bloedverwantschap doorbroken. De wetgever kwam hiermee tegemoet aan de heersende rechtsopvatting die uitging van de genegenheid die huwelijkspartners voor elkaar voelen en die in overeenstemming daarmee het belang onderstreepte van de rechtsplicht van beide echtgenoten om voor elkaar te zorgen bij leven en na dode. Meijers kon zich wel vinden in de wetwijziging die de langstlevende een erfdeel toekende.⁴ Minder gelukkig was hij met de grootte daarvan. Waren er in het huwelijk veel kinderen dan kon het kindsdeel zeer klein uitvallen (in Meijers' ogen had de regeling veel weg van een 'straf op de vruchtbaarheid'). En bij het ontbreken van kinderen bleven alle verwanten uitgesloten; voor dezen een hard gelag. Bovendien was de gelijkstelling van de langstlevende met de kinderen halfslachtig omdat hem een legitieme portie werd onthouden. De vraag of ook aan de langstlevende een wettelijk erfdeel moest worden toegekend zou een belangrijk element vormen in de discussies die na 1923 zou worden gevoerd over de erfrechtelijke positie van de langstlevende.

Naar een nieuw Nederlands erfrecht (1945-2003)

De volgende belangrijke mijlpaal in de emancipatie van de langstlevende echtgenoot in het versterferfrecht was het 'revolutionaire' arrest De Visser-Harms uit 1945.⁵ Overwegende dat de langstlevende echtgenoot niet onverzorgd mag achterblijven en dat het de plicht van de ene echtgenoot jegens de andere is om voor het levensonderhoud van de langstlevende te zorgen, kwam de Hoge Raad tot de overtuiging dat echtgenoten de nakoming van deze verzorgingsplicht van elkaar mogen verlangen en dat om die reden die plicht is te beschouwen als een natuurlijke verbintenis. De nakoming van die verzorgingsplicht, aldus het arrest van ons hoogste rechtscollege, 'hetzij bij handeling onder de levenden, hetzij bij uiter-

3 E.M. Meijers, *Erfrecht. Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Vierde deel* (Zwolle 1915), p. 52-53.

4 Asser/Meijers, *Erfrecht*. Tweede, herziene druk 1923, p. 44-46.

5 HR 30 november 1945, NJ 1946, 62. Notaris J.G. Klaassen noemde in de zomer van 1946 in het WPNR 3940 (1946) p. 236 dit arrest 'Eene ware revolutie in het erfrecht'.

ste wilsbeschikking – is voldoen aan een verbintenis en [is] niet ... schenking'. Het was deze kwalificatie door de Hoge Raad van de nakoming van de verzorgingsplicht die onder de Nederlandse juristen veel opzien baarde. Niet alleen uitkeringen krachtens levensverzekeringen (wat in *casu* speelde) maar ook uiterste wilsbeschikkingen ter nakoming van de echtelijke verzorgingsplicht konden voortaan buiten beschouwing blijven bij de vaststelling van de legitieme porties. Immers, slechts schenkingen en uiterste wilsbeschikkingen worden in aanmerking genomen bij de vaststelling van de legitieme porties; de nakoming van een verbintenis niet. Dit arrest vormde de aftrap voor een rechtsgeleerde discussie die meer dan zestig jaar zou duren en waarin de belangen van de langstlevende werden afgewogen tegenover die van de legitimarissen (onder het oude erfrecht kinderen en bij gebreke daaraan ouders, broers en zusters).

Als codificator van het nieuwe erfrecht kreeg Meijers de kans de gebreken van de novelle van 1923 te repareren. In zijn ontwerp van Boek 4 (1954) werd het kindsdeel voor de langstlevende aangevuld met achtereenvolgens een legitieme portie, het recht op een som ineens voor het levensonderhoud invorderbaar jegens de erfgenamen en het gebruik van de echtelijke woning met inboedel gedurende zes weken na het overlijden van de erflater. Tegen Meijers' voorstel de legitieme portie in te zetten om tegemoet te komen aan de verzorgingsaanspraken van de langstlevende nam J.C. van Oven stelling in enkele artikelen in het WPNR. Onder verwijzing naar het Romeinse recht waarin de legitieme haar oorsprong had, stelde Van Oven dat deze rechtsfiguur haar reden vond in de overtuiging dat men vreemden testamentair niet moet bevoordelen boven naaste verwanten. Met andere woorden het wettelijk erfdeel is geen verzorgingsaanspraak. Alleen bloedverwantschap is grond voor toekenning van een legitieme portie en niet de vraag of een legitimaris verzorging behoeft.

Het historisch argument van Van Oven was niet aan dovemansoren gericht. Het notariaat sprak in 1960 een voorkeur uit voor een verzorgingsaanspraak boven een legitieme portie. En in een Gewijzigd Ontwerp van Wet (1962) kende minister A.Ch.W. Beerman (minister van Justitie van 1959 tot 1963) de langstlevende naast een legitieme een verzorgingsrecht toe. Het Gewijzigd Ontwerp van Beerman was het eerste van een reeks voorstellen die in de daaropvolgende decennia zouden worden gedaan om de erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot in het nieuw BW te regelen. In 1965 schrapte minister Samkalden (minister van Justitie van 1965 tot 1966) de legitieme voor de langstlevende uit het Ontwerp en introduceerde de 'som ineens' ter grootte van de legitieme. Minister A.A.M. van Agt (minister van Justitie van 1971-1977) stelde op zijn beurt in 1974 voor de langstlevende tot enig versterf-erfgenaam te maken en de kinderen een uitkeringsrecht bij versterf te geven. Ondertussen sprak het notariaat een grote, op ervaringen met de ouderlijke boedelverdeling gebaseerde, voorkeur uit voor het langstlevende-al-beginsel en gaf een groot deel van de bevolking blijkens een enquête te kennen voor dit beginsel te voelen. In de Tweede Kamer was alleen de PvdA een uitgesproken voorstander van het langstlevende-al-beginsel. In 1978 presenteerde minister J. de Ruiters (minister van Justitie van 1977-

1982) een compromis tussen het bestaande versterferrecht-stelsel dat vooral door de christelijke partijen werd gesteund en het langstlevende-al-beginsel: het vruchtgebruik van de nalatenschap met beschikkingsbevoegdheid. De bezwaren die eerder in de eeuw tegen het vruchtgebruik waren ingebracht werden voor een deel weggenomen door het verlenen van beschikkings- en interingsbevoegdheid aan de langstlevende.

Het wetsontwerp waarin De Ruiters voorstel werd neergelegd (17 oktober 1981) kreeg veel kritiek. Vooral ook van de Leidse, later Nijmeegse hoogleraar M.J.A. van Mourik die zich al vanaf 1974 een krachtig – en naar later zou blijken: succesvol – pleitbezorger betoonde van het langstlevende-al-beginsel in het versterferrecht.⁶ De goede ervaringen van het notariaat met de ouderlijke boedelverdeling (art. 1167 oud-BW) vormden de grondslag voor zijn niet aflatende strijd. Een artikel in het *Nederlands Juristenblad* van 9 januari 1982 waarin hij zijn kritiek op het wetsontwerp uitvoerig uiteenzette besloot hij met een voorstel tot wijziging van het wetsontwerp dat men rustig kan beschouwen als de grondslag van de huidige regeling: de nalatenschap valt toe aan de langstlevende echtgenoot en het erfdeel van de kinderen wordt gevormd door een aanspraak in geld ten laste van de langstlevende. Pas na het overlijden van de langstlevende zijn de vorderingen opeisbaar.⁷ Van Mouriks onvermoeibaar ijveren heeft uiteindelijk geresulteerd in de wettelijke verdeling zoals geregeld in art. 4:13 BW (geldend recht sinds 1 januari 2003).

Een opmerkelijk proefschrift uit de Nijmeegse school (2006)

Deze beknopte geschiedenis van de erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot in Nederland na 1838 is een noodzakelijk inleiding tot een juiste plaatsbepaling en waardering van een proefschrift uit de Nijmeegse school van Van Mourik. Op 23 mei 2006 werd aan J.S.L.A.W.B. (Sebastiaan) Roes (geboren 1971) aan de Radboud Universiteit Nijmegen met lof de doctorsgraad verleend voor een proefschrift getiteld *Het naaste bloed erfde het goed. De positie van de langstlevende echtgenoot in het Nederlandse erfrecht bij versterf. Deel I: de periode van het 'oud-vaderlandse' recht (tot 1809)*. Deze dissertatie vormt de neerslag van een onderzoek naar de erfrechtelijke positie van de langstlevende in de Noordelijke Nederlanden tot aan de uitvaardiging van ons eerste burgerlijk wetboek het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* (1809). In een vervolgstudie wil Roes de erfrechtelijke positie van de langstlevende in Nederland gedurende de negentiende en twintigste eeuw beschrijven.

6 Zie voor Van Mouriks strijd voor een nieuw erfrecht naar zijn inzichten 'Het recht is voor het volk ... Interview met Martin-Jan van Mourik' door Chris Coppens en Ben Duinkerken, in: Theo Veen e.a. (red.), *Prominenten kijken om. Achttien rechtsgeleerden uit de Lage Landen over leven, werk en recht*. Tevens verschenen als de nrs. 6.1-2 van *Pro Memorie* (Hilversum 2004), p. 168-186.

7 M.J.A. van Mourik, 'De meeslepende avonturen van de langstlevende echtgenoot. Het erfrecht volgens het ontwerp-Invoeringswet Boek 4 nieuw BW', in: *Nederlands Juristenblad* 1982, p. 1-8 en 33-46, aldaar p. 45-46. Enkele gegevens over de wetgevingsgeschiedenis van het nieuwe erfrecht die ik in deze bijdrage heb gebruikt zijn ontleend aan dit artikel.

Roes begint zijn boek met te wijzen op de nauwe relatie die er bestaat tussen het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht bij versterf. Het vermogensregime dat het huwelijk beheerst, bepaalt immers wat er bij de ontbinding van het huwelijk door het overlijden van een der echtelieden overblijft voor de langstlevende. Ingeval van algehele of wettelijke gemeenschap van goederen is dit de helft van het gemeenschappelijke vermogen; ingeval van huwelijksvoorwaarden kan dit evenwel bitter weinig zijn. Terecht stelt Roes dan ook dat de vermogensrechtelijke bescherming van de langstlevende echtgenoot wellicht beter via het huwelijksvermogensrecht kan geschieden dan via het erfrecht bij versterf (p. 8). Ook al omdat het huwelijksvermogensrecht aan het erfrecht vooraf gaat. Verderop in het boek schrijft Roes dat men de positie van de langstlevende niet (volledig) leert kennen uit het erfrecht bij versterf alleen; ook het huwelijksvermogensrecht en het schenkingsrecht dient daartoe te worden bestudeerd (p. 13). Hoe treffend deze opmerkingen van Roes zijn zal hieronder nog blijken bij de waardering van zijn werk.

Zoals uit de inleiding tot deze bespreking al wel duidelijk is geworden kan de erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot ook niet los worden gezien van de erfrechtelijke positie van de kinderen (verzorgingsgedachte tegenover beginsel bloedverwantschap). Wil men de positie van de eerste verbeteren dan gaat dit zonder twijfel ten koste van de rechten van de kinderen. Roes typeert die verhouding in navolging van E.W.J. Ebben als communicerende vaten. Om die reden besteedt Roes in zijn boek terecht ook aandacht aan de erfrechtelijke positie van de kinderen.

Achtereenvolgens stelt de auteur dan de volgende onderwerpen aan de orde: het huwelijksvermogensrecht, het schenkingsrecht en het testamentair erfrecht in de periode van het oud-vaderlands recht; de erfopvolging in de *leges barbarorum* (Germaanse volksrechten van de vroege middeleeuwen); de langstlevende echtgenoot in het erfrecht bij versterf van de landrechten en de stadsrechten en de langstlevende echtgenoot in het erfrecht bij versterf van de leenrechten en de hofrechten. Hij sluit het betoog af met een synthese getiteld 'De positie van de langstlevende echtgenoot in de periode van het oud-vaderlandse recht'. Het proefschrift is gelardeerd met een zestal intermezzo's; hierover verderop nog een enkele opmerking.

Sebastian Roes heeft een in veel opzichten opmerkelijk proefschrift afgeleverd; 'opmerkelijk' in beide betekenissen van het woord. Tijdens het lezen van het boek maakten gevoelens van bewondering en verbazing zich om beurten van mij meester. Bewondering voor 's mans werkkraft die heeft geresulteerd in een uitputtende bronnen- en literatuurstudie. Verbazing over de benadering van het onderwerp en daarmee ten dele samenhangende presentatie van de bevindingen. Die mengeling van bewondering en verbazing is de sleutel waarin de hiervolgende waardering is geplaatst.

De auteur heeft zich, zoals gezegd, met deze studie ten doel gesteld een beschrijving te geven van de positie van de langstlevende in het Nederlandse erfrecht bij versterf in de periode van het oud-vaderlandse recht vóór 1795 (formeel tot de invoering van ons eerste burgerlijk wetboek in 1809). Daartoe heeft hij een ontzagwekkende hoeveelheid literatuur

en – voornamelijk uitgegeven – normatieve rechtsbronnen bestudeerd. Bronnen tot stand gekomen in de praktijk (contracten van huwelijksvoorwaarden, schenkingsovereenkomsten en testamentaire oorkonden) heeft hij slechts op onderdelen in zijn onderzoek betrokken. Hoewel hij niet alle relevante literatuur en bronnen gezien heeft (en menselijkerwijs gesproken ook niet gezien kán hebben) is zijn onderzoek in dit opzicht voorbeeldig. Het boek telt ruim 500 bladzijden. Daarvan worden naar mijn inschatting minder dan 150 bladzijden door de hoofdtekst in beslag genomen. Meer dan 350 bladzijden worden gevuld met een zeldzaam omvangrijk notenapparaat met uitvoerige citaten uit de bronnen, bijlagen met relevante passages uit de bronnen, lijsten van geraadpleegde bronnen en literatuur, verschillende registers en, zoals reeds opgemerkt, een zestal intermezzo's. Het boek telt vele bladzijden waarvan de tekst van de noten in kleine druk meer dan helft van de bladspiegel innemen. Het geheel wekt de indruk dat de auteur moeilijk weerstand heeft kunnen bieden aan een sterke drang naar volledigheid. Die volledigheidsdwang openbaart zich ook in kleine eigenaardigheden zoals een wel zeer complete lijst van afkortingen ('SR' staat voor 'Sebastiaan Roes, de auteur dezes'), de neiging om consequent synoniemen van termen te geven en om uitgebreid stil te staan bij kleinere onderwerpen zoals bijvoorbeeld een voor zijn studie niet relevante vraag wanneer de middeleeuwen in de Nederlanden eindigen (p. 13).

Teleurstellende resultaten? Of, toch niet?

Wat levert deze ruim opgezette en diepgravende literatuur- en bronnenstudie naar de erfrechtelijke positie van de langstlevende in de Noordelijke Nederlanden voor 1795 nu op? Laten we hiervoor Roes' conclusies eens op een rij zetten. Na te hebben geconstateerd dat de betekenis van de Germaanse volksrechten voor het erfrecht in onze contreien gedurende de middeleeuwen en het ancien régime beperkt is wegens de grote tijdelijke en inhoudelijke kloof die er gaapt tussen de periode van de volksrechten en die van het oud-vaderlands recht (p. 148), moet de auteur concluderen dat de bestudeerde volksrechten geen gegevens bevatten over de erfrechtelijke positie van de vrouw (p. 153) of dat zij de langstlevende geen enkel 'soelaas' boden (p. 158). Voor zijn hoofdstuk over de langstlevende echtgenoot in het erfrecht bij versterf van de landrechten en de stadsrechten heeft Roes meer dan 130 steden en dorpen onderzocht (p. 16 en 180). Daarvoor was, afgaand op een harte-kreet van de auteur, heel wat doorzettingsvermogen nodig: 'Opgemerkt zij nog, dat het bestuderen van al dit bronnenmateriaal vaak nogal "frustrerend" was. Ik heb vele honderden pagina's costume bestudeerd die voor mijn studie in het geheel niets relevants hebben opgeleverd' (p. 183). In het erfrecht bij versterf van de leenrechten en hofrechten vond Roes niet veel meer: 'De langstlevende echtgenoot komen wij in het erfrecht bij versterf volgens de leenrechten en de hofrechten niet of nauwelijks tegen' (p. 239; zie ook p. 263 en 265). En wanneer hij na al dit getoonde doorzettingsvermogen tot zijn algemene con-

clusies komt, moet Roes vaststellen dat hij weliswaar sporen van gewoonterrechtelijk erfrecht ten gunste van de langstlevende echtgenoot is tegengekomen, maar dat het 'al met al niet over[hield]'. Slechts in uitzonderlijke gevallen (sic) erfde de langstlevende echtgenoot krachtens gewoonterrechtelijk erfrecht van de eerststervende (p. 275). Roes concludeert dan ook dat de langstlevende echtgenoot doorgaans niet door het erfrecht bij versterf werd beschermd (p. 276).

Betekent dit nu ook dat de vermogens(rechtelijke) positie van de langstlevende echtgenoot na de ontbinding van het huwelijk door overlijden in het oud-vaderlands recht slecht was? Zeker niet. Zoals we hebben gezien wijst Roes reeds in de inleiding van zijn boek op het evidente verband tussen het huwelijksvermogensrecht en het wettelijk erfrecht: het huwelijksvermogensregime bepaalt immers hoeveel er voor de langstlevende overblijft na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap. Hij stelt dan ook vast dat in het oud-vaderlands recht de langstlevende echtgenoot de vermogensrechtelijke bescherming niet zozeer aan het costumiere erfrecht als wel aan het huwelijksvermogensrecht, het schenkingsrecht en het testamentaire erfrecht ontleende (p. 276-277). Vooral het huwelijksvermogensrecht en het schenkingsrecht waren in deze van groot gewicht. Ingeval de echtelieden gehuwd waren in algehele gemeenschap van goederen ontving de langstlevende ten minste de helft van de gemeenschapsgoederen. Dit huwelijksgoederenregime komen we in de door Roes bestudeerde periode in een groot deel van de Noordelijke Nederlanden tegen: Holland, Zeeland, Utrecht, Overijssel, bepaalde Gelderse kwartieren en hier en daar in Brabant. Dit huwelijksgoederenregime verspreidde zich in de loop der eeuwen bovendien nog over de Noord-Nederlandse gewesten. De (beperkte) gemeenschap van winst en verlies zien we in Friesland en de Groninger Ommelanden. In grote delen van Brabant en in Limburg komen we de (beperkte) gemeenschap van roerende zaken en aanwinsten tegen. Daarnaast kende men in Brabant, Limburg en in Zeeland het devolutierecht, hetgeen kortgezegd inhield dat de langstlevende de onroerende zaken die tijdens het huwelijk tot de privé-vermogens of het gemeenschappelijk vermogen behoorden in vruchtgebruik kreeg. Na het overlijden van de langstlevende waren deze zaken voor de kinderen. Ook door het maken van huwelijksvoorwaarden zorgden aanstaande echtelieden ervoor dat de langstlevende niet berooid achterbleef: morgengave (een vorm van bruidsschat), vruchtgebruik en mutuele schenkingen komen onder andere in deze voorwaarden tegen. Kortom, in de woorden van Roes, 'de langstlevende echtgenoot bleef maar zelden écht in de kou staan' (p. 281).

De opzet van het boek

Roes' conclusies brengen mij tot enkele opmerkingen over de opzet van zijn studie. Al lezende in zijn boek heb ik mij herhaaldelijk afgevraagd waarom hij voor de presentatie van zijn onderzoeksresultaten als hoofdthema heeft gekozen voor de de positie van de langst-

levende echtgenoot in het Nederlandse *erfrecht bij versterf*. Iedereen die enigszins bekend is – en dat is de auteur – met de hierboven beknopt weergegeven geschiedenis van de pogingen om in de twintigste eeuw in Nederland te komen tot verbetering van de positie van de langstlevende in het *erfrecht*, kon weten dat die positie van de langstlevende vóór 1795 slecht was. Het recht is immers, zeker het *erfrecht*, een taaie materie waarin veranderingen niet eenvoudig totstandkomen. De historicus en jurist Roes had licht kunnen bevroeden – wetend dat de Code civil in 1804 en het Burgerlijk Wetboek in 1838 de langstlevende *erfrechtelijk* niet bepaald ruimhartig tegemoet waren getreden – dat de positie van de langstlevende in het *versterferrecht* van vóór 1795 niet veel anders zal zijn geweest. De Code civil en het Burgerlijk Wetboek staan immers op het punt van het *erfrecht* niet bepaald bekend als revolutionaire wetboeken. Beide hielden in het *intestaaterrecht* vast aan de historische lijn: bloedverwantschap als grondslag van het *intestaaterrecht*, ‘het naaste bloed erft het goed’.

Nu kan ik mij goed voorstellen dat iemand vanuit actuele ontwikkelingen in het recht tot een historische vraagstelling komt. Dat is, indien mogelijk en zinvol, voor een rechtshistoricus naar mijn smaak zelfs aan te bevelen. Werkende weg had Roes echter tot het inzicht moeten komen dat zijn vraagstelling geen bijster vruchtbare was en haar vervolgens moeten bijstellen. Nu weet iedereen dat het bijstellen van een onderzoeksthese in de bèta-wetenschappen een doodzonde is die gelijkstaat aan het vervalsen van onderzoeksresultaten. In onze discipline, de rechtsgeschiedenis, ligt dat wat anders. Heeft Roes nooit overwogen om de probleemstelling te verbreden, zich niet langer hoofdzakelijk te richten op het *errecht* en om het *huwelijksgoederenrecht*, het *schenkingsrecht* en het *testamenteaire errecht* een gelijkwaardige positie te geven aan het *errecht* bij de beschrijving van de *vermogens(rechtelijke) positie van de langstlevende* in het oud-vaderlands recht? Laat er overigens geen misverstand over bestaan: Roes besteedt uitgebreid aandacht aan die onderwerpen. In hoofdstuk 1 (125 bladzijden hoofdtekst en noten (!)) beschrijft hij deze terreinen van het recht. En zoals ik hierboven heb laten zien, komen ook in de conclusies zijn onderzoeksresultaten op die terreinen genoegzaam aan bod. Waarom deze onderzoeksgebieden niet tot uitdrukking brengen in de vraagstelling en uiteindelijk ook in de titel van het boek? Een en ander had geleid tot een wat evenwichtiger presentatie van de stof – de belangrijkste resultaten van het onderzoek vinden we nu voorafgaand aan de behandeling van de eigenlijke vraagstelling – en had bovendien geleid tot een wat minder teleurstellend getoonzet verslag van onderzoekers bevindingen inzake het *errecht*. Is het, zo heb ik gedacht, wellicht het Nijmeegse perspectief geweest van waaruit Roes heeft gewerkt die hem consequent heeft doen vasthouden aan zijn oorspronkelijke uitgangspunt? Zoals hierboven gememooreerd is het vooral de Nijmeegse school van Van Mourik geweest die decennialang heeft gestreden voor opneming van het langstlevende al-beginsel in het nieuwe *errecht*. Die strijd voor de verbetering van de positie van de langstlevende in het *errecht* kan Roes’ perspectief op de materie in hoge mate hebben bepaald.

