

PM

# Pro Memorie

Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden

JAARGANG 14 (2012)

AFLEVERING I



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

## Pro Memorie. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden

De Stichting Oud-Vaderlands Recht geeft sinds 1999 *Pro Memorie. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden* uit als opvolger van de in de jaren 1879-1999 gepubliceerde *Verslagen en Mededelingen*.

*Pro Memorie* is een peer reviewed tijdschrift. Een bijdrage wordt opgenomen na beoordeling volgens de principes van double blind peer review.

*Pro Memorie* bevat naast artikelen over de rechtsgeschiedenis van de oude Nederlanden en de voormalige overzeese vestigingen van Nederland en België ook recensies en aankondigingen (van dissertaties, oraties en specifiek rechtshistorische monografieën), kronieken (korte overzichten van activiteiten), interviews, necrologieën en beknopte biografieën van belangrijke rechtshistorici uit het Nederlandse taalgebied. Het werkterrein van *Pro Memorie* sluit aan bij dat van de Stichting Oud-Vaderlands Recht, maar doordat het tijdschrift zich nadrukkelijk ook op de zuidelijke Nederlanden richt, beslaat het een ruimer gebied. Het staat wel open voor studies op het terrein van het gereciperde geleerde recht, maar zal geen bijdragen bevatten betreffende het Romeinse en het canonieke recht, behalve als deze direct betrekking hebben op de Nederlanden. *Pro Memorie* richt zich dus ook niet op dezelfde doelgroep als het *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*.

*Pro Memorie* wordt uitgegeven onder auspiciën van de Stichting tot Uitgaaf der bronnen van het Oud-Vaderlands Recht door Uitgeverij Verloren te Hilversum. Het tijdschrift wordt toegezonden aan alle contribuanten van de Stichting OVR.

De onafhankelijkheid van de redactie wordt gewaarborgd door het Redactiestatuut.

Contribuant van OVR Contribuant van OVR wordt men door zich te abonneren op *Pro Memorie*. U kunt dat doen door te bellen, schrijven of mailen naar:

Uitgeverij Verloren, Torenlaan 25, 1211 JA Hilversum  
tel.: 035-6859856 E-mail: [bestel@verloren.nl](mailto:bestel@verloren.nl) [www.verloren.nl](http://www.verloren.nl)

### Redactie

Prof.dr. T.J. Veen †, initiator en eerste hoofdredacteur; prof.dr. A.M.J.A. Berkvens (Universiteit Maastricht), hoofdredacteur Nederland; prof.dr. G. Martyn (Universiteit Gent), hoofdredacteur België; dr. P. Brood (Nationaal Archief Den Haag), redactiesecretaris; prof.dr. C.M. Cappon (Universiteit van Amsterdam); prof.dr. S. Dauchy (Université Lille 2); prof.dr. B.C.M. van Erp-Jacobs (Universiteit Tilburg); prof.dr. D. Heirbaut (Universiteit Gent); prof.em.mr. P.L. Nève (Universiteit Tilburg en Radboud Universiteit), erelid; prof.dr. E. Put (Katholieke Universiteit Leuven en Rijksarchief Leuven); prof.dr. C.H. van Rhee (Universiteit Maastricht); prof.dr. J.S.L.A.W.B. Roes (Radboud Universiteit)

### Uitgever

Uitgeverij Verloren, Torenlaan 25, 1211 JA Hilversum  
[www.verloren.nl](http://www.verloren.nl)  
e-mail: [info@verloren.nl](mailto:info@verloren.nl)  
Stichting OVR  
[www.rechtsgeschiedenis.org](http://www.rechtsgeschiedenis.org)

### Foto omslag:

*Jugement de Cambyse* van Philippe de Corbehem, Duinkerke, Musée des Beaux-Arts (© Direction des Musées de Dunkerque, MBA, Ph. Jacques Quecq D'Henriprêt).