Een rijke, persoonlijk getoonzette studie en een oproep

Ik concludeer. Roes heeft een robuuste en rijke studie geschreven over een onderwerp dat de afgelopen eeuw centraal heeft gestaan in discussies over het erfrecht *jure constituendo*. Door een wat andere ordening en presentatie van de stof had hij de lezer een geïntegreerder overzicht van de vermogenspositie van de achterblijvende echtgenoot kunnen verschaffen. In zekere zin heeft Roes zichzelf tekort gedaan door consequent aan zijn vraagstelling vast te houden. Nu moet hij bijna alle hoofdstukken van zijn hoofdtekst afsluiten met de conclusie 'weinig of niets gevonden', terwijl dit maar een deel van het verhaal is.

En dat Roes die conclusies niet licht zijn gevallen, dat hij de uitkomsten van zijn spuurwerk als teleurstellend heeft ervaren, steekt hij niet onder stoelen of banken. Bij al het opmerkelijks dat dit werk kenmerkt, hoort zeker ook dat het, voor een proefschrift, een in verschillende opzichten nogal persoonlijk karakter draagt. Zo bespreekt Roes in intermezzo 2 (p. 117-118) de huwelijksvoorwaarden die zijn voorouders Derk Roes en Aeltje Kemperman in 1719 sloten. En op p. 115 gaat hij in op een mogelijke vergelijking tussen het oud-vaderlandse voordeelrecht en elementen in het hedendaagse erfrecht. Hij sluit de alinea af met de volgende verzuchting: 'Als ik al spotlust of meewarigheid opwek (hetgeen nimmer geheel valt uit te sluiten) dan hopelijk niet om *déze* reden'. Heeft Roes aanwijzingen dat zijn *Umwelt* zijn persoon en/of zijn bezigheden niet altijd even serieus neemt? Wellicht realistisch – een troost kan zijn dat hij niet de eerste geleerde is die de gememoreerde sentimenten in zijn omgeving opwekt. De meest opvallende ontboezeming van de auteur vond ik echter op p. 17. Aldaar verantwoordt hij het opnemen van zes intermezzo's in zijn boek. Deze intermezzo's zijn 'uitweidingen, 'zijpaden', 'terzijdes' ... waarin de schrijver zijn hobby's en voorkeuren eens goed kon botvieren. (...) Het zij hem vergeven! Een promovendus wil ook wel eens gewoon lol hebben, en plezier [sic] in zijn werk'. Blijkbaar is de arbeid aan zijn proefschrift Roes zwaar gevallen en heeft hij er niet (altijd) veel plezier aan beleefd. Bij zo'n uitroep vraag ik mij af of een andere vraagstelling die tot een positievere presentatie van de onderzoeksresultaten had kunnen leiden Roes wellicht niet meer arbeidsvreugde had kunnen bezorgen.

Laat ik afsluiten met een oproep. Met deze studie presenteert Roes zich als een groot kenner van het bronnenbestand van het oud-vaderlands recht waarin hij met grote vaardigheid zijn weg weet te vinden. Toen ik vlak na Roes' promotie met Dirk Heirbaut over het proefschrift sprak bracht hij naar voren dat Roes de aangewezen persoon was om een 'Godding' of een nieuwe 'De Blécourt-Fischer' voor de Noordelijke Nederlanden te schrijven. Aan een nieuwe geschiedenis van het privaatrecht van de Noordelijke Nederlanden bestaat in rechtshistorische kring al langere tijd behoefte. Tot nu toe diende zich hiervoor niet een uitgesproken kandidaat aan. Na Roes' boek te hebben gelezen kan ik vaststellen dat die kandidaat is opgestaan. Wie vindt hem bereid?

'UN APPAREIL CONCASSEUR ET TRITURATEUR'

DE KRITIEK VAN EDMOND PICARD OP DE WETGEVENDE MACHT IN
BELGIË IN DE TWEDE HELFT VAN DE NEGENTIENDE EEUW¹

Inleiding

Wantrouwen tegenover de wetgevende macht

Edmond Picard was aan het einde van de negentiende eeuw als advocaat, rechtsgeleerde en opiniemaker alom tegenwoordig in de Belgische samenleving. Hij nam gewoontegetrouw geen blad voor de mond, zeker niet in zijn kritiek op mistoestanden. Over de Belgische wetgevende macht van zijn tijd liet hij zich bijvoorbeeld in volgende laatsprekende bewoordingen uit:

Le tableau qu'offre la scène législative tant par ceux qui y jouent un rôle que par ceux qui aspirent à y monter est donc, à de rares exceptions près, affligeant. Au point de vue de la convoitise des ambitions, elle a l'air d'une ménagerie pleine d'animaux hurlants qui attendent qu'on leur ouvre les grilles pour se jeter dans l'arène. [...] Toute la vie politique est devenue un commerce de petites gens.²

Of nog:

Il faut avouer, chose à la fois triste et grave, que la confection des lois est livrée chez nous aux aventures et à l'insuffisance; que subsiste-t-il des meilleurs projets quand ils ont passé par cet appareil concasseur et triturateur qu'on nomme pouvoir législatif.³

Uit beide citaten lijkt Edmond Picard een fundamenteel wantrouwen gehad te hebben tegenover de parlementaire democratie in het algemeen en de wetgevende macht in het bijzonder. Maar gaat dat beeld wel op? Om daarop een antwoord te kunnen geven, is het noodzakelijk eerst zijn levensverhaal te schetsen.

1 Dit artikel is een bewerking en aanvulling van een lezing gehouden op de namiddagsessie 'Parlementarisme & Democratie' op de Dag van de Nieuwste Geschiedenis te Luik op zaterdag 18 maart 2006. We danken Randall Lesaffer (K.U.Leuven en Universiteit Tilburg), Jean-Pierre Nandrin (Facultés Universitaires Saint-Louis Brussel en Université Catholique de Louvain) en Fred Stevens (K.U.Leuven) voor hun waardevolle opmerkingen bij de lezing en de eerste versie van dit artikel, die we zoveel mogelijk in de tekst hebben verwerkt.

2 E. Picard, 'De la confection vicieuse des lois en Belgique et des moyens d'y remédier', in: E. Picard en N. D'Hoffschmidt (red.), *Pandectes belges. Répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence belges* [hierna en in de tekst afgekort tot *Pandectes belges*] (Brussel 1881), deel vi, p. ix-lxxvi; aldaar p. lv.

3 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. liii.

Levensschets van Edmond Picard⁴

Edmond Picard werd geboren in 1836 in Brussel. Hij was de zoon van François-David Picard en Marie-Josephe Moens. Zijn vader stamde uit een Ardeense familie en was advocaat aan de balie van Brussel; vanaf de oprichting van de *Université Libre de Bruxelles* (ULB) doceerde hij er burgerlijk recht.⁵ Zijn moeder was een Zeeuws-Vlaamse uit Cadzand.

Picard koos op zeventienjarige leeftijd, in navolging van zijn broer Emile en wellicht om de precaire financiële situatie van het gezin,⁶ voor een zeemansleven. In de periode 1854-1856 maakte hij drie reizen ter lange omvaart. In 1856 behaalde hij aan de Zeevaarschool het diploma van tweede luitenant op de lange omvaart.

Toch verkoos hij uiteindelijk een carrière aan de balie. Hij was een begaafd rechtenstudent aan de ULB en op 14 april 1860 mocht hij zichzelf doctor in de rechten noemen.⁷ Hij schreef zich op 26 april van dat jaar in bij de Brusselse balie en werd de eerste stagiair van de latere minister van Justitie, Jules Lejeune.⁸ Met het oog op een toekomstige academische carrière aan de ULB, in de voetsporen van zijn vader, verdedigde hij op 21 mei 1864 zijn aggregatieproefschrift *La Certitude dans le Droit naturel*.⁹

In de jaren zestig en zeventig van de negentiende eeuw concentreerde Picard zich vooral op de uitbouw van zijn advocatenpraktijk. Hij specialiseerde zich in maritiem recht, onteigeningsrecht en intellectueel eigendomsrecht. Tegelijkertijd begon hij zich op politiek vlak een weg te zoeken. Hij verenigde zich met enkele andere Brusselse advocaten in de zogenaamde *Cercle des Rabougris*, die binnen de toenmalige liberale partij ageerde tegen de doctrinaire opstelling van de toenmalige liberale leider en minister van financiën Frère-Orban.¹⁰ Als zodanig schreef hij in 1866 de tekst van het *Manifeste des Ouvriers*, dat doorgaans wordt beschouwd als het officiële startsein van de Belgische beweging voor het algemeen stemrecht.¹¹

4 De biografische schets is, tenzij anders aangeduid, opgemaakt op basis van: J. Beyers-Bell en H. Van Goethem, 'Picard, Edmond', in: R. De Schryver e.a. (red.), *Nieuwe Encyclopedie van de Vlaamse Beweging* (Tielt 1998), deel 2, p. 2470-2472; L. Dupont, 'Edmond Picard 1836-1924', in: C. Fijnaut (ed.), *Gestalten uit het verleden. 32 rechtsvoorgangers in de strafrechtswetenschap, de strafrechtspleging en de criminologie* (Leuven 1993), p. 97-107; M. Heyse, 'Picard, Edmond', in: *Nationaal Biografisch Woordenboek*, deel VI (Brussel 1974), kol. 773-777; A. Pasquier, *Edmond Picard*, Collection Nationale (Brussel 1945), p. 3-32; R. Warlomont, 'Picard, Edmond-Désiré', in: *Biographie Nationale*, deel XXXIV (Brussel 1968), kol. 644-658.

5 L. Vanderkindere, *L'université de Bruxelles 1834-1884. Notice historique faite à la demande du Conseil d'Administration* (Brussel 1884), p. 186 en lxxviii.

6 *Le tombeau d'Edmond Picard*. ARAB (=Algemeen Rijksarchief Brussel), AAG (=Archief Albert Guislain), nr. 2413, p. 23.

7 Tot en met 1969 werd in België het diploma van doctor in de rechten behaald na vijfjaar studie. Dit diploma volstond, anders dan nu het geval is, niet voor een benoeming op een universitaire leerstoel. Om te mogen doceren moest volgens de wetgever nog een bijkomend aggregatiediploma behaald worden, wat onder meer het schrijven van een aggregatieproefschrift behelsde; de facto werd daar evenwel soms van afgeweken. Door het koninklijk besluit van 1 augustus 1969 kwam de graad van licentiaat in de rechten in de plaats van de vroegere doctorstitel; de graad van doctor in de rechten kon voortaan alleen nog behaald worden na minimum twee jaar wetenschappelijk onderzoek en het schrijven van een proefschrift. Zie terzake: R. Verstegen, 'L'enseignement du droit en Belgique. Evolution de la législation aux XIXe et XXe siècle', in: F. Stevens en D. Van den Auweele (eds.), *Houd voet bij stuk. Xenia iuris historiae G. Van Dievoet oblata* (Leuven 1990), p. 159-162.

8 Jules Lejeune (1828-1911) was minister van Justitie van 1887 tot 1894 in de regering Beernaert. Zie over hem: S. Christiaens, *Tussen klassieke en moderne criminele politiek. Leven en beleid van Jules Lejeune* (Samenleving, criminaliteit en strafrechtspleging 28; Leuven 2004).

9 Dit proefschrift werd uitgegeven als: E. Picard, *Essai sur la certitude dans le droit naturel*. Brussel 1864.

In 1875 werd Picard tot zijn grote ontsteltenis niet benoemd op een vacant gekomen betrekking aan de ULB; hij diende prompt zijn aggregatiediploma weer in. In 1878 begon hij aan zijn levenswerk, de *Pandectes belges*, een overzicht van het toenmalige Belgische recht, waarvan het 136^{ste} en laatste deel pas in 1933 zou verschijnen.¹² 1881 was een scharnierjaar voor Picard. In dat jaar richtte hij samen met Ferdinand Larcier het *Journal des Tribunaux* op, waarvan hij tot 1900 de hoofdredacteur bleef en waar hij ook lang daarna nog een vinger in de pap hield.¹³ Met de uitgave van *L'Art Moderne* in 1881, samen met zijn voormalige stagiair Octave Maus, wierp hij zich op als de inspirator en de theoreticus achter de Brusselse avant-garde-kunstenaarsbeweging *Les XX*. Op professioneel vlak werd hij ook in 1881 toegelaten tot de Orde van Advocaten bij het Hof van Cassatie. De faam van Picard groeide nog meer dankzij een aantal geruchtmakende assisenprocessen. In de jaren tachtig dong hij ook enkele malen tevergeefs naar een parlementair mandaat; hij sloot zich uiteindelijk aan bij de Belgische Werklieden Partij (BWP).

De jaren negentig vormden ontegensprekelijk het professionele hoogtepunt in het leven van Picard. In 1894 werd hij benoemd tot provinciaal senator voor de BWP voor Henegouwen en hij zou tot 1908 in de Senaat zetelen. In datzelfde jaar werd hij uiteindelijk ook professor, zij het aan de *Université Nouvelle de Bruxelles*, een afsplitsing van de ULB die stand hield tot kort na de Eerste Wereldoorlog.¹⁴ In 1898 werd hij voor het eerst verkozen tot Stafhouder van de Orde van Advocaten bij het Hof van Cassatie.

Bij het begin van de twintigste eeuw was de rol van Picard uitgespeeld. Hij werd nog overvloedig gehuldigd in 1901, naar aanleiding van zijn 65^{ste} verjaardag, en in 1910 naar aanleiding van zijn 50^{ste} jaar als advocaat, maar hij trok zich na de Eerste Wereldoorlog definitief terug uit het openbare leven. Hij stierf in 1924 op 87-jarige leeftijd te Dave-sur-Meuse bij Namen.

10 Walthère-Hubert Frère-Orban (1812-1896) behoorde tot de conservatief-doctrinaire vleugel van de Belgische liberale partij in de negentiende eeuw. Hij was minister van Openbare Werken (1847-1852 en ad interim 1858-1859), minister van Financiën (1848-1852 en 1857-1870) en minister van Buitenlandse Zaken (1878-1884). Hij was regeringsleider (chef du cabinet) van 1868 tot 1870 en van 1878 tot 1884. Zie over hem: A. Despy-Meyer, *Frère-Orban et le libéralisme politique*. Brussel 1996, en de aldaar vermelde literatuur.

11 *Le tombeau d'Edmond Picard*. ARAB, AAG, nr. 2413, p. 132-138; J. Destrée en E. Vandervelde, *Le Socialisme en Belgique* (Parijs 1903), p. 93-96; Dupont, 'Edmond Picard', p. 100; Pasquier, *Edmond Picard*, p. 23.

12 De reeks werd na de dood van Picard voortgezet door zijn leerling Léon Hennebicq (1871-1940), advocaat bij het Hof van Beroep te Brussel. In 1940 verscheen nog een afsluitende concordantietabel.

13 Zie met betrekking tot het hoofdredacteurschap van Picard van de *Journal des Tribunaux*: D. Heirbaut, 'Law reviews in Belgium (1763-2004): instruments of legal practice and linguistic conflicts', in: M. Stolleis en T. Simon (eds.), *Juristische Zeitschriften* (Frankfurt-am-Main 2006), p. 352-356; R. Lesaffer, 'De justitie en de media', in: D. Heirbaut e.a. (red.), *Politieke en sociale geschiedenis van justitie in België van 1830 tot heden* (Brugge 2004), p. 357-359; R. Lesaffer, 'Le Journal des Tribunaux (1904-1914). De Belgisch-Nederlandse betrekkingen vanuit het standpunt van de Belgische nationalist', in: F. Stevens en D. Van den Auweele (eds.), *Uutwysens d'archiven. Handelingen van de Xlde Belgisch-Nederlandse rechtshistorische dagen*. Leuven, 22-23 november 1990 (Leuven 1992), p. 108-112; D. Sterckx, 'Un siècle de J.T. 1881-1899', in: *Journal des Tribunaux*, 101 (1982) 5200, p. 262.

14 A. Despy-Meyer, *Inventaire des archives de l'Université Nouvelle de Bruxelles (1894-1919) déposées aux Archives de l'Université Libre de Bruxelles* (Brussel 1973), p. 7-14; A. Despy-Meyer, 'Un laboratoire d'idées. L'Université Nouvelle de Bruxelles (1894-1919)', in: G. Kurgan-Van Hentenryk (ed.), *Laboratoires et réseaux de diffusion des idées en Belgique (XIXe-XXe siècles)* (Brussel 1994), p. 51-54; W. Van Rooy, 'L'agitation étudiante et la fondation de l'Université nouvelle en 1894', in: *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis* 7.1-2 (1976), p. 197-241.

Vraagstelling

Anders dan men op het eerste gezicht zou verwachten komt Picard uit zijn biografie juist naar voren als een erg progressieve figuur met een radicaal-democratische ingesteldheid. Getuige daarvan zijn ondermeer zijn niet aflatende inzet voor de uitbreiding van het stemrecht, zijn politiek mandaat als socialistisch senator vanaf 1894 en zijn onderwijsopdracht aan de Université Nouvelle, bij uitstek een bolwerk van anarchisten en socialisten in het Brussel van vóór de Eerste Wereldoorlog. Hoe is dat beeld te verzoenen met zijn scherpe kritiek op de wetgevende macht?

In deze bijdrage willen we dieper ingaan op die schijnbare ambiguïteit aan de hand van een driedelige vraagstelling. Eerst en vooral onderzoeken we waarom de wetgevende macht in de ogen van Picard niet voldoet en hoe het volgens hem zover is kunnen komen. Ten tweede gaan we na hoe Picard de bestaande wetgeving evalueert. Is zijn oordeel daarover even kritisch? Zo ja, wat ziet hij dan als de voornaamste gebreken? Tenslotte bestuderen we of en in welke mate Picard mogelijkheden ziet om de in zijn ogen slecht werkende wetgevende macht te remediëren. Zo ja, houdt hij daarbij vast aan de democratische parlementaire vertegenwoordiging of voorziet hij een eerder technocratische, extraparlamentaire oplossing? In het besluit plaatsen we het betoog van Picard in zijn rechtshistorische context.

Hoofdbron voor deze bijdrage vormt het polemische essay *De la confection vicieuse des lois en Belgique et des moyens d'y remédier*, dat Picard in het najaar van 1881 publiceerde als inleiding bij het zesde deel van de *Pandectes belges*.

De gebreken van de wetgevende macht

Wat bracht Picard ertoe om zich in zo weinig flatterende bewoordingen als *un appareil concasseur et triturateur en une ménagerie pleine d'animaux hurlants* uit te laten over de wetgevende macht in België? Bij nader inzien blijkt dat hij zijn oordeel grotendeels rechtvaardigt op basis van de parlementaire wetgevende procedure. Alhoewel die zijns inziens in theorie zeker borg moest kunnen staan voor een grondige bespreking,¹⁵ vond hij ze *de facto* vooral een schertsvetoning:

On est promptement en présence de la négligence, de la paresse, de l'ignorance, du défaut de scrupule et même de loyauté ou de décence. Il est permis de dire que toute cette machine fonctionne presque toujours à vide quand il s'agit de lois d'intérêt privé et qu'on assiste à une vaste démonstration qui n'est, au fond, qu'une pitoyable comédie.¹⁶

15 Zie m.b.t. de parlementaire procedure: Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xlv. Picard baseerde zich voor zijn uiteenzetting over de parlementaire procedure op: J. Carlier, *Le Parlement belge et la Procédure parlementaire*. Brussel 1881. Zie daarnaast: 'Chambre des représentants', in: E. Picard en N. D'Hoffschmidt (red.), *Pandectes belges*, deel XVII (Brussel 1885), kol. 886-899, aldaar kol. 893; L. François, S. De Decker en P. Vandenbroucke, 'De Senaat 1831-1893', in: V. Laureys e.a., *De geschiedenis van de Belgische Senaat 1831-1995* (Tielt 1999), p. 47; C. Sägesser, 'De Kamer als wetgever', in: E. Gerard e.a. (red.), *Geschiedenis van de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers 1830-2000* (Brussel 2003), p. 229-233.

16 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xlv.

Dikwijls ontbrak bijvoorbeeld het motief voor de herziening of vervanging van een bepaalde wet. Picard ergerde er zich bijvoorbeeld blauw aan dat voor de herziening van de wetboeken steevast werd verwezen naar de beruchte elfde bepaling van artikel 139 van de Belgische grondwet.¹⁷

Ook liet de voorbereiding van de wetsontwerpen volgens Picard veel te wensen over. Wanneer die werd toevertrouwd aan kabinetmedewerkers, beschikten die niet altijd over de nodige juridische vorming. Dit hoefde niet echt te verwonderen; Picard citeerde in dit verband de toenmalige liberale minister van Justitie Jules Bara, die zich erover beklaagde dat hij met de lage lonen onmogelijk de beste juristen kon aantrekken.

Indien de voorbereiding werd toevertrouwd aan speciaal benoemde commissies, was de samenstelling doorgaans geen probleem. Maar dan was de werking toch niet efficiënt, omdat dergelijke commissies vaak te weinig bijeenkwamen. Bovendien ging er vaak een bepalende invloed uit van de academici, die deel uitmaakten van die commissies. Doorgaans waren die academici hoogleraar aan de rechtsfaculteiten van de Rijksuniversiteiten van Gent of Luik. Het *Strafwetboek* van 1867 bijvoorbeeld was grotendeels het werk geweest van Jean-Jacques Haus (1796-1881).¹⁸ Evenzo was Albéric Allard (1834-1872) opgetreden als geestelijke vader van de herziening van de *Code de procédure civile*.¹⁹ Picard beseftte in 1881 maar al te goed dat hetzelfde ook zou gelden voor het voorontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, dat François Laurent (1810-1887) toen voorbereidde.²⁰ Hij verweet Laurent bovendien dat hij inconsequent was, omdat hij enkele jaren eerder nog in een artikel in het *Journal du droit international privé* had opgemerkt dat academici geenszins de plaats van de volksvertegenwoordigers mochten innemen en dat hijzelf zich daar niet toe zou laten verleiden:

Ce n'est pas que la voix de la science ne doive se faire entendre dans ces graves débats, mais, à notre avis, elle ne doit pas dominer; car le travail législatif n'est pas une affaire de théorie; [...].

Laurent had voorts in hetzelfde artikel verklaard dat:

¹⁷ Cfr. infra voor een uitvoeriger bespreking van de reikwijdte en de context van deze grondwetsbepaling.

¹⁸ A.G. Bosch, 'J.J. Haus en het wetboek van strafrecht', in: *Rechtskundig Weekblad* 27 (1963-1964) 16, kol. 849-854; J. Gilissen, 'Codifications et projets de codification en Belgique au XIXe siècle (1804-1914)', in: *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis*, 14.1-2 (1983), p. 203-285; aldaar p. 243-244; C. Hennau en J. Verhaegen, 'Jacques-Joseph Haus 1796-1881', in: *Fijnaut, Gestalten uit het verleden*, p. 73-81; F. Stevens, 'La codification pénale en Belgique. Héritage français et débats néerlandais (1781-1867)', in: X. Rousseaux en R. Lévy (red.), *Le pénal dans tous ses états. Justice, Etats et sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)* (Brussel 1997), p. 287-302; aldaar p. 300-301; C. Vanackere, 'J.J. Haus et le code pénal belge', in: *Revue générale belge* (1951), p. 717-730.

¹⁹ H. De Page, 'Allard, Albéric', in: *Biographie nationale*, deel XXX (Brussel 1958-1959), kol. 32-35; Gilissen, 'Codifications et projets de codification', p. 255; L. Vanderkindere, *L'université de Bruxelles 1834-1884*, p. 143-144.

²⁰ G. Baert, 'François Laurent. Zijn leven, zijn tijd en zijn strijd (1810-1887)', in: J. Erauw e.a. (ed.), *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887* (Brussel 1989), p. 9-60.

Pour ce qui nous regarde, nous admirons le Code Napoléon comme un chef-d'oeuvre; il a ses imperfections comme toute oeuvre humaine, mais nous redoutons la révision que la constitution belge ordonne: au lieu de réformer le Code civil, on pourrait bien le déformer.²¹

Ten derde voerde Picard aan dat de werking van de zes secties van de Kamer ondermaats was. De vergaderingen ervan waren vaak nogal kort en werden niet echt druk bijgewoond. Hierdoor werden vaak niet de beste volksvertegenwoordigers afgevaardigd naar de centrale sectie. De werking van de centrale sectie kon eveneens beter in de ogen van Picard. Al te vaak was de verslaggever er te dominant en stond of viel de kwaliteit van het afgeleverde werk met zijn bekwaamheid.

De discussie in de plenaire vergadering van de Kamer was volgens Picard een klucht. Hij betreunde ten zeerste dat er nauwelijks gediscussieerd werd over privaatrechtelijke wetten. Doorgaans was slechts een beperkt aantal volksvertegenwoordigers aanwezig, meestal net genoeg om het wetsontwerp gestemd te krijgen. Als er al amendementen werden ingediend, verstoorden ze vaak de interne orde van het wetsontwerp.²² Als ze uitgingen van de oppositie werden ze vaak politiek weggestemd:

Quand il s'agit de lois privées, on aurait tort de croire que tout va se passer comme lorsqu'il s'agit d'un de ces débats politiques, [...] Le sujet d'une loi privée est purement scientifique, comment la grande majorité de nos députés s'y intéressait-elle? Personne ne leur a appris que c'est par elles que l'organisme social se condense et se fortifie, [...] Il n'y a, à leurs yeux, d'intéressant et de vraiment dignes d'attention que ces discussions politiques, interminables, devenues chez nous les sources mêmes de la haine, et dénaturant peu à peu toutes les vertus solides qui, en formant le citoyen à la tolérance et à la bienveillance, affermissent la nationalité et sont l'aliement de la prospérité et du bonheur.²³

Het is niet onbelangrijk erop te wijzen dat Picard deze bittere woorden schreef in 1881. Dat jaar viel midden in de regeerperiode van de laatste homogeen-liberale regering Frère-Orban-Van Humbeeck, die volledig in het teken stond van de Schoolstrijd. In die krachtmeting tussen clericalen en anti-clericalen was het privaatrecht logischerwijze niet de hoogste prioriteit.²⁴

Tenslotte ergerde Picard zich aan de strakke partijdiscipline, waardoor parlementsleden niet steeds volgens hun eigen overtuigingen mochten stemmen en zich moesten houden

21 Geciteerd in: Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xxx-xxxi. Zie in het algemeen voor de invloed van de Gentse rechtsfaculteit op de Belgische wetgeving van de negentiende eeuw: L. Vandersteene, *Geschiedenis van de Faculteit Rechtsgeleerdheid*. Boek I: 1817-1940, on line raadpleegbaar op: <http://www.law.ugent.be/decaan/geschiedenis/index.html>. Cfr. infra voor een uitvoeriger relaas over de herziening en de vervanging van de Franse wetboeken in België.

22 Een merkwaardige gelijkenis is terzake vast te stellen met de opvattingen van de Nederlandse juristen A.C. Holtius (1786-1861) en R.A. Fockema. P.C. Kop, 'Savigny en de wetenschap van het privaatrecht in Nederland in de negentiende eeuw', in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 57.1-2 (1989), p. 133-134. Zie voor een biografische schets van Holtius: P.C. Kop, 'De brieven van A.C. Holtius aan F.C. von Savigny', in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 60.1-2 (1992), p. 128-132.

23 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xlix.

24 Zie voor de recentste stand van zaken van het onderzoek, het hoofdstuk over de Schoolstrijd in: G. Deneckere, 'Nieuwe geschiedenis van België 1878-1905', in: E. Witte e.a. (red.), *Nieuwe geschiedenis van België. Deel I. 1830-1905* (Tielt 2005), p. 477-499.

aan de voorschriften van hun partij en van de regering, als ze tot de meerderheid behoorden:

Il faut beaucoup de talent et de fortune pour se permettre d'avoir des convictions. Posséder un caractère ferme, qui se refuse aux transactions, reste le plus noble, mais est devenu le plus gênant fardeau, alors pourtant que c'est un devoir étroit que d'agir d'après les opinions que l'on professe. S'il est vrai qu'un ministère ne devrait être qu'un comité choisi indirectement par le pouvoir législatif à qui devrait appartenir le droit de lui commander, que voit-on le plus souvent ? Absolument le contraire: c'est le ministère qui commande et dirige une majorité toujours prête à obéir.²⁵

Opmerkelijk is wel dat Picard zich niet uitliet over de rol van de Senaat, waarvan in de rechtsleer doorgaans werd gewezen op de positieve invloed op de kwaliteit van de wetgeving.²⁶

De slechte staat van de wetgeving

In welke mate vertaalde die slechte werking van de wetgevende macht zich volgens Picard in de wetgeving? Het hoeft niet te verwonderen dat zijn oordeel hierover niet echt milder was. Picard stelde zowel een enorme kwantitatieve toename als een scherpe kwalitatieve achteruitgang vast.

Kwantitatieve toename ...

Wat het eerste betreft, was het reeds genoemde 11^{de} lid van artikel 139 van de Belgische Grondwet in de ogen van Picard het alfa en omega van het kwaad. Deze bepaling stipuleerde dat de bestaande, uit de Franse tijd overgeleverde wetboeken zo vlug mogelijk zouden worden herzien. Ze luidt in de authentieke Franstalige versie:

Le Congrès National déclare qu'il est nécessaire de pourvoir, par des lois séparées, et dans le plus court délai possible, aux objets suivants:
[...] 11^e La révision des Codes.²⁷

²⁵ Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. lii.

²⁶ 'Sénat', in: E. Picard en N. D'Hoffschmidt (red.), *Pandectes belges*, deel XCVI (Brussel 1909), kol. 608-634; aldaar kol. 618.

²⁷ Zie voor de integrale tekst van de Franstalige versie van de Belgische Grondwet de on line uitgave ervan op de website *The Rise of Modern Constitutionalism, 1776-1849*: <http://www.uni-kassel.de/~dippel/projekt/28mei2007>. De Nederlandstalige versie daarvan, die geen kracht van wet had, luidt als volgt: Den Volksraad verklaert dat het noodzaakelyk is, door afzonderlyke wetten en binnen den kortst mogelyken tijd, in het volgende te voorzien: [...] Ten 11^{de} de herziening der wetboeken. F. Stevens, *Geschiedenis van het publiekrecht*. Bronnenboek (Leuven 2004), p. 178.

Picard nam vooral aanstoot aan het feit dat de Volksraad²⁸ die bepaling helemaal aan het einde van de besprekingen over de Belgische Grondwet had ingelast op 6 februari 1831 en vond het ronduit schandalig dat daar klaarblijkelijk geen grondige discussie over had plaatsgevonden. Het voorstel was inderdaad voor het eerst verschenen in het rapport van de centrale sectie van een dag voordien, 5 februari 1831, zonder dat daarbij een duidelijke motivering aanwezig was. Picard ontwaarde achter de schermen de invloed van de rechtsfaculteiten van de rijksuniversiteiten van Gent en Luik. Daar had volgens hem de opvatting ingang gevonden dat de bestaande codes in hun totaliteit moesten worden opgegeven en vervangen door volledig nieuwe wetboeken.

Eén en ander mag echter niet zo scherp gesteld worden. De toevoeging van de bewuste bepaling geschiedde op de expliciete vraag van minister van Justitie Jean-Joseph Raikem (1787-1875). Dat er nauwelijks over gediscussieerd werd, lijkt veeleer het gevolg geweest te zijn van een brede consensus onder de leden van de Constituante. De Belgische grondwetgever sloot immers met zijn uitdrukkelijke ambitie om de Franse wetboeken te vervangen door nieuwe, nationale wetboeken perfect aan bij de tijdsgeest: in het gedachtegoed van de Romantiek was het niet meer dan logisch dat een onafhankelijk koninkrijk over eigen wetboeken beschikte. Bovendien werd verder gebouwd op een al bestaande traditie: tijdens de periode van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden hadden Zuid-Nederlanders actief meegewerkt aan de redactie van nieuwe wetboeken, die echter als gevolg van de Belgische onafhankelijkheid later alleen in het Noorden werden ingevoerd.²⁹ Niet toevallig laat Picard na die voorgeschiedenis te vermelden in zijn essay!

In de eerste decennia na de Belgische onafhankelijkheid beperkte de wetgever zich volgens Picard nog tot strikt noodzakelijke aanvullingen en verbeteringen:

On agissait comme l'architecte fait d'un bâtiment, remplaçant ce qui réclame réparation, sans pour cela jeter la construction par terre.³⁰

²⁸ De Volksraad is de officiële Nederlandstalige benaming van de instelling die in vroegere publicaties doorgaans 'Nationaal Congres' werd genoemd. John Gilissen bepleitte als eerste het gebruik van de officiële Nederlandstalige terminologie in een ongepubliceerde lezing voor de Vlaamse Academie; zijn leerling Michel Magits fundeerde het gebruik ervan in zijn proefschrift. M. Magits, *De Volksraad en de opstelling van de Belgische grondwet van 7 februari 1831. Een bijdrage tot de wordingsgeschiedenis van de Belgische Konstitutie*. Onuitgegeven proefschrift, Vrije Universiteit Brussel, 1977, deel 1, p. xiii-xv. Sindsdien volgen de meeste Nederlandstalige auteurs deze terminologie na: B. Delbecke, 'Verlekkerd op geitenmelk en een kalkoenhoedster. Over de ontstaansgeschiedenis van de wet van 6 april 1847', in: *Pro Memorie* 7.1 (2005), p. 115-131; F. Stevens, 'Een belangrijke fase in de wordingsgeschiedenis van de Belgische grondwet: de optie voor een tweekamerstelsel', in: *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis*, 12.3 (1981), p. 641-661.

²⁹ D. Heirbaut, 'L'émancipation tardive d'un pupille de la nation française: L'histoire du droit belge aux 19ième et 20ième siècles', in: A. Wijffels (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen* (Brussel 2005), p. 612-613; D. Heirbaut, 'Napoleons trouwste onderdanen, of waarom de Code civil na tweehonderd jaar nog steeds overeind staat in België', in: D. Heirbaut en G. Martyn (eds.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België* (Mechelen 2005), p. 78; R.C. Van Caeneghem, *An historical introduction to private law* (Cambridge 1992), p. 152-153. Zie specifiek met betrekking tot de codificaties van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden: Gilissen, 'Codifications et projets de codification', p. 210-229.

³⁰ Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xi.

In zijn eigen tijd echter zag hij een explosie van de wetgeving, waarbij voortdurend nieuwe wetten werden ingevoerd, bestaande wetten werden aangepast en talloze plannen circuleerden, wat zijns inziens leidde tot groeiende onzekerheid, onwetendheid en verwarring:

[...] actuellement notre législation entière apparaît comme une ville en démolition. Tous les principaux édifices sont renversés, d'autres s'élèvent mais sont à peine habitables, on s'attend à des écroulements nouveaux, on campe dans des constructions provisoires dont les détours sont encore inconnus. Bref, il y a partout trouble, ignorance, incertitude et confusion.³¹

Het voorbeeld bij uitstek van zijn stelling zag Picard in de herziening en vervanging van de Franse wetboeken, die vanaf 1850 volop in gang gezet was. In de Belgische rechtsgeschiedenis moet de periode 1849-1886 inderdaad gezien worden als 'le période des codifications': in iets minder dan veertig jaar werden zeven wetboeken uitgevaardigd, terwijl pogingen om vier andere wetboeken te herzien spaak liepen.³²

Anno 1881, jaar waarin Picard zijn essay schreef, waren twee van de vijf klassieke Napoleontische wetboeken vervangen en was de herziening van de andere drie weliswaar reeds aangevat, maar nog niet echt ver gevorderd of zelfs al gestrand. De *Code pénal* van 1810 werd als eerste bij wet van 8 juni 1867 vervangen door een nieuw Belgisch *Strafwetboek*.³³ De *Code de commerce* werd tussen 1851 en 1879 – op twee artikelen na – volledig gewijzigd door de wetgever, maar die behield de oude structuur en nummering van het Franse wetboek, zodat er formeel nooit een nieuw wetboek werd uitgevaardigd.³⁴

Van het ontwerp voor een nieuw Wetboek van Burgerlijke Procedure werd bij wet van 25 maart 1876 alleen de inleidende titel door het parlement goedgekeurd, terwijl de rest van het ontwerp strandde op de voorgestelde afschaffing van de pleitbezorgers.³⁵ Van het nieuwe ontwerp voor een Wetboek van Strafvordering was bij wet van 17 april 1878 eveneens alleen de inleidende titel aangenomen; de andere delen wachtten nog op parlementaire behandeling.³⁶ Zodoende waren in 1881 nog steeds de oude Franse *Code de procédure*

31 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xi.

32 Zie voor het tot dusver meest volledige overzicht: Gilissen, 'Codifications et projets de codification', p. 239-259. Niet elke wet die door de Belgische wetgever als wetboek (code) gekwalificeerd werd, voldoet aan de wetenschappelijke vereisten daarvan (inzonderheid coördinatie, rationalisatie en hervorming van de materie). Zie terzake: J.-P. Nandrin, 'Codifier au XIXe siècle? Quelques réflexions à partir des sources du droit judiciaire belge', in: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 26 (1991), p. 112-116.

33 Belgisch Staatsblad, 9 juni 1867. Gilissen, 'Codifications et projets de codification', p. 243-245; J. Monballyu, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)* (Leuven 2006), p. 50-52; F. Stevens, 'La codification pénale en Belgique', p. 300-301.

34 Met de wet van 21 augustus 1879 (Belgisch Staatsblad, 4 september 1879) die Boek II over de zee- en binnenvaart in zijn geheel verving, bereikte de herziening zijn einde. Gilissen, 'Codifications et projets de codification', p. 247-250; D. Heirbaut, 'Het civiel beleid van onze ministers van Justitie van 1830 tot heden: een grote onbekende', in: Heirbaut, *Politieke en sociale geschiedenis van justitie in België*, p. 44-48; Heirbaut, 'L'émancipation tardive', p. 616-618.

35 Belgisch Staatsblad, 26 maart 1876; Gilissen, 'Codifications et projets de codification', p. 255-256. Uiteindelijk werd de *Code de procédure civile* in 1967 vervangen door een nieuw Gerechtelijk Wetboek, dat het levenswerk was van Charles Van Reepghen. Heirbaut, 'Het civiel beleid van onze ministers van Justitie', p. 49-52.

36 Gilissen, 'Codifications et projets de codification', p. 252-254. Anno 2006 is de Franse *Code d'instruction criminelle* nog steeds van kracht in België.

civile en de *Code d'instruction criminelle* van kracht. Wat de *Code civil* betreft, had Jules Bara (1835-1900), minister van Justitie in de liberale regering Frère-Orban-Van Humbeeck, in 1879, zoals reeds vermeld, de Gentse hoogleraar Laurent belast met het opstellen van een voorontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek.³⁷

Volgens Picard kwam de herziening van die wetboeken veel te vroeg en had een aantal aanvullingen en verbeteringen kunnen volstaan.³⁸ Hij verantwoordde een dergelijke pragmatische aanpak vanuit een historisch perspectief:

C'est une chose de nature à stupéfier que cette prétention à refaire aussi tôt les Codes. Historiquement ce sont de longs espaces de temps qui séparent de tels phénomènes. Justinien y avait procédé, et, comme pour le retour les plus lointaines, on attendit jusques Napoléon, c'est-à-dire des siècles, avant d'essayer de nouveau pareille entreprise. La Belgique, elle, n'attendit pas cinquante ans.³⁹

... en kwalitatieve achteruitgang

Die explosie van de wetgevende activiteit in het algemeen en de herziening en vervanging van de Franse wetboeken in het bijzonder had volgens Picard een aantal kwalijke bijwerkingen tot gevolg. Eerst en vooral leidde het tot een nationalisering van de wetgeving en was het risico reëel dat de band met de Franse wetgeving definitief werd doorbroken. Alhoewel Picard sympathie kon opbrengen voor dit patriotistisch streven, zag hij toch een gevaar in een te sterke afwijking van de Franse wetgeving. Onder invloed van de Franse wetboeken was in West-Europa immers een zekere uniformiteit in het privaatrecht tot stand gekomen, die tal van voordelen bood. Daarvan afstappen droeg niet de voorkeur van Picard weg.

Ten tweede wees Picard op de talrijke interpretatieproblemen van de nieuwe of aangepaste wetgeving, die onvermijdelijk opdoken en een ernstige belemmering vormden voor een efficiënte en rechtvaardige rechtspraak. Volgens hem was het geen uitzondering dat

37 Het voorontwerp van Laurent werd als gevolg van de katholieke machtsovername in 1884 terzijde geschoven. F. Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, Brussel 1882-1885, 6 delen. Zie voor de kritiek van Picard daarop: E. Picard, 'L'avant-projet de révision du Code civil par M. Laurent', in: *Journal des Tribunaux* (1882) 18, 13 april 1882, kol. 281-285. Zie daarnaast: Baert, 'François Laurent', p. 54-57; Gilissen, 'Codifications et projets de codification', p. 257-259; Heirbaut, 'Het civiel beleid van onze ministers van Justitie', p. 39-42; Heirbaut, 'Napoleons trouwste onderdanen', p. 77-83; Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xxxi-xxxii. Anno 2006 is er nog altijd geen nieuw Belgisch Burgerlijk Wetboek uitgevaardigd; zie in dit verband: B. Bouckaert, 'De herziening van het Burgerlijk Wetboek: Een tweede adem voor de rechtsstaat?', in: *Erauw, Liber Memorialis François Laurent*, p. 215-264; W. Delva e.a., 'Herziening van het Belgisch Burgerlijk Wetboek?', in: *Tijdschrift voor Privaatrecht* 3.4 (1966), p. 517-546; D. Heirbaut en G. Baeteman (red.), *Cumulative editie van het burgerlijk wetboek: de huidige en de originele tekst met alle wijzigingen in België van 1804 tot 2004*, Mechelen 2004, 2 delen; F. Stevens, 'Résistances et acculturations aux codes. Le code de 1804 et les actes de la pratique en Belgique', in: R. Beauthier en I. Rorive (red.), *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden* (Brussel 2004), p. 207-215.

38 Dit standpunt staat haaks op datgene dat het radicaal-progressistische Brusselse weekblad *La Liberté*, dat verscheen van 1865 tot 1867 en waarvan Picard deel uitmaakte van de redactie, verkondigde naar aanleiding van de oprichting van een commissie voor de herziening van de *Code de procédure civile* in 1866; *La Liberté* betreurde dat daar pas 35 jaar nadat de Grondwet tot de herziening van de wetboeken had opgeroepen toe was overgegaan. Doordat de artikels niet ondertekend werden, is het echter onmogelijk vast te stellen in hoeverre Picard akkoord ging met dat standpunt, alhoewel dat redelijkerwijze kan vermoed worden. 'La révision du Code de procédure', in: *La Liberté*, 19 augustus 1866, p. 1.

39 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xiii.

processen werden gewonnen, omdat de advocaat net iets beter vertrouwd was met de nieuwe wetten dan de rechter.

Ook stelde Picard een kwalitatieve achteruitgang van de rechtsleer vast, veroorzaakt door de publicatiedwang die auteurs zichzelf oplegden om zo kort mogelijk op de bal te spelen en al onmiddellijk na de afkondiging van nieuwe wetten met commentaren en studies voor de dag te komen. Gefundeerde en beredeneerde kritische traktaten waren volgens Picard door het gebrek aan afstand dan ook een zeldzaamheid geworden:

Partout on éprouve l'embarras de savoir où l'on pourra trouver sur un point de droit la solution sérieuse, réfléchie, conforme à la dernière législation. Les ouvrages antérieurs aux lois nouvelles n'offrent plus de sécurité. Les nouveaux, hâtivement conçus et exécutés, n'en offrent pas d'avantage. [...] Ce que valent presque toutes ces oeuvres, on le sait du reste. Beaucoup de bonne volonté, guère de maturité, peu de science. [...] Jamais on n'a, en si peu de temps, mis au monde autant de publications juridiques, mais jamais aussi elles n'ont eu un caractère plus superficiel, et si l'on s'y essaie volontiers c'est qu'elles sont admises comme un bon passeport pour entrer dans la magistrature ou comme un moyen efficace d'allécher les clients.⁴⁰

Ten vierde kwamen de doorgevoerde wijzigingen van de wetgeving volgens Picard niet steeds de bevolking ten goede, wat toch het voornaamste doel van wetgeving moest zijn. Picard kon zich niet aan de indruk onttrekken dat het Belgische parlement zich al te veel bezighield met *légiférer par caprice*.⁴¹ In de ideale situatie zou de wetgever, aldus Picard, niet op de feiten mogen vooruitlopen en eerst moeten vaststellen of de samenleving wel behoefte had aan een nieuwe wet. Goede wetgeving mocht volgens hem niet overhaast tot stand worden gebracht, maar moest integendeel langzaam en bedachtzaam verlopen:

Le vrai législateur doit assister au développement historique des événements et des choses, puis codifier, en les coulant dans les lois, les règles qui peu à peu se révèlent et réclament une expression précise et claire.⁴²

In navolging van de Franse jurist Edouard de Laboulaye (1811-1883) wees hij er ook op dat wetten ook altijd aan maatschappelijke verschijnselen moesten beantwoorden en niet in het luchtledige mochten gecreëerd worden:

Les lois ne sont, ne doivent être que la consécration des rapports sociaux qui s'établissent d'eux-mêmes et par mille causes diverses; ces rapport, la législation peut sans doute les modifier lentement, indirectement; mais croire qu'on les fait naître ou qu'on les supprime en un jour avec quelques lignes jetées sur le papier, c'est une folie qui serait riciule si depuis un demi-siècle elle ne nous avait pas coûté aussi cher.⁴³

40 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xv.