Jaarcontributie €35,-

Losse nummers: de prijs wordt per aflevering vastgesteld. De prijs van dit nummer is €20,-

ISSN 1566-7146

## REDACTIONEEL

L.S.,

Twee Nederlandse rechtshistorici nemen een belangrijke plaats in deze eerste uitgave van de veertiende jaargang in. In de reeks interviews met rechtshistorici uit de Lage Landen krijgt nu Felix Wubbe het woord. Ondanks het feit dat hij vele jaren in het buitenland woonde en werkte, wordt hij toch gerekend tot de vooraanstaande Nederlandse hoogleraren Romeins recht. De andere rechtshistoricus is Henk Hoetink. Weliswaar is hij al in 1963 overleden, maar de verschijning van een intellectuele biografie over hem is voor Kees Cappon aanleiding deze bijzondere geleerde in de schijnwerpers te zetten.

Inhoudelijk duiken de auteurs in deze aflevering van *Pro Memorie* diep in het verleden van de Nederlanden. Dirk Heirbaut vraagt zich af of de vroege feodaliteit in de Lage Landen een en ondeelbaar in alle vorstendommen was. Kees Kuiken is bezig met een promotieonderzoek naar de bezits- en rechtsverhoudingen in en om Het Bildt, een van de noordelijkste streken van Nederland, in Friesland. De Vlaamse historica Inge Van Bamis heeft zich verdiept in de zestiende-eeuwse remissiebriefven en beschrijft welke veelbelovende bron deze documenten vormen voor verschillende soorten historisch onderzoek.

Meer op de hedendaagse periode richten zich Janwillem Oosterhuis en Bruno Debaenst, zij het ieder met een geheel eigen onderwerp. Oosterhuis is bijzonder geïnteresseerd in het negentiende-eeuwse legisme en bekeek in dit verband de nakoming in huwelijks- en handelsrecht. Wanneer maakte de bedoeling van de wetgever plaats voor de letter van de wet? Bruno Debaenst beschrijft een bijzondere avond rondom Paula Marckx, de vrouw die dankzij een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onsterfelijk geworden is.

De rechtsiconografie heeft ook weer een plaats gekregen. Deze keer beschrijft Georges Martyn 'Het oordeel van Cambyses', een van de meest tot de verbeelding sprekende gerechtigheidstaferelen.

De aflevering sluit af met enkele recensies.

Louis Berkvens, hoofdredacteur Nederland  
Georges Martyn, hoofdredacteur Vlaanderen  
Paul Brood, redactiesecretaris

## EENS EEN NEDERLANDER, ALTIJD EEN NEDERLANDER RECHTSHISTORICI UIT DE LAGE LANDEN (12): INTERVIEW MET FELIX WUBBE

### **Van het gymnasium in Den Haag naar de universiteit van Leiden**

Ik ben geboren in Den Haag op 31 januari 1923 en ben daar op het gymnasium geweest bij de jezuïeten. Dat was een prachtige tijd waarin ik ontzaglijk veel geleerd heb, met name Grieks en Latijn. Het laatste jaar hadden we negen uren Grieks en negen uren Latijn per week, enorm. Waarschijnlijk is dat ten koste gegaan van andere vakken. Eindexamen heb ik gedaan in 1940. Dat was net toen we bezet werden door de Duitsers. Schriftelijk was nog voor en mondeling na die eerste oorlogsdagen.

En toen was de vraag: ‘Wat zal ik nu gaan doen?’ Het idee was dat ik klassieke letteren zou gaan studeren, daar had ik ook zin in. We woonden in Den Haag en ik zou in Leiden gaan studeren, op en neer rijden met de trein. Ik zou dus geen kamer in Leiden hebben. Toen ik daar aankwam, wist ik van niets, ik was nog nooit in Leiden geweest. Ook kende ik die stijl niet, de manier van doen. Ik was 17. Mijn vader had indertijd in Utrecht gestudeerd, geschiedenis, maar dat was al lang geleden. Ik ben in Leiden aangekomen in september 1940 en moest daar als het ware mijn weg zoeken.

Maar goed, de colleges begonnen in oktober 1940, en geleidelijk aan raakte ik daar een beetje gewend. Dat duurde maar heel kort, omdat al in november 1940 de maatregel van de Duitsers kwam tegen de Joodse professoren. Zij werden ontslagen en dat was de aanleiding tot de rede van Cleveringa.<sup>1</sup> Ik ben een van de weinigen nog in leven die de rede van Cleveringa hebben meebeleefd. In feite had ik daar niets te zoeken, maar een student gaf het consigne: ‘Allemaal naar het Groot Auditorium’. Daar was ik nog nooit geweest. Maar toen kwam ik dus in dat Groot Auditorium, een soort kerk. Het was er vol. Ik merkte dat er iets gewichtigs aan de gang was. In het begin kon ik het niet goed verstaan. Maar daar vertelde een spreker met een soort heesachtige stem en met wat wij een Fries accent noemden – met de n op ’t eind, kunnen komen en zo –, dat de Duitse bezetter de Joodse professoren – uiteindelijk maar één als ik het goed begreep – ontslagen had. Naarmate het uur vorderde begon ik te begrijpen dat ik een evenement beleefde; daar stond iemand publiekelijk te protesteren tegen maatregelen van de bezetter. En je voelde de spanning als het ware stijgen, er stond nog wat te gebeuren. Wordt die man straks gearresteerd, of hoe zal dat aflopen? Hij maande uiteindelijk tot kalmte: ‘Doe geen domme dingen, want je weet niet wat

<sup>1</sup> Op 26 november 1940 hield prof. mr. R.P. Cleveringa (1894-1980), hoogleraar handelsrecht en burgerlijk procesrecht te Leiden van 1927 tot 1958, een rede in het Groot Auditorium als protest tegen het ontslag van prof. mr. E.M. Meijers (1880-1954), hoogleraar burgerlijk recht en internationaal privaatrecht te Leiden van 1910 tot 1954, omdat deze joods was.

Felix Wubbe op de SIHDA in Freiburg, 2008. Foto: Mancuso.



er dan gaat gebeuren'. Toen het uur voorbij was, werd een geweldig Wilhelmus gezongen. Spontaan. 'De tirannie verdrijven', nietwaar, dat staat in het zesde couplet. En toen vroeg ik: 'Wie was dat, ik ken hem niet'. Dat was de rede van Cleveringa. Het stond niet in de krant; je hoorde het niet op de radio; wie er niet geweest was, die wist het niet. Ik heb dagen later een zesde doorslag gekregen, die bijna niet meer te lezen was.<sup>2</sup> Die moest ik dan weer doorgeven natuurlijk. Ik heb die rede nooit meer in handen gehad nadien. Maar voor mij was het in Leiden afgelopen. De universiteit werd gesloten. Het was dus maar een heel korte tijd dat ik in Leiden normaal student geweest ben.

### Gedwongen tewerkstelling in Duitsland en ondergedoken in Nederland

Niemand wist hoe het nu verder zou gaan. Ik heb eerst thuis gezeten en met dispuutgenoot een jaar gewerkt (Homerus). Daarna heb ik in Utrecht nog ongeveer anderhalf jaar gestudeerd. Maar toen kwam die maatregel van de Duitsers tegen de studenten.<sup>3</sup> Ik ben bijna een jaar in Duitsland geweest als dwangarbeider. Eerst bij Siemens in Berlijn, daarna via allerlei manipulaties en hulp van anderen heb ik mezelf weten te verplaatsen naar het bekende kledingmagazijn Peek & Cloppenburg, waar ik textielbonnen moest opplakken. Vandaar

<sup>2</sup> De tekst was op een schrijfmachine getypt, waarbij met behulp van carbonpapier op dun doorslagpapier kopieën werden gemaakt. Daar de aanslag steeds zwakker werd door de dikte, werden de doorslagen ook steeds slechter leesbaar naarmate ze meer onder lagen. De zesde doorslag betekent: de doorslag die als zesde, onder het zesde carbonpapier, onder het papier ligt waarop getypt wordt.

<sup>3</sup> Dit was de zogenaamde loyaliteitsverklaring. In april 1943 eiste de bezetter van de studenten dat ze een verklaring zouden ondertekenen waarbij ze beloofden zich van acties tegen de bezetter te onthouden. Wie die niet tekende, werd geacht werkloos te zijn en als zodanig in aanmerking te komen voor de *Arbeitseinsatz*, dit wil zeggen dwangarbeid verrichten in Duitsland. Zeer weinigen tekenden.