41 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xvi.

42 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xvii.

43 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xix.

Picard had dus een eerder conservatieve visie op wetgeving en kon zich maar moeilijk vinden in wetten die op de maatschappelijke realiteit vooruitliepen en/of wetten die net een nieuwe maatschappelijke realiteit trachtten te creëren. Voor hem was wetgevend werk bovenal een reflectie op een bestaande toestand, die op het gepaste ogenblik – niet te vroeg maar ook niet te laat – moest worden uitgevaardigd.

De eindbalans van de Belgische wetgeving was in de ogen van Picard absoluut abominabel. Niet alleen krioelden talrijke nieuwe wetten van obscure en nonsensicale zaken, ook waren ze vaak intern niet consistent en lokten ze talrijke controverses uit. Niet zonder sarcasme sprak hij over *les beautés de la législation belge*.⁴⁴

In dat verband haalde hij als voorbeeld de mogelijkheid aan om straffen te cumuleren, een mogelijkheid die in het Strafwetboek van 1867 was voorzien. Doorgaans was die cumulatie immers onmogelijk, omdat hij de normale duur van een mensenleven overschreed of omdat hij de billijkheid te buiten ging. Hij citeerde dan ook met instemming Jules De la Court, procureur-generaal van het Hof van Beroep van Brussel, die in zijn openingsspraak van 1872 de volgende bewoordingen gebruikte:

Il faut bien le reconnaître, les principes nouveaux, quelque séduisants qu'ils paraissent en eux-mêmes, ont dans leur application pratique des conséquences telles que le plus souvent le juge est amené à chercher, pour en éviter l'injustice, ce qu'on peut qualifier de véritables subterfuges juridiques.⁴⁵

Vaak liet de gebruikte terminologie ook te wensen over, wat volgens Picard voor een groot stuk te wijten was aan te weinig vertrouwdheid met de materie. En de vindplaats was evenzeer niet altijd logisch; zo werden bijvoorbeeld vaak maatregelen, die daar op het eerste zicht nauwelijks verband mee hielden, opgenomen in de wetten op de begroting.⁴⁶

Picard verbaasde er zich dan ook niet over dat tal van wetten al enkele jaren na hun afdanking voor herziening in aanmerking kwamen. Een dergelijke toestand kon niet anders dan het rechtsgevoel van de burgers ondermijnen en tot rechtsonzekerheid leiden:

Pourtant il n'est pas facile à des institutions de prendre racine dans un pays quand on les remanie sans trêve; l'instabilité perpétuelle de la loi n'est pas propre à développer le sentiment de la légalité. [...] c'est la conscience juridique d'un peuple que l'on atteint en lui faisant des lois qu'il ne peut prendre au sérieux et au sujet desquelles se forme petit à petit la légende qu'elles ne sont ni dignes de respect, ni susceptibles de durée.⁴⁷

44 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xxii.

45 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xxiii.

46 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xxxix-xl.

47 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xl.

De door Picard voorgestelde oplossing

Als jurist die dagelijks met de resultaten van die in zijn ogen slecht functionerende wetgevende macht moest werken, nam Picard geen genoegen met de bestaande situatie en schoof hij een model van oplossing naar voren, dat op zich helemaal niet nieuw was, maar sinds de onafhankelijkheid niet meer voorkwam in het Belgische politieke systeem.

Hij stelde als ideaal voorop dat politici zich meer en ernstiger zouden bezighouden met de wetgeving en dat daarbij wetenschappelijke en juridisch-technische argumenten zouden primeren. Tegelijk beseftte hij maar al te goed dat zijn verwachtingen te hoog gegrepen waren en niet in de realiteit konden verwezenlijkt worden. Parlementsleden werden immers niet verkozen omdat ze goede wetgevers waren, maar omwille van andere motieven:

Elles sont recrutées au hasard de circonstances dont aucune ne touche à leur véritable mission. La plupart des hommes s'y jettent par vaine gloriole, et on les choisit non point pour leur mérite, mais pour les influences dont ils peuvent user au profit des uns, pour la servilité qu'ils peuvent montrer au profit des autres. Eux-mêmes, vis-à-vis de leur conscience, ne s'interrogent pas sur le point de savoir s'ils ont ce qu'il faut pour remplir loyalement le mandat qu'ils briguent. Autour d'eux, on ne se demande pas s'ils seront de bons législateurs, s'ils sont capables de comprendre une loi et de la faire. Jamais une telle question n'a été posée lors d'une élection. Il semble même qu'elle exciterait le rire des assemblées préparatoires. Le choix du candidat se décide par les garanties qu'il offre au parti politique qui l'appuie, ou par la camaraderie qu'il a su conquérir.⁴⁸

Daarnaast ontwaarde hij ook een tendens waarbij politici die het hoofd boven het maaiveld hieven in hun ambities werden gefnuikt. Het parlementaire stelsel beschouwde hij daarom bij uitstek als *le règne des médiocrités*.⁴⁹ Picard betreurde het ook dat parlementsleden in de praktijk toch eerder welstellend moesten zijn, gezien de ontoereikendheid van de parlementaire vergoeding. Hierdoor werd onvermogen intellectuelen de facto de toegang tot het parlement ontzegd.⁵⁰

Alvorens nieuwe wetten uit te vaardigen was het volgens Picard meer dan noodzakelijk om eerst de bestaande wetgeving te overzien en te coördineren. In dat verband verwees hij naar het onderzoek van een commissie, die zich binnen de *Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles* over de kwestie had gebogen: naast de vijf grote wetboeken waren er volgens schatting van de jonge balie anno 1860 ongeveer 8.000 à 10.000 rechtsgeldige wetten, ordonnances, decreten en besluiten. Een belangrijk aantal daarvan dateerde nog uit

⁴⁸ Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. liv-iv.

⁴⁹ Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. lvi.

⁵⁰ Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. lvii. Volksvertegenwoordigers kregen tot aan de grondwetsherziening van 1893 geen wedde, maar ontvingen enkel een maandelijks vergoeding van 200 florijnen voor verplaatsings- en verblijfskosten gedurende de zittingperiodes, tenminste voor zover ze niet in Brussel woonden. Senatoren, die door de verkiesbaarheidsvereisten sowieso moesten behoren tot de rijkere klassen, konden geen aanspraak maken op dergelijke vergoedingen. 'Chambre des représentants', kol. 889-890; S. Fiers en E. Gubin, 'De fysionomie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers', in: Gerard, *Geschiedenis van de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers*, p. 90-91.

vroegere regimes. Dit had tot gevolg dat rechtsregels over een bepaalde materie overal verspreid waren en dat professionele beoefenaars van het recht in verhouding te veel tijd verloren met het vinden van de rechtsregels én met het zoeken naar de rechtsgeldigheid ervan.⁵¹

Daarenboven argumenteerde Picard dat de ideale wetgever ook de bestaande wetgeving door en door zou moeten kennen, liefst ook op de hoogte zou moeten zijn van de rechtspraak en rechtsleer en als het even kon ook het *droit international privé* zou moeten opvolgen, omdat in het buitenland dikwijls oplossingen gevonden konden worden voor gelijkwaardige problemen.⁵²

En résumé, connaissance des lois nationales, connaissance des lois étrangères, connaissance des travaux de la jurisprudence et de la doctrine, sont les préalables nécessaires d'une réforme législative sur n'importe quel objet. Quand on a réuni ces éléments, la tâche est aisée; quand ils font défaut, elle est toujours manquée. Ici, comme dans les affaires, l'essentiel est de bien connaître le terrain: pour un homme intelligent le reste va tout seul.⁵³

Een dergelijke omvattende taak, bestaande uit de coördinatie van de bestaande wetgeving en de voorbereiding van nieuwe wetten, kon daarom in de ogen van Picard best toevertrouwd worden aan een zogenaamde *Conseil de Législation* of Raad voor de Wetgeving, samengesteld uit gespecialiseerde juristen, bij voorkeur gerecrueteerd uit gepensioneerde magistraten. Deze instelling zou geenszins de prerogatieven van de wetgevende macht zelf mogen aantasten en zou nauwelijks tussenbeide mogen komen in de bestaande parlementaire procedure. Ze zou alleen in de plaats komen van de tot dan ad hoc opgerichte commissies of kabinetswerkgroepen en aldus borg moeten staan voor kwalitatief hoogstaande wetgeving.

Aan het einde van zijn betoog wees Picard met aandrang op het extreme belang van het onderwerp, dat hij in zijn essay had behandeld:

Nous pouvons, en terminant ce pressant appel à ceux qui disposent des destinées nationales, dire que nous avons le sentiment de ne nous être occupé, à aucune époque de notre vie, d'un objet plus grave et plus digne d'exciter une émotion profonde. Nous n'avons jamais épousé que les grands intérêts de notre pays; nous n'avons jamais suivi que la vérité et la liberté; quiconque est de ce parti, [...], sera avec nous, comme nous voulons être avec lui, dans ce suprême et patriotique effort.⁵⁴

51 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. lviii.

52 Picard definieert dit *droit international privé* als volgt: *Il s'élève peu à peu et dès aujourd'hui apparaît comme une science. Il est un vaste réservoir de notions sur toutes les matières juridiques, fournissant des solutions ingénieuses pour les points nouveaux, facilitant la tâche du législateur, indiquant les sentiers à suivre, montrant le but à atteindre. Il faut donc aussi le consulter, sinon l'on risque de s'attarder dans des réformes vieillottes. Ces voyages à travers les législations étrangères sont comme des appareils orthopédiques: ils font disparaître les difformités que prennent nos opinions quand nous demeurons trop longtemps chez nous.* Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. lxi.

53 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. lxi.

54 Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. lxxvi.

Besluit

Tot besluit van deze bijdrage situeren we het essay *De la confection vicieuse des lois et des moyens d'y remédier* in zijn rechtshistorische context. Daarin moeten ons inziens minstens twee betekenisniveaus worden onderscheiden. Bij wijze van uitgeleide staan we nog kort stil bij de receptie van de tekst van Picard.

Pleidooi voor de heropricting van een Raad van State

Binnen de Belgische rechtsleer kadert het essay allereerst in een lange traditie van pleidooien voor de heropricting van een Raad van State.⁵⁵ Die instelling had onder het Franse en Nederlandse regime in de Zuid-Nederlandse gewesten bestaan, met een adviserende bevoegdheid met betrekking tot de wetgeving en de besluiten van de administratie. Bij de afkondiging van de Belgische onafhankelijkheid had de Nederlandse Raad van State opgehouden te functioneren voor het grondgebied van de nieuwe staat. De Belgische grondwetgever achtte het niet nodig om een eigen Raad van State op te richten. Een belangrijk argument daarbij was dat de gewone rechter de bevoegdheid kreeg om alle geschillen op te lossen, ook het administratief contentieux. Daarnaast werd geoordeeld dat wat de wetgeving betrof een goed uitgebouwde wetgevende macht moest kunnen volstaan. De Raad van State kwam in de debatten in de Volksraad slechts één maal ter sprake, namelijk toen de administrateur-generaal van financiën Coghen, opmerkte dat er geen budgetten meer moesten worden uitgetrokken voor die instelling. Daarnaast moet de afschaffing van de Raad van State vermoedelijk ook beschouwd worden als een reactie tegen het machtsmisbruik in de Nederlandse tijd, toen de instelling de facto uitgroeide tot het machtsinstrument en de steunpilaar bij uitsteking van de vorst.⁵⁶

Maar al bijna onmiddellijk gingen stemmen op om de Raad van State opnieuw op te richten. In de eerste decennia na de Belgische onafhankelijkheid werden in het parlement enkele wetsvoorstellen daartoe ingediend, maar die slaagden er niet in de eindstreep te halen. Het is opvallend dat die wetsvoorstellen de Raad van State geenszins opvatten als een administratieve rechtbank, maar als een adviserend orgaan. In hoofdzaak moest dit orgaan belast worden met de voorbereiding van de wetgeving en de coördinatie van nieuwe wetgeving met de bestaande wetgeving.⁵⁷

55 P. Goffaux, 'De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'Etat', in: B. Blero (ed.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996). Actes du colloque organisé les 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul Tapie, Premier Président du Conseil d'Etat et Président du Centre de droit public* (Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles; Brussel 1999), p. 49-51. Zie voor een selectieve bibliografie: M. Somerhausen en F.-M. Remion (red.), *Les Nouvelles. Droit Administratif. Tome VI. Le Conseil d'Etat* (Brussel 1975), p. xcvi-xcviii.

56 J. Gilissen, 'Het probleem van de Raad van State in België in de XIXe eeuw', in: *Handelingen van het XXVIIe Vlaams Filologencongres* (Brussel 1969), p. 192-196; Goffaux, 'De l'échec du modèle moniste', p. 32-38.

57 H. Buch, 'L'évolution du Conseil d'Etat en Belgique', in: *Conseil d'Etat. Etudes et documents* (Parijs 1964), p. 179; Goffaux, 'De l'échec du modèle moniste', p. 38-39.

De door Picard voorgestelde oprichting van een Conseil de Législation past helemaal in dat denkspoor en kan dus bezwaarlijk nieuw worden genoemd. In het bijzonder sloot Picard zich aan bij een vroeger wetsvoorstel dat de prins de Ligne, baron d'Anethan en de senatoren Forgeur en Savart in 1855 hadden ingediend in de Senaat ter instelling van een *comité consultatif de législation et d'administration chargé de préparer les lois et les arrêtés dont la rédaction lui serait confiée*. Tijdens de bespreking van dat wetsvoorstel werd ook uitdrukkelijk gesteld dat het niet de bedoeling was om dit Comité consultatif te belasten met de rechtspraak over het administratief contentieux en dat een terugkeer van een Raad van State zoals die had bestaan onder het Consulaat, het Keizerrijk en de Nederlandse tijd geenzins aan de orde was. Het betreffende wetsvoorstel werd in de Senaat aangenomen in 1857, maar geraakte door de ontbinding van de wetgevende kamers niet meer gestemd in de Kamer.⁵⁸

De instelling die Picard in 1881 voor ogen stond, was dus slechts in beperkte mate gemoedeleerd naar de Franse Conseil d'Etat. Het was immers geenzins de bedoeling van Picard om de Conseil de Législation ook een bevoegdheid te geven als administratieve rechtbank, waartoe men in Frankrijk in 1872 bij wet was overgegaan. Vandaar ook dat hij bewust opsteerde voor de term 'Conseil de Législation'.

Daaruit mag echter niet afgeleid worden dat Picard de problematiek van het administratieve contentieux miskende.⁵⁹ Meer nog, nauwelijks een jaar eerder had hij in de inleiding van het vierde deel van de *Pandectes belges* een vurig pleidooi gehouden voor de oprichting van een Conseil d'Etat, die als hoogste administratieve rechtbank zou kunnen functioneren.⁶⁰

Met andere woorden, Picard koos er bewust voor om de twee belangrijkste taken van de Franse Conseil d'Etat van elkaar los te koppelen en toe te bedelen aan twee aparte instellingen. De voorbereiding en de coördinatie van de wetgeving vertrouwde hij toe aan een Conseil de Législation, terwijl het administratief contentieux moest toekomen aan de Conseil d'Etat. Picard had dus wel het Franse voorbeeld voor ogen, maar achtte het in zijn oorspronkelijke vorm niet realiseerbaar in België. Door de opsplitsing ervan hoopte hij de haalbaarheid ervan te verhogen.

Nog in 1930 zou de christen-democratische volksvertegenwoordiger Henry Carton de Wiart (1869-1951) dezelfde dubbelstrategie volgen. In het wetsvoorstel dat hij op 15 mei van dat jaar in de Kamer indiende, pleitte hij enkel voor de oprichting van een zogenaamd 'Cour de Contentieux Administratif', dat geen enkele rol zou spelen bij de voorbereiding en coördinatie van de wetgeving. Die taak kon volgens Carton de Wiart immers toevertrouwd worden aan de Conseil de Législation, die hijzelf als minister van Justitie bij koninlijk be-

58 Goffaux, 'De l'échec du modèle moniste', p. 39.

59 In weerwil van de bevoegdheden die de Belgische grondwet hen toekende maar onder invloed van de Franse rechtsleer hanteerden de Belgische hoven en rechtbanken een strikte interpretatie van de scheiding der machten en weigerden ze zich uit te spreken over beslissingen van de uitvoerende macht. Het verklaart de wildgroei aan zogenaamde administratieve rechtbanken in de negentiende eeuw in België, waarbij de administratie tegelijkertijd rechter en partij was. Goffaux, 'De l'échec du modèle moniste', p. 40-49.

60 E. Picard, 'Des juridictions administratives', in: E. Picard en N. D'Hoffschmidt (red.), *Pandectes Belges*, deel IV (Brussel 1880), p. xlv-lxi.

sluit van 3 december 1911 binnen zijn eigen departement had opgericht. Het zou volstaan de bevoegdheden daarvan uit te breiden tot de andere departementen.⁶¹ Het moge duidelijk zijn dat Carton de Wiart in dezen de invloed onderging van Picard, bij wie hij stage had gelopen en voor wie hij zijn hele leven lang het grootste respect bleef koesteren.⁶²

Uiting van een democratisch voorbehoud

Op een tweede, achterliggend niveau blijkt uit het essay van Picard een duidelijke heimwee naar de periode vóór 1848. Toen had België, net als diverse andere West-Europese landen, een ambtenarenparlement, waarin magistraten, die bij uitstek vertrouwd waren met het recht, ruim vertegenwoordigd waren. Picard lijkt in zekere zin te betreuren dat de wet van 27 mei 1848, die de onverenigbaarheid van een parlementair mandaat en een door de Staat bezoldigde betrekking instelde, het kind volledig met het badwater weggooid.⁶³

Met zijn nostalgie naar het ambtenarenparlement stond Picard geenszins alleen in de Belgische rechtsleer. Wellicht dacht een meerderheid van zijn tijdgenoten-juristen er net zo over. Adolphe Prins (1845-1919), hoogleraar strafrecht aan de ULB, beklagde zich bijvoorbeeld in zijn boek *La démocratie et le régime parlementaire* over het dalende gemiddelde niveau van de politici en liet zich schamper uit over de efficiëntie van het parlement op wetgevend vlak:

La vérité, c'est qu'un parlement est fait pour approuver ou rejeter les principes essentiels d'une loi. Mais son mode de recrutement ne le rend point apte à collaborer efficacement à la rédaction d'une loi. Les grands jurisconsultes disparaissent d'ailleurs de nos assemblées, et le despotisme romain avec la collection de Justinien, la monarchie française avec les grandes ordonnances, l'empire napoléonien avec les codes, ont su faire éclore une législation d'une clarté et d'une précision auxquelles nous n'atteignons plus.⁶⁴

François Laurent betreurde eveneens de afschaffing van het ambtenarenparlement:

[...] en Belgique on a eu le tort, après 1848, d'exclure du Corps législatif les magistrats, ainsi que tous les fonctionnaires, c'est-à-dire les vrais représentants de la science du droit. Restent quelques avocats et quelques professeurs des universités libres, la plupart absorbés par d'autres occupations.⁶⁵

61 Pasiomie, 1946, p. 1066. H. Carton de Wiart, *Souvenirs politiques*, Tome II: 1918-1951 (Brussel 1981), p. 142-144. In het eerste deel van zijn mémoires blikt Carton de Wiart terug op zijn ministerschap in de regering van Broqueville, maar maakte hij geen melding van de oprichting van de Conseil de Législation. H. Carton de Wiart, *Souvenirs politiques*, Tome I: 1878-1918 (Brugge 1948), p. 167-176. Zie daarnaast: Goffaux, 'De l'échec du modèle moniste', p. 53-54.

62 Zie in dit verband: Carton de Wiart, *Souvenirs politiques*, Tome II, p. 16.

63 E. Witte, 'Het Belgische ambtenarenparlement (1830-1848)', in: *Belgisch Tijdschrift voor Filologie en Geschiedenis* 59.4 (1981), p. 828-882; aldaar p. 851. Zie ook: Fiers en Gubin, 'De fysionomie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers', p. 102-103.

64 A. Prins, *La démocratie et le régime parlementaire* (Brussel 1884), p. 15 en 22. Zie m.b.t. Prins: S. Christiaensen, 'Adolphe Prins 1845-1919', in: *Fijnaut, Gestalten uit het verleden*, p. 109-123.

65 Geciteerd door Picard in: Picard, 'De la confection vicieuse des lois', p. xxx.

Eenzelfde teneur proeft men in de bijdrage van de Brusselse hoogleraar Eugène Hanssens (ca. 1865-1922) aan het befaamde *Livre du Centenaire*. De auteur drukt er anno 1904 expliciet zijn voorkeur uit om de vigerende Code Napoléon te behouden liever dan het parlement zijn gang te laten gaan:

Car on constate depuis quelque temps, en Belgique comme dans la plupart des pays européens, un très réel abaissement du niveau parlementaire: La plupart des lois qui ont été votées en Belgique depuis une vingtaine d'années accusent chez leurs auteurs une déplorable éducation juridique; le système des transactions et des compromissions destinées à rallier des opposants inconsidérés, a mutilé, au point d'en faire parfois de véritables monstres juridiques, des projets de loi souvent bien conçus. [...] Et il semble que plutôt que de nous exposer à une pareille éventualité, il vaudra mieux conserver encore comme base de notre droit civil, notre vieux Code Napoléon, [...].⁶⁶

Dergelijke citaten, waarvan er nog vele vergelijkbare kunnen worden aangetroffen in de toenmalige Belgische rechtsliteratuur,⁶⁷ wijzen erop dat een groot deel van de Belgische negentiende-eeuwse juristen, die zelf meestal afkomstig waren uit de burgerij, toch enig voorbehoud maakten bij de werking van de parlementaire democratie, omdat ze vaststelden dat de concrete resultaten ervan, in casu de wetten, te wensen overlieten. Doorgaans bleven ze echter wel gehecht aan de democratie in se.⁶⁸ Vandaar ook hun heimwee naar de periode voor 1848, toen de massale aanwezigheid van bekwame ambtenaren en magistraten in hun ogen bijkomende waarborgen voor een goede wetgeving had geboden. De uitbreiding van het stemrecht zagen ze veelal met lede ogen aan, want dat kon volgens hen alleen nog maar een verdere aftakeling betekenen. Doorgaans beseften ze echter wel dat die evolutie niet tegen te houden was.⁶⁹

De keuze van Picard voor een technocratische correctie op de parlementaire vertegenwoordiging, in de vorm van een Conseil de Législation, past in dat denkspoor. Dat Picard tegelijkertijd, zoals reeds vermeld, een heftig en bijzonder geëngageerd voorstander van het algemeen enkelvoudig stemrecht was⁷⁰ – en daarmee eerder een buitenbeentje temid-

66 [E.] Hanssens, 'Le Code civil en Belgique', in: Société d'études législatives, *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire* (Paris 1904), deel II, p. 679-722; aldaar p. 684.

67 Zie bijvoorbeeld de literatuuropgave bij: E. Holthöfer, 'Belgiën', in: H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Dritter Band, Das 19. Jahrhundert; Erster Teilband, Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht; Einführung, Süd- und Westeuropa* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte; München 1982), p. 1069-1165; aldaar p. 1098.