Jeugdfoto's van Felix Wubbe.

uit heb ik mezelf weggeorganiseerd. Ik kon aardig Duits, dat hielp. Want er waren veel buitenlandse arbeiders, Polen, Fransen, die geen woord Duits konden. Ik heb mezelf een *Urlaub* bezorgd. Dat ging toen in zekere zin gemakkelijk, omdat de firma een aanvraag kon doen en ik in het *Arbeitsamt* in Berlijn, op de etage voor *Firmenvertreter*, vervolgens mijn eigen verlof kon aanbevelen. Een dubbele positie dus: beneden was ik de arbeider die verlof vroeg en op de vierde etage was ik de *Firmenvertreter* die het aanbeval.

Op die manier kon ik dus naar Nederland komen. Toen ben ik ondergedoken in een psychiatrische kliniek. Dat was ook een avontuur. De directeur-geneesheer wist wie de werkelijke patiënten waren en wie niet. Ik deelde met een jongen een kamer en dacht dat hij net zo iemand was als ik. Naderhand, toen de oorlog afgelopen was, moesten de echte patiënten blijven en konden de anderen weg. De jongen die ik al die tijd als een normale student beschouwd had, moest blijven.

In de zomer van 1944 vond de invasie plaats,<sup>4</sup> de aanslag op Hitler, in juli '44, en dan Dolle Dinsdag.<sup>5</sup> Iedereen dacht dat de geallieerden eraan kwamen. Ik weet dat ik op straat stond en iedereen zei: 'Ze zijn Dordrecht voorbij, haal de vlag maar van de zolder.' Maar na

4 De invasie in Normandië op 6 juni 1944.

5 Op dinsdag 5 september 1944.



de operatie *Market Garden*, de mislukte landing, een *bridge too far*,<sup>6</sup> kwam de lange hongerwinter. Dat was verschrikkelijk. Geen eten, geen licht, geen stroom, geen warmte. Wij in West-Nederland zijn het allerlaatst bevrijd, op 8 mei.

Geleidelijk had ik mij de vraag gesteld wat ik verder zou doen. Mijn hoofd stond absoluut niet meer naar studie, want ik had zo veel andere dingen meegemaakt: Berlijn, de bombardementen, de hongerwinter. Bovendien had ik intussen een verloofde en we wilden trouwen. Ik moest zien dat ik een baantje kreeg. Ik ben terechtgekomen in een confectionbedrijf, in een atelier met twintig meisjes die aan naaimachines zaten en mantels fabriceerden. Ik hoefde die niet te verkopen, want de verkoop ging vanzelf. In die tijd was er schaarste, nietwaar. Ik moest ervoor zorgen dat het bedrijf stoffen kreeg. Je hoefde er geen verstand van te hebben. Alles wat je kon krijgen was goed genoeg. Ik heb er geweldig mijn best voor gedaan om dat bedrijfje voortdurend van stoffen te voorzien: wollen stoffen uit Tilburg, katoen uit Twente ... Toen het bedrijf de concurrentie niet meer aankon, was ik ook uitgepraat. Hoe nu verder?

### Rechtenstudie in een recordtijd en assistent bij Feenstra

Toen werd me gezegd: 'Jij moet weer naar de universiteit. Jij moet studeren, daar ben je in feite voor gemaakt.' Maar hoe? Want ik zou niks verdienen. Mijn schoonvader heeft ons toen geholpen: 'We zullen je ondersteunen, maar je moet wel opschieten. Het moet vlug gaan.' Het enige dat vlug gaat is rechten. Allerlei mensen gaven me raad: 'Je moet geen colleges volgen, daar heb je geen tijd voor. Je moet met repetitoren werken.' Na overleg met mijn vrouw heb ik toen ja gezegd. Zij zorgde voor het groeiende gezin, ik moest vlug werken om zo gauw mogelijk de juridische studie achter de rug te hebben. Dat was werkelijk een merkwaardige tijd. We woonden toen in Gouda. Ik zag geen enkele professor, geen enkele student. Alleen bij repetitoren was ik klant. En het is gelukt. In de zomer van 1952 ben ik voor de tweede keer in Leiden aangekomen, twaalf jaar na de eerste keer, toevallig tegelijk met Robert Feenstra.<sup>7</sup>