68 Enkelen gingen evenwel verder en stelden de democratie zelf in vraag. Het hierboven genoemde boek van Prins is zo bijvoorbeeld een pleidooi voor een corporatistische staatsordering.

69 H. de Smaele, 'De beroepspoliticus. Waarom de "aristocratie" onvermijdelijk is', in: H. de Smaele en J. Tollebeek, *Politieke representatie* (Alfred Cauchie-reeks 5; Leuven 2002), p. 109-122; aldaar p. 114-116.

70 Revelerend met betrekking tot de inzet van Picard voor het algemeen stemrecht zijn ondermeer: E. Picard, *Comment on devient socialiste*. Brussel 1895; E. Picard, *Confiteor* (Brussel 1901), p. 123-149; E. Picard, 'Histoire d'une réforme législative', in: E. Picard en N. D'Hoffschmidt (red.), *Pandectes belges, deel VIII* (Brussel 1882), p. ix-lxxix; E. Picard, *Profession de foi politique* (Brussel 1882), p. 33-40. Eerder werd al verwezen naar het lidmaatschap van Picard van de redactie van het radicaal-progressistische Brusselse weekblad *La Liberté*, dat in nagenoeg elk nummer pleitte voor de invoering van het algemeen stemrecht.

den van zijn collega's –, lijkt daar integendeel haaks op te staan. Dat hoeft echter niet noodzakelijk zo geïnterpreteerd te worden. Veeleer is er ons inziens sprake van complementariteit.

Picard was, anders dan Prins bijvoorbeeld, zijn hele leven lang tot in het diepste van zijn vezels overtuigd van de waarde van de democratie en van het recht van elke inwoner van het land om daaraan deel te nemen, maar hij pleitte tegelijk ook voor een zo goed mogelijke werking van het democratisch apparaat. Precies omdat de uitschakeling van ambtenaren (waaronder ook de magistraten) democratisch was beslist, maar funeste gevolgen had gehad voor de kwaliteit van de wetgeving, zocht hij naar een oplossing die de kwaliteit van de wetgeving verbeterde, zonder dat daarbij het principe van de parlementaire meerderheid werd aangetast, een oplossing die zowel toepasbaar was in het toen vigerende stelsel van cijnskiesrecht als in het verhoopte stelsel van algemeen enkelvoudig stemrecht. Een uitweg uit dit conflict van hart en rede vond Picard in de Conseil de Législation.

Receptie

Met zijn essay van 1881 wou Picard vooral de vinger op de wonde leggen van de slechte staat van de Belgische wetgeving. Door in een zeer directe stijl meermaals op dezelfde spijker te slaan, hoopte hij de discussie in de publieke opinie en in het parlement weer op gang te brengen. Zijn essay bleef inderdaad niet onopgemerkt, al waren de reacties zeker niet eensluidend positief. De recensent van *La Belgique judiciaire* kon zich bijvoorbeeld wel vinden in de idee van de oprichting van een Conseil de Législation, maar hij betreurde dat het essay van Picard te veel weg had van een pleidooi en veroordeelde zijn afkeuring van de levensbeschouwelijke discussies in het parlement. Deze recensent vond tot slot dat de auteur te weinig in detail was getreden inzake de concrete organisatie van de door hem voorgestelde Conseil de Législation.⁷¹ De *Revue pratique du notariat belge* van zijn kant meende dan weer dat advocaten en notarissen best ook deel zouden uitmaken van de Conseil de Législation, omdat zij evenzeer en misschien zelfs méér dan magistraten vertrouwd waren met het recht.⁷²

Picard reageerde met een lezersbrief op de kritiek. Hij wierp op dat hij vaak doelbewust verkeerd was geciteerd, ontkrachte dat hij zelf politieke ambities koesterde en stelde vast dat niemand hem had tegengesproken over de grond van de zaak, met name de slechte staat van de wetgeving.⁷³ In de inleiding tot het zevende deel van de *Pandectes belges*, dat in 1882 verscheen, kwam hij een laatste keer terug op de commotie die zijn essay had veroorzaakt. Hij toonde zich daarin vooral verbitterd, omdat de politici zijn essay bijna volledig

71 A. Seresia, [recensie van:] Edmond Picard, *De la confection vicieuse des lois en Belgique et des moyens d'y remédier* (1881, 2de als monografie uitgegeven editie, in: *La Belgique judiciaire*, XXXIX (1881) 98, kol. 1566-1568).

72 [Recensie van:] Edmond Picard, 'De la confection vicieuse des lois en Belgique et des moyens d'y remédier' (1881), in: *Revue pratique du notariat belge* (1881) 244, p. 657-659.

73 E. Picard, 'Confection vicieuse des lois en Belgique. Lettre de M. Edmond Picard', in: *Revue pratique du notariat belge* (1881) 245, p. 674-680.

hadden genegeerd. Hoogstens hadden ze aanstoot genomen aan de scherpe toon ervan, maar verder waren ze niet overgegaan tot concrete actie:

S'il est vrai que le public, en général, a applaudi à nos efforts, on ne s'étonnera point qu'elles aient soulevé les récriminations et les colères de ceux qui s'étaient habitués à suivre paisiblement les pratiques funestes auxquelles nous avons déclaré la guerre. Tantôt on a affecté du dédain pour nos accusations persistantes, tantôt on a, sans même essayer, il est vrai, une démonstration sérieuse, taxé notre polémique d'ignorance, tantôt, et surtout, on nous a imputé le parti pris dans la malveillance.⁷⁴

Uiteindelijk zou in België pas 65 jaar na het essay van Picard bij wet van 23 december 1946 een Raad van State opgericht worden, bestaande uit de afdelingen Administratie en Wetgeving.⁷⁵

74 E. Picard, 'Du travail en commun pour le progrès du droit', in: E. Picard en N. D'Hoffschmidt (red.), *Pandectes belges*, deel VII (Brussel 1882), p. xxi.

75 Belgisch Staatsblad, 9 januari 1947; *Pasinomie*, 1946, p. 1060-1065. Cruciale factoren die leidden tot de oprichting van de Belgische Raad van State waren de koerswijziging van het Hof van Cassatie met het Flandria-arrest van 5 november 1920 en de brede politieke en academische consensus in de jaren 1930. Goffaux, 'De l'échec du modèle moniste', p. 51-56. In dat verband moet in het bijzonder gewezen worden op de belangrijke rol van Henri Velge. Goffaux, 'De l'échec du modèle moniste', p. 51-56; F. Muller, *L'institution du Conseil d'Etat en Belgique. Le combat d'un homme: Henri Velge (1911-1951)*. Onuitgegeven licentiaatsverhandeling, Université Libre de Bruxelles, 2003; H. Velge, *L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique: préparation des lois, responsabilité des autorités publiques, recours contre les excès de pouvoir* (Etudes morales, sociales et juridiques; Leuven 1930).

EEN 'VEREERING' VOOR PROF. DR. P. GERBENZON

Op zaterdag 25 november 2006 vond in Haren (Gr.) een bijzondere bijeenkomst plaats, waar één van de 'éminences grises' van de Nederlandse rechtsgeschiedenis nog eens in het zonnetje werd gezet.¹ Het ging om prof. dr. Piet Gerbenzon, oud-hoogleraar in het Oudfries en Oud Canoniek recht in Utrecht en Groningen. Die bijeenkomst was bovendien niet zomaar rondom hem gepland, omdat er nóg een bijzondere aanleiding voor was: het was in december 2006 vijftig jaar geleden dat hij zijn dissertatie verdedigd had. Dat gebeurde op 18 december 1956 op het proefschrift *Excerpta legum*, dat ook nu nog richtinggevend is voor de bestudering van Oudfries rechtsteksten. Ter gelegenheid van die bijzondere hapening waren een veertigtal 'Gerbenzonianen' – Frisisten, rechtshistorici, codicologen, neerlandici – bijeen gekomen om hun leermeester en adviseur nog eens te ontmoeten en hem te eren.

Dat gebeurde onder andere door hem het eerste exemplaar aan te bieden van een wel heel bijzondere publicatie, namelijk het bibliofiel uitgegeven boekje *Schymp off Erenst*. Die titel (en dat boekje) vereist vanzelfsprekend enige toelichting.

In het boekje zijn namelijk opgenomen de verzen en spreuken die aangetroffen zijn in enkele van de zogenaamde Groninger Ommelander rechtshandschriften uit de zestiende eeuw (Groninger Archieven, handschriften RAG, no. 146 in quarto en RAG, no.45 in octavo). Deze teksten staan als een soort bladvulling in die codices, tussen de oorspronkelijke rechtsteksten in. Ze zijn nooit eerder in druk verschenen. In hun kern bevatten ze uit het Oudfries vertaald recht, aldus de bezorgers van deze uitgave. Dat zijn prof. dr. Henk D. Meijering, emeritus hoogleraar Oudfries en Duits aan de Vrije Universiteit van Amsterdam, en dr. Karel F. Gildemacher, wetenschappelijk onderzoeker in de plaatsnaamkunde aan de Fryske Akademy in Leeuwarden.

Om een beeld te geven van de aard en inhoud van de teksten worden er hier onder een paar afgedrukt:

Liefte	Haet
Ende	
Anxte	Baet
Disse vieren doent recht voerkeren	

¹ Zie over hem o.a. S.Faber en D. Heirbaut, 'Rechtshistorici uit de lage landen: interview met P. Gerbenzon', in: *Pro Memoria* 3.1 (2001), p. 3-18.

Rechtverdicheynt is gheslaghen doet
 Die waerheynt ende truwe is in groter noet
 Onrechtverdicheynt is der warldt geboeren
 Die gheloeue hefft den strydt al verloeren

En wat te denken van deze strofe uit een langer vers:

Myn heer Biscop ende syn doemdeken
 Senden horen ban wt alle weken
 Des ghelykes Official end syne fiscael
 Dat sinnen schalken altermael
 Daertoe biblicus notarius ende juristen
 Altesamen sinze ghene guede christen

En dat regionaal chauvinisme vanuit het Groningse ook in de zestiende eeuw voorkomt
 behoeft niet te verbazen:

Men sal den zeelanders niet gans bespotten
 Want in flanderen sint oeck vele sotten
 In brabant zynse sonder ghetal
 En die hollanders synt altezamen mall

Het bijzondere zit hem ook in het feit, dat de teksten prachtig zijn gepubliceerd in een bibliotheek uitgave van uitgeverij 'De Hynstebloom' van Karel F. Gildemacher, Vegelinswei 17, 8501 ZC De Jouwer, in een oplage van 49 genummerde exemplaren. Een deel daarvan is voor de handel bestemd. Een exemplaar (prijs € 29,50) kan rechtstreeks bij de uitgever besteld worden (tel. 0513-413398, e-mail: karel@gildemacher.com).

HERINNERINGEN BIJ DE PRESENTATIE VAN JOGLI MEIHUIZEN, SANS ÉGARDS. PROF.MR. A. PITLO EN ZIJN CONFLICTEN MET JOODSE JURISTEN (2007)¹

Mij is gevraagd herinneringen te willen ophalen aan de tijd van de goede oude Amsterdamse faculteit, toen Pitlo daar voorzitter van was. Mijn eerste reactie was: vraag Hans Ankum, die als student, als assistent (van Hoetink) en sinds 1965 als hoogleraar aan de Faculteit verbonden was en met Pitlo veel nauwere, langere en betere relaties heeft gehad dan mijn persoon. Maar aangezien ik de enige nog levende hoogleraar uit de tweede helft van de jaren 50 ben, kan alleen ik nog getuigen hoe het toen in de faculteitskamer was. Maar hoe betrouwbaar is die getuigenis na een halve eeuw? Agenda's liegen niet, maar mijn oudste agenda die ik nu nog kan raadplegen, is van 1961. Ik kreeg het toen echt druk met het Juridisch Instituut en mijn ZWO-Grote Raad-project. Ik denk dat ik toen de agenda's ben gaan bewaren vanwege de op te maken jaarverslagen.

Van 1954 tot mijn benoeming in Amsterdam in 1956 was ik als assistent-griffier voor het NBW verbonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Donker stuurde toen als Minister van Justitie het ene wetsontwerp na het andere naar de Kamer, waaronder de adoptie, de Rechterlijke ambtenaar in opleiding (de Raio), de opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw, de inleidende titel en het eerste boek van het NBW. De griffier van de vaste Commissie voor Justitie, waarvan de oud-professor OUD – zoals hij zich zelf presenteerde – voorzitter was, was de fameuze griffier Schepel. Ik werd toen als Schepeling belast met de voorbereiding van de besprekingen die iedere woensdagochtend plaatsvonden en moest het Voorlopig Verslag opstellen. Verwacht werd dat ik mij grondig op de hoogte stelde van de belangrijkste onderwerpen, zodat ik zowel bijeenkomsten van de Bond van Ongehuwde Moeders, als de vergaderingen van de juristenvereniging en natuurlijk de bijeenkomsten en lezingen die aan het NBW waren gewijd, bijwoonde. Ik weet zeker dat ik in dat kader Bregstein heb horen spreken, die hoorbaar genoot van de mogelijkheid zijn geest te scherpen aan de nieuwe voorstellen. Waarschijnlijk heb ik ook Kisch gehoord die in die dagen van leer trok tegen de inleidende titel. Van Pitlo kreeg ik begin 1956 een telefoontje, dat hij graag eens zou willen horen en zien hoe de stand van zaken

¹ Noot van de redactie: Op 16 maart 2007 werd aan de Universiteit van Amsterdam, in de Oudemanhuispoort, het in de titel van deze bijdrage genoemde boek gepresenteerd (een uitgave van Boom, Amsterdam; ISBN 978 90 8506 423 7). Behalve de auteur kwamen daar aan het woord prof. mr. C.E. de Perron, decaan van de Juridische faculteit, prof. mr. L.C. Winkel (historische ontwikkeling van het recht EUR) en prof. mr. J.Th. de Smidt, oud-hoogleraar oud-vaderlands recht te Leiden en te Amsterdam (UvA). Laatstgenoemde haalde in zijn hier vastgelegde toespraak niet alleen herinneringen op, maar gaf ook commentaar op het gepresenteerde werk.

was met betrekking tot het eerste Boek NBW, het personenrecht. Ik wist dat Pitlo twijfelde of een hercodificatie – een heel nieuw BW – wel nodig was; al vond ook hij, dat een vernieuwd personenrecht een aanwinst zou zijn. Pitlo heb ik toen met alle égards in het Tweede Kamergebouw ontvangen en hem zo goed mogelijk op de hoogte gebracht van de stand van zaken op dat moment. Als man van wetenschap was hij nieuwsgierig; hij wilde best wel eens zien hoe het daar in de Tweede Kamer toeging, maar nog nieuwsgieriger was hij wie de persoon was die toen als opvolger van Kisch voor het vak inleiding en van Hoetink voor het oud-Nederlands recht werd genoemd. Ik heb zijn voorbeeld later gevolgd en altijd gepoogd iets meer over kandidaten voor een leerstoel te weten te komen dan de uitvoerige papieren informatie.

Pitlo's kruistocht tegen het NBW heeft mij altijd geboeid. Het fameuze tweegevecht Drion-Pitlo heb ik live bijgewoond. Drion was in geleerdheid Pitlo verre de baas. Drion geloofde, dat zijn glashelder geformuleerde argumenten voor zich zelf spraken en een ieder wel moesten overtuigen. Pitlo was minder naïef, hij verpakte zijn contra's in een luxe verpakking, prees ze als een marktkoopman aan en verkocht ze als zoete broodjes, tot verbijstering van Drion, die zichtbaar niet begreep, hoe een zaal met toch merendeels geschoolde juristen, zich zo kon laten inpakken. Na dit onmiskenbaar succes breidde Pitlo, blakend van zelfvertrouwen, zijn assortiment uit en groeide en glorieerde in zijn nationale rol als kampvechter tegen het NBW. Het was een rol die op zijn weg was gekomen, hem op het lijf was geschreven en die hij als een volleerd acteur tot een glansrol wist uit te bouwen.

In 1956 overleed Vegting, in 1957 voorzitter Bregstein, in 1958 de econoom Koopmans en in 1959 de fiscalist De Langen, en werd mevr. Hazewinkel op haar 70^e gepensioneerd. Naar anciënniteit volgde Pitlo in 1957 Bregstein op als voorzitter en als jongste volgde ik Tammes op als secretaris. Op een van de eerste faculteitsvergaderingen – het was nog onder Bregstein – werd een brief behandeld die de secretaris zo gauw niet kon vinden. Iemand zei: 'Tammes sta eens op, ligt de brief niet op je stoel?' Hetgeen het geval bleek te zijn. Het illustreert dat vergaderen toen nauwelijks nodig was. Zo bedroeg het jaarlijks budget van de faculteit in die jaren nog geen 100 gulden, waaruit de NJ werd betaald die in de Agnietenkapel stond, waar de colleges burgerlijk recht werden gegeven. Onder Pitlo veranderde dat toch wel. Daar waren de vacatures, die aandacht eisten en het juridisch instituut, de droom van Bregstein, dat gerealiseerd moest worden. Onder leiding van de Leids/Amsterdamse hoogleraar Fischer was in Leiden in de cursus 1955/56 het Gravensteen als juridisch instituut in gebruik genoemd. Voorzitter Bregstein organiseerde najaar 1956 een excursie van de faculteit naar Leiden. In twee of drie auto's ging dat heel gemakkelijk. Ik herinner mij nog levendig hoe het Amsterdamse gezelschap met Bregstein en Fischer voorop en ik als deurensluiters in de achterhoede, door de kamers, zaaltjes, trappen en gangen liepen. In die dagen gebruikten wij geen microfoons; de *viva vox* was bij de docenten dan ook goed ontwikkeld. Ik zie nog voor mij de verstoorde blik van een studente die zichtbaar opgelucht was dat de luidruchtige colonne voorbij getrokken was: het was prinses Beatrix.

Pitlo had zijn notariële stichting en toonde nooit een grote belangstelling voor Bregsteins ideeën. Maar als decaan – hij introduceerde de Leidse terminologie in Amsterdam – heeft hij meer dan loyaal aan de oprichting van de Bregstein-stichting en de verwezenlijking van diens ideaal meegewerkt. Pitlo delegeerde graag, zodat ik dan ook de handen vrij had, maar zonder een stevige steun in de rug zou het een stuk moeilijker zijn geweest.

Voor mij was de overgang van het dorpse Leiden, waar wij als student wisten waar onze hoogleraren woonden en waar de verhouding tot de hoogleraren niet erg afstandelijk was – bijna democratisch zouden wij vandaag zeggen – naar de rode faculteit in de wereldstad Amsterdam, groot. Het opstaan als de prof de collegezaal binnenschrijdt, heb ik dan ook direct afgeschaft, hetgeen mij een vriendschappelijke quasi reprimande van Pitlo bezorgde. De hele sfeer had iets van Couperus, inclusief de *égards* die men tegenover elkaar in acht nam. Toen Pitlo het voorzitterschap overnam, begon hij de faculteitskamer op te knappen. Het rode tafelkleed was bepaald niet smetteloos vanwege de hete sigarenas, die niet altijd in de asbak terecht kwam, terwijl ook het behang niet onaangetast was. Ik was erbij toen Pitlo de pedel – de heer Kegel – liet komen om hem te vragen, nee op te dragen, voor een nieuw kleed zorg te dragen en hem (Pitlo) stalen te doen bezorgen voor een nieuw behang. De rekening moest naar zijn huis in de Vossiusstraat worden gestuurd.

In Leiden gingen wij heus niet amicaal met onze professoren om, maar het schokte me toch wel, toen een student na zijn examen een beetje verlegen zijn hand uitstak, die volkomen werd genegeerd, waarop – toen de deur dicht was – Pitlo tegen zijn oude collega zei: ‘Zag je dat, hij wilde ons een hand geven.’ Tekenend voor die tijd was ook dat Pitlo en Hoetink het schandalig vonden dat een vrouw die duidelijk zwanger was, examen kwam doen. Dat was in hun ogen ongepast.

Het was wel even wennen, maar ik heb de beste herinneringen aan de samenwerking toen. Jaren later hoorde ik, dat studenten ons wel aanduidden als Heer Bommel en Tom Poes.

Maar heer Pitlo liet zich niet kennen. Dankzij het netwerk van Bregstein woonden wij eind 1956 aan de Vossiusstraat een paar huizen van Pitlo af. Omdat wij praktisch burens waren, kwam ik nogal eens bij hem om het een en ander te bespreken. Als de Pitlo's met vakantie waren, haalde ik de brievenbus leeg en verzorgde de plantjes. Als dank werden wij steevast uitgenodigd ergens in de stad met zijn vieren te gaan dineren. Ik heb er nauwelijks een herinnering aan overgehouden, maar mijn echtgenote des te meer. Zij herinnert zich nog dat, toen zij vertelde dat zij met haar koor de volgende maand naar Wenen zou gaan, hij haar aanbeval op de Kohlmarkt nr. 14 bij Demel Sachertorte te gaan eten. Dat was nog het oude Wenen met hoeden en bontjes. Dat was het milieu waar Pitlo zich thuis voelde, dat had nog de sfeer en de stijl van de *Gardeoffizier* en van de koning-keizer Frans Joseph. Daar kwamen de ‘Aristokraten und wenn sie es nicht von Haus aus sind, dann sind sie es vom Demel aus’ (zoals wel werd gezegd). *Mirabile dictu* heb ik meer persoonlijke gesprekken gevoerd met Eggens dan met Pitlo; op de donderdagmiddagen als wij samen in de faculteitskamer onze meegebrachte boterhammetjes nuttigden en uit een thermosfles koffie dronken.

Maar terug naar de raadselachtige kant van Pitlo. Aan het eind van zijn leven heeft hij mémoires geschreven. Ik wist het niet, maar heb die wetenschap ontleend aan de *Sans égards* van Meihuizen. Historici weten dat dagboeken waardevolle maar nooit 100% te vertrouwen bronnen zijn. Achteraf geschreven mémoires plegen in de regel meer over de schrijver te onthullen dan over het beschreven gebeuren. Ik las ook, dat Pitlo blijkbaar vond dat zijn mémoires publicabel waren, maar dat een uitgave nu minder wenselijk wordt geacht. Eerlijk gezegd denk ik dat publicatie van professorale mémoires in het algemeen voor een uitgever niet rendabel zijn. Wat heeft een kamergeleerde als Pitlo eigenlijk mee-gemaakt? Hij heeft heel veel mensen van naam en faam de revue zien passeren, waar hij zonder twijfel zijn hoogst persoonlijk oordeel over heeft geveld, maar dat heeft niet meer dan enige gnuiwfaarde voor de tijdgenoten. Zelfs voor de *petite histoire* van de Amsterdamse faculteit denk ik niet, dat dit egodocument veel voor de historicus relevant en betrouwbaar nieuws zou kunnen opleveren. Publicatie van mémoires kan ook ontluisterend werken. Niet alleen in de Haarlemmerhout vertoeven onaangename mensen Ook in en aan het Vondelpark zullen ze niet ontbreken.

De grote verdienste van dit werkje is, dat de door Pitlo gepleegde letterdiefstal, zoals Govaert van den Bergh het noemde, van obscure elementen bevrijd is. Dat conflict, met alle herkenbare normale menselijke zwakheden, als ijdelheid, het verlangen van Pitlo een eigen serie onder eigen naam te publiceren en het verlangen van de uitgever de boel tijdens de oorlog draaiende te houden, is nu opgelost, en haarfijn beschreven. Alle hulde. Na wat er de afgelopen halve eeuw zo in de universitaire wereld aan plagiaat boven water is gekomen, zou ook dit conflict passen in een verzamelwerkje met de toepasselijke titel 'Onder letterstelende professoren'. Of zou die titel ook niet geheel 'kosher' zijn? Eigenlijk had dit onderzoek met zijn nasleep in Maastricht (Roos) en Nijmegen (Govaert van den Bergh) ook heel goed gepast in het rechtshistorisch tijdschrift *Pro Memorie*, waarin voor faculteits-geschiedenis, maar ook bij voorbeeld voor de jurist-dichter J.C. Bloem ruimte is ... Ook *petite histoire* is geschiedenis.

Het Pitlo plagiaat zou een *cause célèbre* geweest zijn. In Leiden heb ik in die tijd noch van Frits Fischer, die ook de *petites histoires* beheerste, noch van Carel Polak zelf, die wij al uit zijn Wageningse tijd kenden, er ooit iets over gehoord. Natuurlijk had het conflict ook gevolgen in de persoonlijke verhoudingen met anderen, maar in de Amsterdamse faculteit heeft dat in mijn tijd nooit tot onaangenaamheden geleid.

De bijzondere oorlogsomstandigheden, en de bijzondere personen, Polak, de latere minister van justitie, op de zijlijn de beroemde Meijers, en natuurlijk Pitlo zelf, lijken een afzonderlijk boekje te rechtvaardigen. Maar zoals Tjeenk Willink tijdens de oorlog brood zag in een boekenschrijvende Pitlo, zo lijkt ook nu weer een uitgever een boekje te zien in wat Pitlo zelf in 1977 een 'Jodenkwestie' noemde, en nu door de uitgever als Pitlo's conflicten met Joodse juristen wordt gepresenteerd.

'Historische waarheid is geschiedenis', kopte het NJB een week geleden: een essay waarin de vraag wordt besproken of het negationisme, oftewel het ontkennen van historische

waarheden, strafbaar moet worden gesteld. Het opheffen van leerstoelen rechtsgeschiedenis komt zeker voor strafbaarstelling in aanmerking, maar waar is het goed voor een historisch verantwoord onderzoek te larderen met onaangenaamheden die absoluut niets met de letterdiefstal te maken hebben? Over de betrouwbaarheid van de vele – te vele – aan de mémoires ontleende uitspraken van en over personen heb ik mij al uitgesproken.

‘Een leven, dat het stempel droeg van de geleerde hoogleraar uit een thans snel vergelijkend tijdperk’, zo schreef Pitlo over zijn in 1963 plotseling overleden collega Hoetink. Hoewel niet doof of blind voor de geest van de tijd, weigerde Pitlo – man van de 100 jaar oude stempel – een druppel water in de ondrinkbaar geworden wijn te doen. Grote geleerden met nog veel meer onderscheidingen dan Pitlo lieten zich na de oorlog portretteren in hun nette burgerpak met hooguit iets kleurrijks in het knoopsgat. Heel bewust, provocerend, koos Pitlo voor de mode van zijn vergleden tijdperk en liet hij zich in toga met alle fraaiigheden vereeuwigen. Ik sluit af: *Sans regard*, zonder oog voor dat aspect, kan men de *Sans égards* niet goed savoueren.

DE BIOGRAFIE VAN MR. J.A. SCHORER

TOESPRAKEN BIJ DE PRESENTATIE DOOR AUTEUR TH. VAN DER MEER
EN FAMILIELID D.M. SCHORER

Op vrijdag 30 maart 2007 vond in Felix Meritis te Amsterdam de presentatie plaats van het door Theo van der Meer geschreven boek over J.A. Schorer, getiteld *Jonkheer mr. Jacob Anton Schorer (1866-1957)*. Een biografie van homoseksualiteit.¹ In 1917 stuurde de Tweede Kamer op voorstel van voorzitter Dirck Fock een zending boeken die ze van deze jurist ontvangen had voor de parlamentsbibliotheek, retour. De boeken gingen over homoseksualiteit en het zou geen pas geven ze op te nemen in een achtenswaardige collectie. Om dit recht te zetten nam de huidige Tweede Kamervoorzitter mevrouw Gerdi Verbeet op genoemde datum, negentig jaar later, het eerste exemplaar van de biografie in ontvangst ten behoeve van de parlamentsbibliotheek. Zij kreeg het uit handen van de heer Ferdinand Strijthagen, directeur van Schorer, Instituut voor Homoseksualiteit, Gezondheid en Welzijn. Het tweede exemplaar werd door auteur Theo van der Meer aangeboden aan jhr. drs. D.M. Schorer, secretaris van de Stichting Schorer Familiebezit. Ontvangers en aanbieders hielden boeiende en geanimeerde toespraken. Die van de auteur en de heer Schorer zijn hier – licht bewerkt – opgenomen, maar eerst volgt nu een korte inleiding – afkomstig van Theo van der Meer – over de hoofdpersoon van het gepresenteerde boek.

Inleiding

Jacob Anton Schorer (1866-1957) begon na het doorlopen van het Stedelijk Gymnasium in Middelburg in 1884 aan zijn rechtenstudie in Leiden. Hij deed in 1891 zijn doctoraal, waarna hij werkte aan een proefschrift – *De geschiedenis der calamiteuse polders in Zeeland tot het reglement van 20 januari 1791* –, dat hij in 1897 te Leiden verdedigde. Waarschijnlijk was S.J. Fockema Andreae (1844-1921) zijn promotor. Datzelfde jaar trad hij, kort na zijn promotie, in dienst als beëdigd klerk bij de arrondissementsrechtbank te Middelburg en vestigde zich daar ook als advocaat en procureur. In 1899 volgde zijn benoeming als waarnemend kantonrechter.

In 1903 werd Schorer eervol ontslag verleend, nadat een onderzoek naar ontucht met een veertienjarige jongen weliswaar geen strafbare feiten had opgeleverd, maar wel de constatering dat hij ‘van zeer onzedelijke neigingen’ was. Hij gaf toen ook de advocatuur

¹ Amsterdam: Schorer Boeken, 2007, ISBN 978 90 73341 30 2. Dr. Theo van der Meer schreef eerder vooral over homoseksualiteit in de achttiende eeuw. In *Pro Memoria* verscheen van zijn hand o.m. ‘“Ernstige moraliteits-toestanden in de residentie”. Een “whodunnit” over het Haagse zedenschandaal van 1920’, namelijk in *PM* 4.2 (2002), p. 373-407; met Paul Snijders. Hij werkt nu aan de voltooiing van een studie naar castratie van zedendelinquenten in het kader van een project van het Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis over homoseksualiteit in de twintigste eeuw.

op. Een jaar later publiceerde hij vanuit Berlijn, waarheen hij vertrokken was, het artikel 'Wetenschap en rechtspraak', over homoseksualiteit, in *Themis*. Dit leidde tot een woedende reactie van de president van de Hoge Raad, F.B. Coninck Liefsting, die dit soort publicaties het liefste wilde verbieden. De rest van zijn leven teerde Schorer op familiekapitaal, dat hij scrupuleus belegde.

In 1910-1911 kruiste hij de degens met Minister Regout over art. 248bis Sr. (de bepaling die van 1911 tot 1971 'ontucht' met minderjarigen van hetzelfde geslacht met straf bedreigde), waartegen hij zich zijn leven lang bleef verzetten. Hij richtte in 1912 de eerste homo-rechtenorganisatie in Nederland op, het zogenoemde Nederlandsch Wetenschappelijk Humanitair Komitee. Tot de Tweede Wereldoorlog bestookte Schorer NWHK de pers, de top van de rechterlijke macht, docenten, medici, politici, officieren en eerstejaarsstudenten met brochures, jaarverslagen en mailings, waarin hij pleitte voor gelijkberechtiging van homoseksuelen.

Dankzij boze stukken van tegenstanders in de media wisten velen die hulp zochten Schorer te vinden. Waar nodig en mogelijk bemiddelde hij persoonlijk bij ouders, politieke werkgevers en huisbazen, en hij schrok er niet voor terug chanteurs zelf op te zoeken. Via een unieke bibliotheek voorzag hij homoseksuele lezers van literatuur waarmee ze zich konden identificeren. Advocaten, medici en andere professionals hielp hij aan informatieve lectuur.

Hij stimuleerde jonge schrijvers, onder wie Anna Blaman, en bemiddelde bij de uitgave van hun werk.

Toespraak door de auteur van de J.A. Schorer-biografie, dr. Theo van der Meer

[...] Voordat ik een exemplaar van dit boek aan U, mijnheer Schorer, ga overhandigen, wil ik graag iets zeggen over de inhoud van deze biografie.

In 1904 beleefde de toen achtendertigjarige jhr. mr. Jacob Anton Schorer een knallende coming out met de publicatie van een artikel over homoseksualiteit in het achtenswaardige juristenblad *Themis*. Mogen we de redactie geloven, dan was zij vergeten het stuk te lezen en was het zo bij de drukker beland. Het had niet geplaatst behoren te worden. Het was dan ook in meer dan een opzicht een bijzonder artikel: Schorer grossierde niet in zieligheid, maar stelde op agressieve toon het stilzwijgen en de onwetendheid in Nederland over homoseksualiteit aan de orde. Hij verweet de media zelfs volstrekte achterlijkheid in dezen. Het artikel leidde tot een woedend protest van niemand minder dan de president van de Hoge Raad, die, hoewel hij te boek stond als een groot jurist, erin slaagde de rechtsgeschiedenis met betrekking tot homoseksualiteit zodanig geweld aan te doen dat er zelfs juridisch niets van klopte.

Het was al met al een gebeurtenis die typerend was voor de wijze waarop Schorer veertig jaar lang de emancipatiestrijd bedreef en beleed, zeker vanaf het moment dat hij, in 1912,

het Nederlands Wetenschappelijk Humanitair Komitee (NWHK) oprichtte. Met minimale middelen droeg Schorer zijn boodschap uit in dezelfde toonzetting als zijn artikel in *Themis*. Het was dankzij de boosheid van zijn tegenstanders dat die boodschap in veel bredere kring verspreid werd. Daar hielp hij zelf dan weer een handje bij: het bericht dat de boeken die hij in 1917 aan de Tweede Kamer had aangeboden teruggestuurd waren, omvatte niet meer dan vijf regels in de NRC. Schorers reactie daarop in diverse kranten had de omvang van twee A4-tjes. Jaarverslagen van het NWHK die zelden uit meer dan twaalf pagina's bestonden, riepen reacties op over de niets en niemand ontziende, land en volk ondermijnende propaganda die door vuige homoseksuelen werd verspreid, waarna zulke schreeuwers zich gedwongen zagen uit te leggen wat homoseksualiteit eigenlijk was, en wat dat NWHK nu eigenlijk wilde. Het waren de katholieken die het hardst schreeuwden en zich onvermijdelijk het vaakst in eigen staart beten. In 1918 publiceerde de *Katholieke Tijd/Maasbode* Schorers adres en riep de lezers op Schorer protesten te sturen. Behalve een paar boze brieven ontving hij vooral verzoeken om hulp en informatie, zelfs van priesters, meldde hij vervolgens in de media, opnieuw tot woede van katholieke kranten. De boekverkoop van het NWHK vertienvoudigde dat jaar.

Toen Schorer in 1866 geboren werd, bestond het woord homoseksualiteit nog niet. Het werd pas drie jaar later door een Hongaar gemunt en het zou nog een halve eeuw duren voordat de term ook maar een beetje gemeengoed werd. De president van de Hoge Raad had het in 1904 nog over het 'nieuwe woord "homoseksualiteit"'. Een tot in het begin van de twintigste eeuw nog gebruikelijke aanduiding van homoseksualiteit was 'crimen nefandum', in nog wat ouder Nederlands 'de stomme zonde' ofwel de zonde en misdaad die zo erg was dat er niet over gesproken mocht worden. Zonden waarom steden vergaan zijn, zo duidde minister-president Abraham Kuiper het onderwerp in 1902 in de Tweede Kamer aan. Bij de oprichting van het NWHK zei Schorer dan ook dat hij vooral de stilte wilde doorbreken. Spreken over homoseksualiteit zou mensen maar op een idee brengen, vreesde de overheid. Daarom probeerden autoriteiten homoseksuelen zoveel mogelijk het zwijgen op te leggen. Maar, zoals ook de katholieken dat moesten ondervinden, dat resulteerde juist in het tegendeel. Zelfs schandaal en vervolging leverden een kakofonie aan geluiden op, die Schorer dankbaar wist te gebruiken. Zwijgen werd zo de petemoei van het spreken.

Spreken over homoseksualiteit is vanaf het moment dat hij zijn eerste artikel publiceerde reden én zin van Schorers bestaan geweest, en hij heeft dat met veel aplomb gedaan, tot dat de Duitse bezetting dat in 1940 onmogelijk maakte. Jacob Schorer heeft voor dat spreken ook een hoge prijs betaald: hij kwam uit een vooraanstaand geslacht van Zeeuwse regenten en magistraten; door een deel van hen en door velen van zijn gelijken is hij vanwege zijn activiteiten met de nek aangekeken. Aan de andere kant deed zijn afkomst soms deuren voor hem open die voor anderen gesloten bleven en verschaftte deze hem ook een zekere onkwetsbaarheid. Een van zijn vrienden schreef bij zijn dood dat hij ook vertrouwensman was van ministers en burgemeesters, en het is typerend dat hij ten tijde van een

zedenschandaal in 1920 toegang had tot de secretaris-generaal van het ministerie van Justitie, een vroegere studiegenoot en medecorpslid. Op zijn beurt smeed Schorer, naar mijn gevoel ook door zijn afkomst, weleens deuren dicht voor mensen die hij niet competent achtte om over het onderwerp te spreken. Diezelfde afkomst zat hem bij zijn politieke oordelen en analyses soms ook danig in de weg.

Schorer heeft in de meidagen van 1940 zijn archief vernietigd, met daarin vele namen van mensen die ooit om zijn hulp hadden gevraagd. Daar mogen we hem diep dankbaar voor zijn. Al op 14 juni 1940, een maand na de capitulatie, stond de Gestapo op zijn stoep om zijn unieke seksuologische bibliotheek in beslag te nemen. Die bibliotheek is nooit meer teruggevonden. Het was een slag die Schorer moeizaam te boven is gekomen, maar die hem uiteindelijk strijdbaarder heeft gemaakt, ook toen hij na de oorlog het werk aan een nieuwe generatie en het COC² moest overlaten. Een brochure die hij in 1946 – hij was toen al tachtig – publiceerde, was agressiever van toon dan ooit.

In het boek constateer ik ook dat Schorer geen enkele blijk heeft gegeven van empathie met het joods lijden onder fascisme en bezetting. Daarin verschilde hij niet van de meeste Nederlanders. Ik heb er echter geen geheim van gemaakt dat ik in mijn relatie die ik als biograaf met hem heb gekregen, mij Jacob Schorer groter had gewenst. [...]

Nog even terug naar het boek: ik heb dit boek de ondertitel 'Een biografie van homoseksualiteit' gegeven, omdat Schorer niet alleen het onderwerp homoseksualiteit op de kaart zette, maar door zijn spreken ook geholpen heeft het homoseksuele personage in het leven te roepen. Niet alleen bestond het woord homoseksualiteit nog niet toen hij geboren werd, maar ook het idee dat een deel der mensheid nu eenmaal homoseksueel was, bestond, behalve onder betrokkenen zelf, nog nauwelijks. Schorers spreken heeft het vlees op de botten van homoseksuele mannen en vrouwen gebracht. In dit boek heb ik geprobeerd de wasdom van die mannen en vrouwen te beschrijven. Ik heb dat gedaan vanuit de gedachte dat zwijgen en spreken essentieel is voor zowel het verleden als het heden van homoseksualiteit; ook vandaag zijn we, los van verlangens en relaties, vooral homoseksueel door er eindeloos over te praten. Uit de kast komen is eerst en vooral een kwestie van spreken. Daarom, dames en heren, zegt het voort, zegt het voort!

[Alvorens het boek aan de heer Schorer aan te bieden, dankt de spreker een aantal personen die in het bijzonder aan het boek hebben bijgedragen.]

Een woord van dank tot slot aan de Stichting Schorer Familiebezit. Uw stichting, meneer Schorer, heeft mij zonder mankeren toegang verleend tot het familiearchief in het Zeeuws archief in Middelburg. Als elk project heeft ook dit biografieproject z'n toppen en dalen gekend, maar voor mij, als geboren archiefkrat, behoorden de weken die ik in het

2 COC: Cultuur- en Ontspanningscentrum, (schuil)naam van de in 1946 opgerichte Nederlandse Vereniging tot Integratie van Homoseksualiteit, thans officieel genaamd: NVIH-COC.

Zeeuws archief tussen uw familiepapieren heb doorgebracht tot de absolute hoogtepunten. Het Familiearchief Schorer is niet alleen een van de grootste, maar volgens mij ook een van de allermooiste familiearchieven van Nederland. De enige frustratie die ik eraan heb overgehouden is dat ik er nog maar zo'n klein stukje van gezien heb.

Meneer Schorer, ook al heb ik hier en daar de meetlat voor uw naamgenoot hoog gelegd, meen ik te mogen vaststellen dat dit boek naar vorm en inhoud een klein monument is voor een van die Schorers die op bijzondere wijze dit land gediend hebben. Dat laatste is natuurlijk een loftuiting die Jacob bij leven – buiten homokring – niet deelachtig is geworden. Integendeel, hij werd publiekelijk verguisd. Ik meen dat de aanwezigheid van de Kamervoorzitter en die van u een publieke erkenning inhouden van hoezeer hij dit monument verdiend heeft.

Toespraak door jhr.drs. D.M. Schorer

[...] Namens die 'andere' Schorer instelling wil ik allereerst het Instituut 'Schorer' en de uitgever Schorer Boeken hartelijk danken voor de vriendelijke uitnodiging om een der eerste exemplaren van dit belangrijke werk in ontvangst te komen nemen en mij bovendien in de gelegenheid te stellen daarvan tevoren kennis te nemen, zodat ik mij kan veroorloven daarop al even inhoudelijk in te gaan.

Maar laat ik beginnen u iets te vertellen over onze familie en de Stichting Schorer Familiebezit. Deze stelt zich ten doel het verzamelen en in stand houden van kunsthistorisch, historisch en genealogisch waardevolle zaken die herinneren aan de adellijke takken van de familie Schorer, hun voorouders en verwanten, teneinde die zaken voor het nageslacht te bewaren, aan hen in beheer te geven, eventueel ten toon te stellen, dan wel over hen te publiceren of te doen publiceren.

Aanleiding voor de oprichting van onze stichting vormde de aanwezigheid van veel oude papieren en documenten in nalatenschappen van vaders en grootvaders met betrekking tot de provincie waarmee de familie vanaf circa 1600 nauw verbonden is geweest – Zeeland – en die nogal in waarde waren gestegen doordat het hele archief van Middelburg in mei 1940 verloren was gegaan. Van hun kant hechtten zij die over die papieren beschikten, aan het bewaren daarvan, al was het maar omdat hun over die voorouders toch al het een en ander uit overlevering bekend was. Zij zorgden ervoor dat al die oude stukken als één geheel bijeen kwamen in het Zeeuws Archief te Middelburg, dat de overal aanwezige portretten werden geïnventariseerd en dat er een rechtspersoon werd opgericht om op het beheer daarvan toe te zien.

En, zoals hiervoor al door Dr. Theo van der Meer benadrukt, de biografie die vandaag de reden is van deze bijeenkomst, zou bepaald minder uitgebreid zijn geweest zonder al het historisch materiaal dat indirect of direct betrekking heeft op Jacob Anton en dat in opdracht van onze stichting in het Zeeuws Archief wordt bewaard.

Uiteraard rekent onze Stichting het ook tot haar taak het geestelijk erfgoed van onze voorouders in ere te houden, voorzover dat strookt met algemene opvattingen van ethiek en moraal. En u zult begrijpen dat die laatste beperking onze vaders en grootvaders verhinderde waarde te hechten aan de opvattingen en activiteiten van die vreemde vogel of, zoals mijn grootvader en zijn jaargenoot hem noemde, dat zwarte schaap in de familie, die niet schroomde de hele klasse waaruit hij was voortgekomen, zijn verdere familie en zijn vriendenkring van zich te vervreemden en zijn eigen, moeizame weg te gaan. Wij, de jongere generaties, die ons niet meer zo druk maken over andersoortige seksuele relaties, zijn daarom niet minder door zijn persoon gefascineerd.

Onze familie, althans de mannelijke leden ervan, is door haar bestuurlijke achtergrond vanouds een familie van juristen en dat zal er wel mee samen hebben gehangen dat men zijn kinderen al vroeg hun gedachten op schrift leerde te stellen en hun geheugen te trainen, bijvoorbeeld in de vorm van reisverslagen en door op reis een kasboekje bij te houden. Daar hoorde ook het aanleggen van verzamelingen bij, zoals van kaarten, prenten, foto's, brieven en boeken. Waar Jacob Anton trots was op zijn verzameling familieportretten en zich in een later stadium toelegde op het verzamelen van boeken op het gebied van homoseksualiteit, mede om daarmee zijn ideeën en voorlichting naar buiten te kunnen ondersteunen, legde bijvoorbeeld een achterneef van hem, jhr.dr. Matthieu René Radermacher Schorer (1888-1956), in Utrecht een later aan de Koninklijke Bibliotheek geschonken collectie aan van boekkunst van zijn tijd, verzameldrift die in de crisistijd en de oorlogsjaren werd aangewend om behoeftige schrijvers en boekdrukkers van nieuwe opdrachten te voorzien. In dit soort eigenschappen past natuurlijk ook het bekleden van bestuursfuncties van instellingen op maatschappelijk gebied en wilskracht om bepaalde goede doelen na te streven... waarmee ik maar wil zeggen: Jacob Anton vertoont, ondanks zijn uitzonderlijke carrière, bij nadere bestudering alle kenmerken van zijn familie, stand en tijd. Zeker is echter dat hij wel over een zeer groot idealisme en wilskracht moet hebben beschikt. En meer dan dat, want ondanks het bijzonder delicate onderwerp, dat gemakkelijk in een sfeer van besmuiktheid terecht kan komen, is hij er, voorzover ik aan de hand van deze biografie kon vaststellen, in geslaagd de openbare discussie met open vizier te voeren en op een niveau dat bewust of onbewust het respect afdwong van vriend en vijand. Daarnaast is het aan zijn gelovige opvoeding en aan zijn onbezorgde jeugd te danken dat hij aan zijn strijd begon in de vaste overtuiging dat die een rechtvaardige zaak diende én gewonnen kon worden. Niet dat hij een snel resultaat voorzag: de aan Willem van Oranje toegeschreven uitspraak 'Nul n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour perséverer' – men hoeft geen hoop te hebben om te ondernemen, noch succes om vol te houden – acht ik geheel op zijn strijd van toepassing. De strijd voor een rechtvaardige zaak wordt immers vaak ondernomen zonder dat men weet wanneer en hoe hij zal eindigen, terwijl het resultaat pas zichtbaar wordt wanneer men erin volhardt. Jacob Schorer had geen *dream* zoals Martin Luther King, maar voelde zich gekwetst door een wetsartikel dat hem persoonlijk raakte en bovendien indruiste tegen een rechtsgevoel dat hem was aangeboren en dat in

Leiden verder was bijgeschaafd. Kortom, zijn ondernemingszin, doorzettingsvermogen en gevoel voor maatschappelijke verantwoordelijkheid zijn zeer herkenbaar en zijn trekken die hij met vele generatiegenoten in onze familie en daarbuiten gemeen had.