Toevallig. Maar hij was al drie jaar professor geweest en ik was nul. Ik wist ook niets. Geen jurist in de familie, niets. Ik zal wel vrij goed geweest zijn, want eind januari 1955 was ik meester in de rechten en ik werd onmiddellijk assistent bij Robert Feenstra. Ik had een behoorlijke doctorale scriptie geleverd over de *societas ercto non cito*. Twee jaar geleden heb ik die weer eens teruggezien. Ik kan hem nu lezen als was het werk van een ander, vijftig jaar later. Niet slecht, moet ik zeggen. Ik werd dus assistent bij Robert Feenstra in februari '55. Mijn opgave was les te geven. Robert had mij uitdrukkelijk gezegd dat dat niet zijn sterkste zijde was en dat ik mij daarop moest toeleveren. Robert gaf natuurlijk college en werkwit-

6 Het mislukte offensief om de brug over de Rijn bij Arnhem te bemachtigen, dat op 17 september 1944 begon.

7 Zie Th. Veen en D. Heirbaut, 'Rechtshistorici uit de Lage Landen (5): interview met R. Feenstra', *Pro Memorie*, 2003, 3-38.

tingen voor liefhebbers, maar hield zich voornamelijk met *Forschung* bezig. Ik ben zes jaar en acht maanden bij hem assistent geweest.

Waarin bestond dat assistentschap? Allereerst misschien: waarin bestond het niet? Geen enkele maal ben ik betrokken geweest bij Roberts wetenschappelijk werk, nooit een boek gezocht of gehaald, nooit een tekst gekopieerd, nooit een voetnoot gemeubileerd of geverifieerd, niets van dat alles, dat deed Robert allemaal zelf, alleen. Wat dan wel? College geven, in de grote zaal van het Gravensteen, in het Academiegebouw in het Klein Auditorium, in de nu zo geheten Meijerszaal en in een zaal beneden aan de tuinkant waar nu de club is. Maar vooral en steeds meer werkgroepen in het Gravensteen, dat wil zeggen Digestenteksten behandelen. Geen enkele maal heeft Robert me gecontroleerd. Nooit heb ik verslag moeten doen. Hij liet me begaan, mijn eigen stijl vormen en ontwikkelen. Voor dat vertrouwen ben ik hem immens dankbaar, want zo ben ik mezelf kunnen worden. En hij liet me aan mijn dissertatie werken. Hij heeft bevorderd dat ik ruimschoots in Duitsland heb kunnen werken. Echt samen deden we maar weinig. In de studeerkamer aan de Van Slingelandtlaan hebben we Digestenteksten uitgezocht voor de schriftelijke examens en vragen geformuleerd. Tijdens de examens heb ik gesurveilleerd. Het corrigeren van de ‘werkjes’ deed hij weer helemaal alleen. Wel hebben we een tijd lang samen mondelinge examens afgenomen, ieder tien minuten.

Witkam was de naam van die repetitor van het Romeinse recht.<sup>8</sup> Hij gold als *incontournable*. Dat was natuurlijk een mythe. Ook hij wist niet wat Robert Feenstra zou gaan betekenen, hij was totaal ingeschoten op zijn voorganger Van Oven.<sup>9</sup> Over hem was een aardig verhaal in omloop. De examens in juli ’52 waren de laatste van Van Oven. Witkam – dat vertel ik nu, maar ik heb het niet zelf meegemaakt – zei: ‘Dat gaan we voorbereiden, die laatste examens van Van Oven.’ Hij had een lijstje van de kandidaten en had gezegd: ‘De laatste, dat is een meisje. Wel, dat zal zo gaan. Van Oven zal zeggen: “Juffrouw, u bent nu de laatste die ik in mijn leven zal examineren. Zegt u nu maar eens waarover ik u zal ondervragen.” En dan moet u zeggen: de dos, de bruidsschat. Dat zal hij mooi vinden en dan zal hij zeggen: “Dat vind ik nou leuk, dat u daarover wilt geëxamineerd worden. Vertelt u maar eens ...” Dat gaan we nu op hooglans politoeren.’ De mensen vertellen dat het precies zo gelopen is als Witkam had voorspeld. Bij hem was de generale repetitie en bij Van Oven de uitvoering.