Opgevoed in volkomen ongewisheid over wat dat geheimzinnige, doodgezwegen familielid nu precies op zijn geweten had, moet ik zeggen dat er met het lezen van dit boek een wereld is opengestaan en er een aantal zaken glashelder zijn gemaakt, die hem, althans in mijn beleving, volkomen rehabiliteren.

Wat nu zijn biografie betreft moet mij nog even iets van het hart. Er is één episode in het leven van Jacob Anton waarmee de schrijver grote moeite blijkt te hebben, te weten de houding van zijn hoofdpersoon ten aanzien van de Jodenvervolging in het Duitsland van de jaren '30. Hierop gaat hij nogal uitvoerig in en verwijt hij Schorer weinig inzicht in de nazi-ideologie en een volstrekte afwezigheid van empathie met de Joodse slachtoffers van het nazidom, om dit hoofdstuk te eindigen met de zin: 'Wij hadden hem groter gewenst'. Ik geloof mijn familielid in dezen toch voor een al te hard eigentijds oordeel in bescherming te moeten nemen. Jacob Anton hield zich in zijn strijd om erkenning uiteraard eerder bezig met binnenlandse politiek dan met de buitenlandse en was zich van de dodelijke dreiging die er van de nazi's voor de Joden uitging kennelijk niet bewust. Hij verkeert hier in het gezelschap van het hele Nederlandse overheidsapparaat, de kerken en vele, vele intellectuelen. De Jodenvervolging in Duitsland was voor de niet-Joden in Nederland 'geen thema' – helaas, zeggen wij nu –, maar zo was het wel. Hem nu te kapittelen voor het feit dat hij hiervan in zijn correspondentie met strijdgenoten geen punt maakte, acht ik niet helemaal redelijk. Gelukkig heeft de auteur hem nergens kunnen betrappen op ook maar een zweem van antisemitisme. En zulks is eigenlijk wel bijzonder als men bedenkt dat zijn pleegzoon Helmuth al voor de oorlog een aanhanger moet zijn geweest van diezelfde nazi-ideologie en in 1940 werd ingelijfd in de SS om zijn leven te eindigen aan het Oostfront. Anderen zouden zich onder die omstandigheden bij de NSB hebben aangesloten, maar also niet Jacob Anton, die naar onze mening juist bewezen heeft over een grote mate van karaktervastheid te beschikken en, toen het erop aankwam, van een juist inzicht, door bij het uitbreken van de oorlog meteen zijn hele archief met veel gevoelige persoonsinformatie te verbranden. Ook in de moeilijkste omstandigheden heeft hij het roer recht gehouden.

Dit gezegd zijnde zou ik willen benadrukken dat de auteur en het Schorer Instituut aan onze familie met deze studie een grote dienst hebben bewezen, waarvoor wij hun grote dank verschuldigd zijn. Hulde aan Dr. Theo van de Meer, die het in luttele jaren klaar speelde een zo uitgebreide biografie te schrijven, waarin hij met het leven van Jacob Schorer een indringende schets geeft van wat homoseksualiteit betekende in het Nederland van de eerste helft van de twintigste eeuw. [...] Ik feliciteer allen die op hun wijze aan deze studie hebben bijgedragen en dank u voor uw aandacht.

NIEUWS OVER DE RIJKSHOFRAAD (VERVOLG)

In jaargang 7 (2005) van dit tijdschrift verscheen een korte bijdrage van mijn hand over de vroegste geschiedenis van de Rijkshofraad en de ontsluiting van zijn archief (p. 205-210). Er heeft zich inmiddels een heuglijke ontwikkeling voltrokken voor wat de verdere repertoriëring van het gerechtelijk archief van de Raad betreft, zowel van het deel dat altijd in Wenen gebleven is, als voor de tussen 1540 en 1660 te Praag gevormde archiefbestanden. Deze *Alte Prager Akten* zijn in de jaren zeventig van de achttiende eeuw in 213 dozen naar Wenen overgebracht en daarna nooit met het 'moederarchief' herenigd. Aan het eind van mijn bovenvermelde artikeltje schreef ik dat mevrouw dr. Eva Ortlieb van november 1999 tot januari 2004 gewerkt had aan de invoering van alle nummers van een bestaand negentiende-eeuws repertorium op de *Prager Akten* in een nieuwe inventaris die het model volgt van de zogenaamde Frankforter 'Grundsätze für die Verzeichnung von Reichskammergerichtsakten'.¹ Mede omdat mevrouw Ortlieb ter completering van de gegevens van het oude repertorium aanvullend onderzoek in de desbetreffende dozen had verricht, was het haar niet gelukt het gehele Praagse bestand opnieuw te repertoriëren. Bij het einde van haar dienstverband was zij gevorderd tot en met de letter L en was haar inventaris uitgegroeid tot zo'n 3.000 nummers, ongeveer de helft van de geschatte totale omvang. De voltooiing van dit project zou afhangen van het succes dat prof. dr. W. Sellert (Göttingen) zou behalen bij zijn pogingen om de financiering van een nieuwe repertoriëring van de RHR-dossiers rond te krijgen.

Welnu, collega Sellert heeft mij onlangs met grote voldoening kunnen berichten dat de 'Wissenschaftskommission' van de 'Union der deutschen Akademien' in oktober 2006 inderdaad heeft besloten om een door hem ingediende aanvraag van een 'Langzeitprojekt' voor de toegankelijkmaking van het RHR-archief in te willigen. Er is voor een periode van achttien jaren financiële ruimte geschapen voor een dienstverband van twee met dit werk vertrouwde (rechts)historici of archivariissen, alsmede van een wetenschappelijk secretaris. De bewerking van de resterende circa 2500 Praagse akten en het vervaardigen van de nodige registers zullen volgens de mij bekende planning de eerste twee en een half jaar van de projectduur opsouperen.

De overblijvende vijftien en een half jaar zijn bestemd voor de verdere ontsluiting van de *Judicialia* van de 'Duitse Expeditie'. Deze vormen een belangrijk deel van het permanent in

¹ Vgl. bijv. M. Wiech (Bearb.), Veröffentlichungen der staatlichen Archive des Landes Nordrhein-Westfalen. Reihe A: Inventare staatlicher Archive. Das Hauptstaatsarchiv Düsseldorf und seine Bestände. Band 9: Reichskammergericht. Teil 10: Prozessakten des Hauptstaatsarchivs Düsseldorf im Rijkssarchief Limburg in Maastricht (Bestand 0201). Siegburg 2002, p. 34-37.

Wenen gebleven RHR-archief. In mijn aangehaalde bijdrage vermeldde ik al dat er tussen 1792 en 1806 repertoria zijn gemaakt van het uit verschillende reeksen bestaande gerechtelijk ('judicieel') archief. De bedoeling was ooit om tijdens het werk de stukken uit de diverse parallelle reeksen telkens tot één geïntegreerd procesdossier te verenigen, maar dit voornemen is nooit geheel gerealiseerd. Enkele reeksen bundels ontsnapten gedeeltelijk aan het 'integratie'-proces. Onaangeroerd bleven de gedeelten van de series *Acta antiqua* (9.500 bundels) en *Denegata antiqua* (7.000 bundels) die de stukken bevatten over processen waarin de naam van de eiser of appellant begint met een van de letters van H tot en met Z. Het ligt nu in de bedoeling deze 16.500 bundels op dezelfde wijze te gaan beschrijven – en in een database in te voeren – als geschied is met de dossiers van de letters A tot en met G. De *Antiqua* dateren voornamelijk uit de zeventiende eeuw en sluiten dus op de Prager Akten aan; de *Denegata antiqua* stammen uit de zestiende en de zeventiende eeuw en completeren de beide andere series. Uiteraard worden ook bij de beschrijving van dit fonds zoveel mogelijk de Frankforter 'Grundsätze für die Verzeichnung von Reichskammergerichtsakten' gevolgd.

De projectleiding is van plan ieder jaar een deel-inventaris met registers, indices, etc. te publiceren zodat de resultaten van de ontsluiting onmiddellijk voor de onderzoekers bereikbaar zijn. Volgens mijn gegevens zal deze voor de geesteswetenschappen ongewoon omvangrijke onderneming op 1 juni 2007 van start gaan. In totaal zullen dan 19.000 procesdossiers op een naar de huidige inzichten optimale wijze gerepertorieerd worden. Als Nederlands rechtshistoricus wens ik de Duitse en Oostenrijkse collega's van harte geluk met het binnenhalen van dit project. Met een jaloerse blik zal ik het blijven volgen.

RECENSIES

F. Jaspers, R. Pasma en E. Witjens (red.), *Historische rechtszaken*. Nijmegen: Ars Aequi Libri [2005]. 134 p. ISBN 13: 978 90 6916 524 0, € 25,-.

De Nederlandse (straf)rechtsgeschiedenis is de laatste jaren 'verrijkt' met twee spraakmakende processen waarin politiek en godsdienst het beeld bepalen. In april 2003 werd Volkert van der Graaf door de Amsterdamse rechtbank veroordeeld tot achttien jaar gevangenisstraf voor de moord op de politicus Pim Fortuyn; in hoger beroep werd dit vonnis bevestigd. In de zomer van 2005 kreeg Mohammed Bouyeri levenslang voor de moord op de regisseur Theo van Gogh. De moord op Fortuyn werd ingegeven door zuiver politieke motieven en staat daarom te boek als een 'politieke moord'. Bouyeri kwam uit religieuze overtuiging tot zijn daad. Over zijn motief liet hij op de laatste procesdag geen twijfel bestaan: 'Ik heb me laten leiden door de wet die mij opdraagt om iedereen die Allah en de profeet beledigt zijn kop eraf te hakken.' Beide zaken trokken wereldwijd sterk de aandacht. Zo werd bijvoorbeeld in de artikelen die de Franse dagbladen *Le Monde* en *Le Figaro* deze zomer aan het islamitisch fundamentalisme wijdden herhaaldelijk verwezen naar de moord op Van Gogh. En daags na Bouyeri's veroordeling tot levenslang werd van de uitspraak in beide kranten uitgebreid verslag gedaan.

De rechtsgeschiedenis kent vele voorbeelden van processen die mede vermaard zijn geworden door een politieke en/of religieuze dimensie. Negen van deze processen zijn beschreven in het onlangs door Ars Aequi Libri gepubliceerde boekje *Historische rechtszaken*. De in deze uitgave verzamelde artikelen zijn op één na eerder gepubliceerd in de rubriek 'Rode draad' van jaargang 2003 van het juridisch studentenblad *Ars Aequi*. Aan de bundel leverde Nieuwenhuis een rechtsfilosofisch getinte bijdrage over het proces Sokrates (399 v. Chr.). In zijn artikel over het proces Jezus (33) wordt door Schrage (rechts)historische bronnenkritiek toegepast. R Emmelink schrijft betrokken over het proces Luther (1521) en Heirbaut geeft er in zijn erudiete opstel over het proces Lord Dacre (1535) blijk van al evenzeer thuis te zijn in de Engelse rechtsgeschiedenis als zijn Gentse leermeester Van Caenegem. Donker en Faber doen niet onder voor het schrijversduo Nicci French in hun beschrij-

ving van de aanloop tot en de moord op de Vader des Vaderlands en van de berechting van diens moordenaar Balthazar Gerards (1584). Leenknecht doet in zijn uiteenzetting over het proces Troelstra (1899) recht aan de authenticiteit van Troelstra's betrokkenheid waar deze onrecht bespeurde. Strijards verwerkt in zijn beschrijving van het proces Eichmann (1961) een beknopte inleiding internationaal strafprocesrecht en schetst de ontwikkelingen daarbinnen na de Tweede Wereldoorlog. De Roos stelt in zijn artikel over het proces Rodney King (1991) de invloed van de televisie op de hedendaagse strafrechtspleging aan de kaak en Van Sliedregt ten slotte voert ons kort en helder in in het proces Milosevic (2002).

De lezer van deze stuk voor stuk boeiende bijdragen valt direct op hoezeer politiek en/of godsdienst in deze processen bepalend zijn. In alle beschreven zaken speelt de politiek een voornamelijk rol, zo niet de hoofdrol. Dit is zelfs het geval in processen waar dit op het eerste gezicht niet voor de hand lijkt te liggen. Koning Hendrik VIII van Engeland (koning van 1509 tot 1574) trachtte via de rechtspraak (Lord Dacre's case) gedaan te krijgen wat hem via de wetgeving niet lukte, namelijk de afschaffing van de praktijk van uses (voorloper van de trust) in het erfrecht, een praktijk waardoor de koninklijke schatkist veel inkomsten misliep. En in het proces Rodney King was het te danken aan het ingrijpen van president Bush sr. dat de aanklagers van de agenten die King hadden mishandeld een tweede kans kregen. In de processen Sokrates, Jezus, Luther, Balthazar Gerards en Milosevic is naast de politiek de religie een dominante factor. Zonder iets af te willen doen aan Lokins stelling in het 'Voorwoord' dat de geselecteerde rechtszaken slechts adequaat beschreven kunnen worden door juristen, is het niet in de eerste plaats het recht dat de keuze van juist deze rechtszaken heeft bepaald; een keuze overigens die in het boekje spijtig genoeg nergens wordt verantwoord. Hun historisch gewicht danken deze processen, evenals de twee in het begin genoemde zaken, aan factoren buiten het recht. Alle auteurs slagen er trouwens uitstekend die factoren, zeg maar de historische context, te schetsen en deze te verrijken met leerzame vergelijkingen tussen het recht van toen en nu. Warm aanbevolen!

Amsterdam

Kees Cappon

C. de Boer en J.W. Sap (red.), *Constitutionele bronnen van Nederlandse Rechtsgeschiedenis*. Nijmegen: Ars Aequi, 2007. 382 p. ISBN 978 90 6916 518 9, € 24,50 en H. Battjes en B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2007. 242 p. ISBN 978 90 6916 661 2, € 19,50.

In het jaar 1998 vond juridisch Nederland dat er wel wat viel te vieren op het gebied van het Nederlands staatsrecht. In dat jaar publiceerde het *Nederlands Juristenblad* namelijk een speciale aflevering over 150 jaar Grondwet. Ook de Raad van State achtte het toen gepast te spreken over het 150-jarig bestaan van de Grondwet, zodat de staatsrechtsgesleerden allen dansten op een muziek van valse violen. Inderdaad: staatsrechtelijk Nederland gaf toen blijk van een schromelijk en verwijtbaar gebrek aan historische kennis. Alsof de Nederlandse Grondwet niet ouder was dan 150 jaar.¹

Deze fout is door de auteurs van de eerste bundel nu niet gemaakt. Als goede wetenschappers besloten zij een wetseditie te brengen van de constitutionele bronnen van het Nederlandse staatsrecht. Zij gaan – terecht – ook verder terug dan de achttiende eeuw en publiceren tal van bronnen die van belang zijn geweest voor de ontwikkeling van het Nederlands staatsrecht, ook bronnen die de grenzen van de huidige Nederlandse staat overschrijden (bijvoorbeeld de Blijde Inkomst van 1356). Aan de publicatie van de teksten hebben zij een korte maar heldere inleiding laten voorafgaan, waarin zij historische informatie bieden en hun keuze inhoudelijk verantwoorden.

Het is inherent aan iedere bronnenpublicatie, dus ook aan deze, dat de samenstellers een keuze moeten maken tussen wat wel en niet belangrijk is. Op dit terrein is dus steeds kritiek te leveren. Iedere keuze is relatief. Zo valt het hier op dat men zich toch wat teveel beperkt heeft tot het grondgebied van de huidige Nederlandse staat, hetgeen historisch gesproken betwistbaar is, maar ook in de actuele Europese constellatie reeds als enigszins achterhaald mag worden beschouwd. Zo ontbreken hier Luikse en Duitse bronnen, die toch ook voor het huidige Nederland van belang (kunnen) zijn geweest. Anderzijds valt het te prijzen dat men niet alleen oog heeft gehad voor de

eerste grondwet van 1798, maar men heeft ook verklaringen en concepten van 1788, 1795 en 1797 opgenomen, teksten die tot de grondwet van 1798 geleid hebben.

De Nederlandse grondwetten van 1798, 1815, 1848 en latere grondwetten nemen uiteraard de meeste pagina's in, meer dan twee derden van het totale aantal. De samenstellers hebben er de voorkeur aan gegeven de integrale tekst van elke grondwet af te drukken, in chronologische orde. Dit is te verdedigen. Het heeft echter het spijtige gevolg dat een vergelijkende studie van de verschillende bepalingen en hun evolutie moeilijker wordt. Daarom ware het te verkiezen de huidige grondwet af te drukken en bij elk artikel het betreffende artikel uit voorgaande grondwetten af te drukken, een werkwijze die eerder reeds werd gevolgd.² Hetgeen dan echter weer het inzicht in de structuur van de opeenvolgende grondwetten zou hinderen. Wellicht was het beter geweest een concordantie toe te voegen van de verschillende grondwetsartikelen, zodat de lezer makkelijk zijn weg zou kunnen vinden ter vergelijking van de evoluerende bepalingen.

De samenstellers hebben het de lezer af en toe gemakkelijk gemaakt door de teksten te 'hertalen' in modern Nederlands (bijvoorbeeld de Apologie van Willem van Oranje). Dat kan een voordeel bieden, maar het is wetenschappelijk natuurlijk te betwisten. Bovendien zijn sommige teksten dan wel weer in de oorspronkelijke versie weergegeven (bijvoorbeeld de Vrede van Münster), hetgeen geen indruk van consequentie geeft. Zou een synoptische uitgave, met actuele Nederlandse 'hertaling', geen uitkomst bieden?

Een goede aanvulling op het eerste werk vormt het tweede, zij het dat Battjes en Vermeulen een andere aanpak gekozen hebben. Gedeeltelijk is er wel een overlapping. Zo is ook hier de Akte van Verlatinge opgenomen, evenals de tekst van de Unie van Utrecht en de grondwet van 1798. Anders dan de voorgaande publicatie hebben de samenstellers hier een deel van het werk overgelaten aan bijdragen van meerdere auteurs (Van Niferik, Munneke, Zoethout, Groen, Nehmelman en Besselink). Bovendien is in enkele gevallen niet gekozen voor een integrale weergave van de tekst, maar eerder voor een selectieve, hetgeen

1 Zie O. Moorman van Kappen, De betekenis van de Staatsregeling-1798 toen en nu, in: O. Moorman van Kappen en E.C. Coppen (red.), *De Staatregeling voor het Bataafse 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 rechtsontwikkeling in Nederland (Nijmegen 2001), p. 1.

2 Zie bijvoorbeeld *De Grondwet. Met aantekening der gelijksoortige bepalingen van vroegeren tijd*. Rotterdam 1880.

wel wat voor de hand ligt, bijvoorbeeld wat betreft het Corpus iuris civilis, minder echter voor bijvoorbeeld het Statuut van het koninkrijk.

Dit ligt ook gedeeltelijk aan een andere benadering in deze tweede publicatie. Anders dan de eerste gaat het hier namelijk niet om een zuivere wetseditie, maar worden ook begeleidende teksten geschreven waarin de historische achtergrond en de draagwijdte van de plechtige verklaringen en constitutionele teksten wordt toegelicht. Een manco is wel de ongelijke kwaliteit van de verklarende teksten en achtergronden en het soms ontbreken van recente literatuur die tot een nadere studie van het onderwerp zou kunnen leiden.

Een meer fundamenteel punt van kritiek ligt evenwel in het ontbreken van teksten uit de tijd van de *renovatio imperii* in de vroege middeleeuwen en – vooral – in het ontbreken van kerkrechtelijke bepalingen, terwijl het toch bekend moet zijn dat er geen continuïteit mag worden verondersteld tussen het Romeins recht en de zestiende eeuw zonder de werking van het canoniek recht, zeer in het bijzonder op het terrein van het staatsrecht en het internationaal recht. Men hoeft niet zover te gaan als Mark Stout, die in het middeleeuws kerkelijk recht bijna een prefiguratie ziet van de huidige Europese unie,³ om de hoogst belangrijke waarde van het kerkelijk recht voor het Europees staatsrecht te erkennen.

Wie een van beide hier besproken werken wil gebruiken bij de studie of het onderwijs doet er mijns inziens goed aan ook het andere erbij te nemen en – vooral – de gesignaleerde literatuur ter hand te nemen om een stap verder te zetten op het door de samenstellers gewezen pad.

Nijmegen

E.C. Coppens

Philippe Godding (éd.), *Ordonnances de Philippe le Bon pour les Duchés de Brabant et de Limbourg et les Pays d'Outre-Meuse 1430-1467* / *Verordeningen van Filips de Goede voor de hertogdommen Brabant en Limburg en de Landen van Overmaas 1430-1467*. (Recueil des ordonnances des Pays-Bas, première série : 1381-1506, deuxième section, tome II/Verzameling van de verordeningen der Nederlanden, eerste reeks: 1381-1506, tweede sectie, deel II.) Bruxelles: Service public fédéral Justice/Federale Overheidsdienst Justitie, 2005. 666 p.

Indringend kijkt hij de lezer aan vanaf het omslag van deze uitgave van een deel van zijn wetgevingsproductie: Filips de Goede, Bourgondisch vorst, bekleed met de tekenen van de door hem gestichte Orde van het Gulden Vlies, landsheer van verscheidene Nederlandse gewesten. In deze letterlijk zwaarwichtige bronnenuitgave lezen we niets over het leven en werken van vorst Filips. Ook krijgen we (nog) geen totaaloverzicht van de vorstelijke wetgeving voor de landen van herwaarts over. Er moeten nog delen met algemene wetgeving voor de landen van de vorst en voor Vlaanderen en Henegouwen volgen. De voorliggende uitgave is beperkt tot wat Filips als hertog van Brabant, van Limburg en van de Landen van Overmaas in de periode 1430-1467 richting zijn onderdanen aan algemene regelingen heeft bevolen. En dat is al indrukwekkend genoeg.

De Koninklijke Commissie voor de Uitgaven der Oude Wetten en Verordeningen van België houdt zich al sedert 1846 bezig met de publicatie van verzamelingen van verordeningen, costumen en oude rechtspraak van de lage landen. In die ruim honderdvijftig jaren zijn vele omvangrijke werken verschenen. De laatste decennia zijn het vooral vijftiende-eeuwse bronnen die aandacht krijgen. Zo verscheen in 2001 de uitgave van de verordeningen van Jan zonder Vrees (1405-1419), verzorgd door Jean-Marie Cauchies. En nu dan vergast Philippe Godding ons met 351 bronteksten van Filips de Goede.

In de inleiding wordt, zoals het bij een bronnen-uitgave betaamt, verantwoording afgelegd van de wijze van uitgeven en van de daarbij gemaakte keuzes. Allereerst worden de criteria aangeduid op basis waarvan de selectie voor de opname in het werk is uitgevoerd. Godding gaat bij de omschrijving van het begrip verordening uit van algemeenheid, duurzaamheid en afkomstig van de hertog krachtens zijn soeverein gezag. Vervolgens vermeldt hij een elftal categorieën waaronder de opgenomen verordeningen zijn te brengen. In de uitgave wordt overigens in plaats van opgenomen of geselecteerde documenten in navolging van het Franse 'documents retenus' van 'weerhouden documenten' gesproken, een terminologie die op het eerste gezicht wellicht (voor Nederlandse lezers) verwarring kan wekken.

Het gaat bij de documenten steeds om ofwel verordeningen uitgaande van Filips de Goede zelf, ofwel om normgevende uitspraken van de Raad van Brabant, die door de hertog bevestigd worden. Om de

3 M. Stout, *EU: Papacy Reincarnated?*, Maastricht 2005.

gemaakte afbakening te verduidelijken plaatst Godding tegenover elf categorieën van opgenomen documenten vijf categorieën documenten, die niet zijn opgenomen. Het begrip verordening blijkt – gelukkig – ruim te zijn geïnterpreteerd: ook privileges en octrooien betreffende steden en landelijke gemeenschappen, alsmede verdragen met vreemde vorsten en steden zijn er onder begrepen. Maar het blijft soms moeilijk te bepalen of een document nu wel of niet onder de criteria voor opname valt. Zo zijn bijvoorbeeld regelingen opgenomen met betrekking tot het turfsteken op de gemene gronden in Tilburg en Goirle (nr. 77) en met betrekking tot het jagen in de waranden in de Meierij van 's-Hertogenbosch (nr. 236). Daarentegen zijn niet opgenomen bevelen van de hertog, daterend uit respectievelijk 5 januari 1448 en 8 juni 1455, om zandverstuivingen op de vroenten en gemeenten in de Meierij van 's-Hertogenbosch tegen te gaan. De eerste van deze beide wordt in de inventaris van het archief van de stad 's-Hertogenbosch⁴ en andere bronnen omschreven als een verordening, de tweede als een bevel aan de rentmeester van de Meierij. Godding heeft, denk ik, toch terecht geen van beide opgenomen. Tussen beide teksten bestaat zodanig grote overeenkomst, dat ook eerstgenoemde niet als verordening volgens de door hem gehanteerde definitie kan worden gekwalificeerd, maar de grens tussen deze bevelen en verordeningen is zeer dun.

Er is nog weinig onderzoek gedaan naar de wetgeving van de hertogen van Brabant vóór Filips de Goede evenmin als naar die van Filips de Goede zelf. In het korte hoofdstuk over de wetgeving als weerspiegeling van het hertogelijk beleid geeft Godding een eerste, zij het helaas uitermate summier, indruk van wat de uitgegeven teksten zoal laten zien. Hier liggen voor historici, op wie de uitgave vooral gericht is, de thema's voor het oprapen die met behulp van de bronnenuitgave kunnen worden uitgediept: bijvoorbeeld de fiscale wetgeving van de hertog, het ingrijpen in de macht van de (hoofd)steden, de verhouding tussen de hertog en de verschillende standen, de effectiviteit van de regelingen enz., enz.

De diplomatische kenmerken van de documenten worden hoofdzakelijk in het algemeen beschreven. De documenten zijn vooral in de vorm van patentbrieven en in mindere mate van mandementen gesteld. Bij de afzonderlijke documenten wordt vol-

staan met de aanduidingen origineel, copie en vidimus, uitgave en vermelding. Bij de originelen worden alleen de gegevens over het zegel en de zegelstaart vermeld. Dorsale aantekeningen blijven in beginsel buiten beschouwing.

Indien een origineel ontbrak, is het beste afschrift gebruikt voor de transcriptie. Indien afschriften zijn gebruikt, zijn de paginaovergangen aangegeven. Voor de vergemakkelijking van het gebruik zijn inhoudelijke overgangen door nieuwe alinea's aangegeven en zijn de bepalingen van de verordeningen genummerd. Er worden geen spellingsvarianten aangegeven en afkortingen zijn naar beste vermogen opgelost.

Boven elk document is een regest in het Frans opgenomen en aan het eind treft men ook nog zowel in het Frans als in het Nederlands een chronologische lijst van de verordeningen, met de plaats van uitgave en een korte aanduiding van het onderwerp. Tevens heeft men via indexen op personen, plaatsen en zaken een ingang op de verordeningen. Volop ingangen derhalve voor velerlei typen van onderzoek en onderzoekers. Voor de ligging van de plaatsen kan men de toegevoegde kaartjes van het hertogdom Brabant in de vijftiende eeuw en van het hertogdom Limburg en de Landen van Overmaas raadplegen.

In het archiefwezen gaan de ontwikkelingen de laatste jaren snel. Voor de vindplaatsverwijzingen zijn de verschillende nieuwe Rijksarchieven in België en het tot Nationaal Archief omgevormde Algemeen Rijksarchief in Den Haag meegenomen. Er wordt echter nog wel verwezen naar de Rijksarchieven in Noord-Brabant en in Limburg, die intussen niet meer onder deze naam bestaan. Sedert 2005 zijn zij opgevolgd door de openbare lichamen Brabants Historisch Centrum (om het eenvoudig te maken thans Brabants Historisch Informatie Centrum (BHIC) genoemd) en Regionaal Historisch Centrum Limburg. En ook het Stadsarchief Bergen op Zoom is inmiddels Regionaal Historisch Centrum Bergen op Zoom geworden.

Van de 351 (plus 1 in een bijlage) verordeningen zijn er 58 alleen vermeld, ofwel (31) omdat het algemene verordeningen betreft, die in een afzonderlijk deel zullen verschijnen, ofwel omdat het om documenten gaat waarvan de tekst niet bewaard is gebleven, dan wel omdat de tekst in een ander document is opgenomen.

Meer dan 10% van de verordeningen betreft het noordelijk deel van het hertogdom Brabant en vrijwel

⁴ Jozef Hoecx en Valentijn Paquay, *Inventaris van het archief van de stad 's-Hertogenbosch 1262-1810* (2 dln.; 's-Hertogenbosch z.j.), deel B, 732.

eenzelfde percentage het hertogdom Limburg en de Landen van Overmaas, zodat deze uitgave ook voor het hedendaagse Nederlandse territoir een belangrijke bron is. Juist waar verordeningen voor verschillende delen van het hertogdom nagenoeg gelijktijdig zijn uitgevaardigd, kan men bovendien door deze chronologische uitgave de in de afzonderlijke lokale archieven verwijzende oorkonden in een breder perspectief zien. Godding zelf heeft dat meer dan vijftig jaar geleden al eens gedaan in zijn 'Les conflits à propos des lettres échevinales des villes brabançonnaises (XVe-XVIIe siècles)'.⁵ Dat de interpretatie van deze bronnen een moeilijke materie blijft, blijkt uit de herziening van enige regesten van de verordeningen hieromtrent en de speciaal toegevoegde noten bij de nummers 304 en 305, die kennelijk noodzakelijk bleken.

Eigenlijk blijft er nog maar een belangrijke wens over: te weten, dat deze en andere bronnedities uit de Verzameling van de verordeningen der Nederlanden ook digitaal beschikbaar zullen komen voor, grensoverschrijdend, historisch onderzoek.

Tilburg

B.C.M. Jacobs

Machiel Bosman, *Het weeshuis van Culemborg 1560 – 1952*. Amsterdam: Atheneum – Polak & Van Gennep, 2005. 291 p., geïll. ISBN 90 253 03250, € 17,50.

Met dit boek is de omvangrijke historische literatuur over vroegere weeshuizen hier te lande wederom verrijkt met een vlot geschreven en belangwekkende monografie, waarin zowel de hoofdlijnen als tal van boeiende details van de geschiedenis van het – sinds de Bataafse tijd aldus genoemde – Elisabeth Weeshuis te Culemborg trefzeker en in een gelukkige mengverhouding geschetst worden. Gesticht in 1560 op basis van een vorstelijk legaat van Elisabeth van Culemborg (1475-1555), de laatste erfdochter van het gelijknamige geslacht, bestond het als zorginstelling tot in 1952, toen voor de laatste in het huis verblijvende (half)wees een vervangend gezin gezocht en gevonden werd. De thans nog steeds bestaande Stichting Elisabeth Weeshuis richt zich de facto op het lenigen en verlichten van allerlei sociale en culturele noden in Culemborg en omstreken alsook in

arme landen met een voorkeur voor kindverzorgprojecten.

In de drie substantiële hoofdstukken, die de hoofdmoot van deze studie uitmaken, worden even zovele perioden van de geschiedenis van deze instelling beschreven, respectievelijk die van de oprichting en de al spoedig daarna door de opstand en de Reformatie teweeggebrachte veranderingen, dan de lotgevallen van dit weeshuis in de 17de en 18de eeuw, toen het graafschap Culemborg 'een vrijstaat te midden van de Republiek was' (p. 82), en vervolgens die in de Bataafs-Franse tijd, de negentiende en de eerste helft van de twintigste eeuw. Afsluitend wordt in een beknopte epiloog de jongste geschiedenis van de stichting sinds de vijftiger jaren nog even aangestipt.

In de genoemde hoofdstukken passeren vele aspecten van en gebeurtenissen in de geschiedenis van het Culemborgse weeshuis de revue: de 'fundatiebrief' van 1560 en de zeer uiteenlopende, soms zelfs onderling tegenstrijdige latere interpretaties daarvan, de samenstelling en het fungeren van het bestuur (de 'protectoren'), de verhouding tussen de weeshuisbestuurders en de stedelijke magistraat (die in de zeventiende en achttiende eeuw in personele zin veelal goeddeels samenvielen), het personeel (onder wie de rentmeester, de binnenvader en -moeder, van wie sinds de negentiende eeuw de eerste hervormd, de tweede katholiek moest zijn!), de landerijen en het boerenbedrijf van het weeshuis ('de bouwerij'), de wezen (soms ook halfwezen), de criteria op het stuk van hun toelating en ontslag, allerlei facetten van het leven in het weeshuis zoals voeding, kleding, onderwijs, godsdienstige vorming, discipline en besmettelijke ziekten, de doorbraak van de toelating van katholieke wezen sinds 1800 en de moeizame strijd van de Culemborgse katholieken voor een gelijkgerechtigde positie in het bestuur in de negentiende eeuw, waarbij de aanvankelijke tegenstelling katholiek – liberaal allengs plaats maakte voor confessioneel – niet confessioneel.

Hoewel het hier een niet specifiek rechtshistorische studie betreft, worden nochtans ook de nodige juridische thema's ter sprake gebracht, zoals de onduidelijke status van het weeshuis onder het Ancien Régime – het karakter van (ongesubsidieerde) private stichting werd overschaduwd door de omstandigheid, dat de kopstukken van de stedelijke magistraat het bestuur vormden – en de wisselende status

van de instelling onder vigeur van de Armenwet 1854: aanvankelijk een bijzondere instelling, sinds 1889 een zogenoemde gemengde en sinds 1964, toen het door de stichting geëxploiteerde weeshuis al meer dan een decennium verdwenen was, wederom een bijzondere ... Zoals ook bij de politiek, sociaal-economisch en kerkelijk-confessioneel getinte onderwerpen het geval is slaagt de auteur er ook bij die juridische in zijn desbetreffende encadrerende

achtergrondinformatie zó te doseren, dat de lezer goed begrijpt waarom het ging zonder met een veelheid van bijzonderheden overladen te worden. Helaas worden de literatuurlijst en de lijst van geraadpleegde archivalia achterin het boek niet geflankeerd door indices.

Ellecom

O. Moorman van Kappen

Godding, La législation ducale en Brabant sous le règne de Philippe le Bon

Bij de Koninklijke Academie van België, Klasse der Letteren, verscheen een korte studie van Ph. Godding, *La législation ducale en Brabant sous le règne de Philippe le Bon (1430-1467)*. Bruxelles 2006. Dit is een korte studie, gebaseerd op de uitgebreide publicatie van dezelfde auteur over de Ordonnanties van Philips de Goede voor de hertogdommen Brabant en Limburg en de landen van Overmaas, een jaar eerder verschenen. Een bespreking van dit eerdere werk is opgenomen in dit nummer van *Pro Memoria*.

ECC

Iuris Scripta Historica nrs. 19 en 20

In de reeks *Iuris Scripta Historica* van de Koninklijke Vlaamse Academie van België verschenen de nummers 19 en 20: G. Martyn, D. Heirbaut en R. Opsommer (ed.), *De rechtsgeschiedenis van de twintigste eeuw. Handelingen van het contactforum (21 november 2003)...*, Brussel 2006 (ISBN 90-656-9027-1) en R. Lesaffer en G. Macours (ed.), *Sovereignty and the Law of Nations (16th-18th Centuries). Proceedings of the Colloquium organised at the Palace of the Academy, Brussels, 26 April 2002*, Brussel 2006 (ISBN 90-656-9028-X). Het eerste werk bevat kritische bijdragen over de meest recente rechtsgeschiedenis, zowel op het vlak van het vigerende publiek- en privaatrecht als op dat van de rechtstheorie. Het tweede is minder omvangrijk en bevat drie bijdragen, van P. van Peteghem, G. van Nifterik en M. Belissa. Het bevat studies over het volkenrechtelijk denken en soevereiniteit van de zestiende eeuw tot de Franse revolutie.

ECC

Koninkrijk Holland (1806-1810)

Het lijkt de moeite waard over enkele jaren eens te bezien wat de herdenkingen van vijf jaar Koninkrijk Holland hebben opgeleverd. Inmiddels is al een tweetal bundels met artikelen verschenen. Bij Verloren kwamen in 2006 achtereenvolgens uit Nederland in Franse schaduw. *Recht en bestuur in het Koninkrijk Holland (1806-1810)*, onder redactie van J. Hallebeek en A.J.B. Sirks (298 p.) en 'Het Koninkrijk Holland (1806-1810)', themanummer van *De Negentiende Eeuw. Documentatieblad Werkgroep 19^e eeuw* (30^e jrg. Afl. 3-4; 172 p.). De rechtsgeschiedenis is in deze laatste uitgave bepaald niet minder prominent aanwezig dan in de eerste.

Nederland in Franse schaduw bevat, afgezien van de inleiding van de redactie (tevens organisatoren van het gelijknamig congres in Amsterdam), bijdragen over de volgende onderwerpen: 'Familiepolitiek' van Napoleon I (J.-L. Harouel); Constitutie voor het K.H. (A.H.M. Dölle); Grondrechten (J.M. de Meij); Regeling der godsdiensten (D.J. Schoon); Belastingen (O.I.M. Ydema); Waterstaat (G.P. van de Ven); Schoolwet 1806 (J.F.A. Braster); Lokaal bestuur (R.E. de Bruin); Crimineel Wetboek (O. Moorman van Kappen); Wetboek Napoleon K.H. (F. Brandsma); K.H. en Oost-Indië (N.S. Eftymiou); Het Koninkrijk Westfalen, 1807-1813 (Chr. Hattenhauer).

In 'Het Koninkrijk Holland' treffen we aan: Staats- en natievorming (A. Jourdan); Het einde van de republikeinse politiek (W.R.E. Velema); Codificatie en staatsvorming (P. van den Berg); Lodewijk Napoleon als wetgever en uitvoerder (J. Roelevink); Reorganisatie van de rechterlijke macht (M.W. van Boven); Staatsfinanciën (W. Fritschy); Nationaal Lager onderwijs (M. van der Burg); Krijgsmacht (J. Gabriëls); Continentaal stelsel (J. Joor); Nederlanders in Parijs 1806-1810 (W. Frijhoff); Beeldvorming van Lodewijk Napoleon tijdens de Restauratie (M. Lok); Lodewijk Napoleon als wegbereider van Willem I? (I. de Haan en J. van Zanten).

SF

Gevangendoor

Onder de titel *Zeven eeuwen Gevangendoor. Van Voortpoort van het Hof tot museum* verscheen in 2007 bij Primavera Pers te Leiden een rijk geïllustreerd en gedocumenteerd boek over dit monument waar jaarlijks alleen al vele duizenden schoolkinderen griezelveermaak en lering komen opdoen (222 p.). Onder redactie van G. Snel brengen J. van der Hoeve, R. van Lit en J. Zijlmans ons op de hoogte van de verschillende functies die het gebouw in de loop der tijd heeft gehad en van de gebruiks- en bouwgeschiedenis ervan. Daarbij is ook over de diverse 'betrokkenen' zoals gedetineerden, personeel, gepijnigden, maar ook bezoekers, gidsen en beheerders en kunsthistorici heel wat te vinden.

SF

OVER DE AUTEURS VAN DE ARTIKELEN

Dr. Kees Cappon is universitair hoofddocent rechtsgeschiedenis aan de juridische faculteit van de Universiteit van Amsterdam. E-mail: c.m.cappon@uva.nl

Drs. B. Coppein is als assistent rechtsgeschiedenis verbonden aan de K.U.Leuven. Hij bereidt een proefschrift voor over het rechtsdenken van de Belgische advocaat en rechtsgeleerde Edmond Picard (1836-1924) in Belgisch en Europees perspectief. E-mail: bart.coppein@law.kuleuven.be

Mr. drs. L.J. (Bèr) Deuss is partner in Albersen verhuur v.o.f., gespecialiseerd in individueel beheer van rechten van serieuze muziek. Hij studeerde geschiedenis in Nijmegen en culturele antropologie aan de Universiteit van Amsterdam. Einde 2005 behaalde hij zijn Master Informatierecht aan het IvIR te Amsterdam. Onlangs verscheen bij de Walburg Pers zijn boek *Groot en klein recht. Muziekauteursrecht: individueel en collectief beheer*. E-mail: p.deuss@chello.nl

Prof. mr. Frank Keverling Buisman was achtereenvolgens directeur van de rijksarchieven in Drenthe (1980-1987) en Gelderland (1987-2002) en aansluitend van het Gelders Archief (2003-2006). Hij promoveerde in 1986 op een rechtshistorisch-codicologisch proefschrift (*De Etstoel en zijn ordelboeken in de vijftiende eeuw*) aan de Rijksuniversiteit Groningen. Sinds 1999 is hij bijzonder hoogleraar Oud-Vaderlands Recht aan de universiteit van Amsterdam vanwege de Stichting tot Uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlands Recht. E-mail: frankkb@tiscali.nl

Prof. mr. P.L. Nève is emeritus-hoogleraar in het Romeins recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en in de Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit van Tilburg. E-mail: pl.neve@planet.nl

Mr. D. Peeperkorn was tot 1992 advocaat te Amsterdam. Daarna was hij lid van de rechterlijke macht, laatstelijk vice-president van het Gerechtshof Amsterdam. E-mail: peeperkorn@solcon.nl

Mr. Marijke Reinsma was tot 2000 raadgever bij het ministerie van Justitie (directie wetgeving, sector privaatrecht) en was daar onder meer belast met het auteursrecht. Zij werkt nu als zelfstandig adviseur, met als specialisme auteursrecht.

Dr. mr. R.M. Verhoogt studeerde rechten en kunstgeschiedenis aan de Vrije Universiteit in Amsterdam en promoveerde in 2004 op het proefschrift *Kunst in reproductie. De reproductie van kunst in de negentiende eeuw en in het bijzonder van Ary Scheffer (1795-1858), Jozef Israëls (1824-1911) en Lourens Alma-Tadema (1836-1912)*, UvA (in de zomer van 2007 zal een handeseditie in het Engels verschijnen). Hij werkt momenteel als senior beleidsmedewerker bij de Directie Cultureel Erfgoed van het Ministerie van OCW en is voorzitter van Studiecommissie voor de geschiedenis van het auteursrecht. E-mail: r.m.verhoogt@minocw.nl

Prof. mr. J.Th. de Smidt doceerde in de jaren 1956-1988 onder meer Oud-Vaderlands Recht aan de Universiteit van Amsterdam en de Universiteit van Leiden. E-mail: j.th.de.smidt@hetnet.nl

INHOUD Pro Memorie 9 (2007), aflevering 1

Redactioneel	Sjoerd Faber	1
Artikelen		
D. Peepkorn	Over oordelen en begrijpen. Enkele opmerkingen over het handwerk van rechter en historicus	3
Marijke Reinsma	Van kopijrecht naar auteursrecht	18
Robert Verhoogt	Kunst, reproducties en de Auteurswet van 1881	33
L.J. Deuss	Het muziekuitvoeringsrecht en de Auteurswet van 1881	49
D. Peepkorn	Douwes Dekker vs mr. J. van Lennep revisited	62
Kees Cappon	De langstlevende echtgenoot in het Oud-Vaderlands recht. Bewondering en verbazing bij een opmerkelijk proefschrift	81
Bart Coppein	'Un appareil concasseur et triturateur'. De kritiek van Edmond Picard op de wetgevende macht in België in de tweede helft van de negentiende eeuw	91
Frank Keverling Buisman	Een 'vereering' voor prof. dr. P. Gerbenzon	111
J.Th. de Smidt	Herinneringen bij de presentatie van Joggli Jelhuisen, <i>Sans égards</i> . Prof. mr. A. Pitlo en zijn conflicten met Joodse juristen (2007)	113
Gretha Donker (ed.)	De biografie van mr. J.A. Schorer. Toespraken bij de presentatie door auteur Th. van der Meer en familielid D.M. Schorer	118
P.L. Nève	Nieuws over de Rijkshofraad (vervolg)	125
Recensies		
F. Jaspers, R. Pasma en E. Witjens (red.), <i>Historische rechtszaken</i> (Kees Cappon) 127; C. de Boer en J.W. Sap (red.), <i>Constitutionele bronnen van Nederlandse Rechtsgeschiedenis</i> en H. Battjes en B.P. Vermeulen (red.), <i>Constitutionele klassiekers</i> (E.C. Coppens) 128; Philippe Godding (éd.), <i>Ordonnances de Philippe le Bon pour les Duchés de Brabant et de Limbourg et les Pays d'Outre-Meuse 1430-1467 / Verordeningen van Filips de Goede voor de hertogdommen Brabant en Limburg en de Landen van Overmaas 1430-1467</i> (B.C.M. Jacobs) 129; Machiel Bosman, <i>Het weeshuis van Culemborg 1560 – 1952</i> (O. Moorman van Kappen) 131		
Signalementen		133
Over de auteurs van de artikelen		