En toen kwam Robert Feenstra, een totaal andere figuur. Witkam moest nu leren hoe het met Feenstra zou gaan. (‘Meer zo iemand voor handschriften en bibliotheken.’) Witkam was zelf nooit afgestudeerd. Hij had alleen maar kandidaatsexamen gedaan en was

<sup>8</sup> H.J. Witkam (1914-1982) studeerde rechten en behaalde nog voor de oorlog zijn kandidaats, maar de oorlogsomstandigheden (zijn situatie geleek op die van Wubbe) maakten dat hij repetitor werd. Daarin werd hij befaamd (de anekdotes zijn talrijk). Hij heeft zich zeer verdienstelijk gemaakt door de bronnen van de geschiedenis van de Leidse universiteit in de zestiende eeuw te ontsluiten. Zijn huis was Rapenburg 21, zie *Leids Jaarboekje*, 1983, 27-29.

<sup>9</sup> Jules Christiaan van Oven (1881-1963), hoogleraar Romeins recht te Groningen (1917-1924) en te Leiden (1924-1952), zie F. Wubbe, ‘In memoriam Jules Christiaan van Oven’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1963, 524-529.



daarna gaan repeteren. De studenten riepen vanaf de overkant van het Rapenburg: ‘Witkam afstuderen!’ En als je examen gedaan had, moest je nog een keer bij hem komen, dan kreeg je een glaasje<sup>10</sup> en moest je vertellen hoe het examen geweest was. Een aparte wereld was dat.

Toen was ik bij Robert assistent. Hij heeft me les laten geven en hij heeft gezegd: ‘Voor je proefschrift moet je weg. Je kunt hier niet blijven zitten.’ Ik ben eerst met een Duitse beurs gedurende het zomersemester 1956 in Heidelberg geweest. Dat was een beetje heikel. Een gezin met jonge kinderen en dan maanden lang weg, dat is toch wel iets. Mijn vrouw heeft dat allemaal perfect beredderd. Het was prachtig in Heidelberg, bij Wolfgang Kunkel<sup>11</sup> en Ernst Levy,<sup>12</sup> de laatste een interessante man die in de oorlog in Amerika was geweest. Vóór de oorlog was hij de Romanist in Heidelberg. In ’36, toen de Jodenmaatregelen kwamen, al vóór de Reichkristallnacht<sup>13</sup> is hij naar Amerika uitgeweken en zo heeft hij de oorlog overleefd. Na de oorlog kon hij terugkomen, maar zijn leerstoel was intussen bezet door Kunkel. Hij woonde in Basel, wilde nooit meer in Duitsland wonen, maar kwam geregeld naar Heidelberg. Dan hadden we op zaterdagochtend een seminarie met Kunkel, met Levy en allerlei toekomstige professoren. Ik was de oudste in jaren, maar de minst ervaren van al die mensen: Pablo Fuenteseca,<sup>14</sup> Gerardo Brogginì,<sup>15</sup> Günther Jahr,<sup>16</sup> Hans Kiefner,<sup>17</sup> Joachim Rosenthal,<sup>18</sup> John Maurice Kelly ...<sup>19</sup> Ik vergeet zeker nog iemand. Zo’n zeven, acht mensen zaten rond de tafel in het instituut in Heidelberg. Heidelberg was niet kapot, niet gebombardeerd. De Amerikanen hadden – zo werd gezegd – Heidelberg nooit gebombardeerd, omdat ze daar zelf wilden zitten na de oorlog. Ik heb daar veel geleerd. Dat seminariebedrijf kende ik niet, dat bestond in Nederland niet. Ik ben ook een

10 Het waren glaasjes brandewijn.

11 Wolfgang Kunkel (1902-1981), hoogleraar Romeins recht en privaatrecht in Freiburg im Breisgau, Göttingen, Bonn, Heidelberg, promovendus van Ernst Levy, zie H. Coing, ‘In memoriam Wolfgang Kunkel’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1981, 3-16.

12 Ernst Levy (1881-1968) was hoogleraar Romeins recht en privaatrecht te Frankfurt, Freiburg im Breisgau en Heidelberg en van 1936 tot 1952 te Seattle. Hij emigreerde gedwongen in 1936, na zijn ontslag in 1935, naar de Verenigde Staten, zie W. Kunkel, ‘Ernst Levy zum Gedächtnis’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1969, 13-32.

13 De zogenaamde Reichskristallnacht vond plaats in de nacht van 9 op 10 november 1938 en was een door de nazi’s georganiseerde progrom tegen Joden. Vele Joden namen toen alsnog het besluit te emigreren. Maatregelen tegen de Joden waren al eerder uitgevaardigd, sedert Hitler aan de macht was gekomen. Het Reichsbürgergesetz van 1935 beroofde hen van alle burgerrechten – zo werd Levy in Heidelberg ontslagen –, waarbij het Frontkämpfergesetz nog enig bescherming bood. Levy was oudstrijder uit de Eerste Wereldoorlog.

14 Pablo Fuenteseca Diaz (1922-2009), hoogleraar te La Laguna in 1956, Salamanca in 1960 en sinds 1970 aan de Autónoma te Madrid.

15 Gerardo Brogginì (1926), hoogleraar te Fribourg (1956-1961) voor Romeins recht, te Heidelberg (1961-1968) voor Romeins recht, privaatrechtsvergelijking en internationaal privaatrecht, te Milaan (*Università Cattolica*) (1969-1990) voor Romeins recht en tot 1999 voor internationaal privaatrecht.

16 Günther Jahr (1923-2007), sinds 1961 hoogleraar te Saarbrücken, zie F. Sturm, ‘In memoriam Günther Jahr’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 2008, 971-973.

17 Hans Kiefner (1929), hoogleraar te Münster (1971-1994) voor rechtsgeschiedenis en privaatrecht.

18 Joachim Rosenthal, assistent van Kunkel, is in 1957 met Kunkel mee naar München vertrokken en heeft daar al dra de lier aan de wilgen gehangen, zie *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1951, 217-265.

19 John Maurice Kelly (1931-1991), hoogleraar in Dublin, heeft een belangrijke rol gespeeld in de Ierse politiek.

paar weken naar Frankfurt geweest bij Coing.<sup>20</sup> Het Max-Planck-Institut was er nog niet, maar de Faculteit was er sedert 1919.

## Kaser en Wubbe

Wat deed ik daar? Het idee was dat ik een proefschrift zou schrijven. Robert had me ook een onderwerp voorgesteld: de privileges in het faillissement. Dat onderwerp verschoof naarmate ik er aan werkte en ik steeds meer onder invloed kwam van Max Kaser.<sup>21</sup> Een jaar na Heidelberg ben ik in Münster in de ban van Kaser geraakt. Het onderwerp van mijn proefschrift kwam steeds meer in de richting van Kaser, omdat hij het Romeinse recht vanuit een ander perspectief benaderde dan Robert. Kasers perspectief was het klassieke Romeinse recht, daar was hij als het ware de kampioen in. Robert was in feite zijn tijd vooruit. Hij had een *dogmengeschichtliche* aanpak en deed bovendien in zijn onderzoek eigenlijk hoe langer hoe meer historie: universiteitsgeschiedenis, bio- en bibliografie en zo. Uiteindelijk, toen Kaser een *Freisemester* had, mocht ik hem vervangen: twee uren college, twee uren werkgroepen. Ik kreeg een baan aan de universiteit in Münster. Als ik er achteraf nog aan terugdenk, was dat een wonder. Het was zomer 1958, dus lang voor het beruchte 1968, en dan aan zo'n echte ouderwetse, traditionele Duitse *Ordinarienuniversität* of, zoals ze in '68 schamper zouden zeggen, *Unter den Talaren der Muff von 1000 Jahren*.<sup>22</sup> Kaser kreeg voor elkaar dat ik, hoewel niet gehabiteerd, geen doctor in de rechten en buitenlands assistent, een semester lang aangesteld werd. Het was een reuzeneer. Dat was overigens nog de tijd van de *Hörergelder*. De studenten hadden allemaal een *Testatheft*, een boekje waarin ze moesten noteren welke colleges ze volgden. Dat moest je als professor ondertekenen, bevestigen dat ze er braaf geweest waren. Zij betaalden collegegeld naargelang het aantal colleges dat ze volgden. Dat viel allemaal uit dat boekje af te lezen.

Toen het semester voorbij was, zei Kaser: 'Dat kunnen we weer doen.' Maar toen had hij natuurlijk geen *sabbatical*. 'Dat geeft niet, doe alleen maar werkgroepen.' Daarop zei het ministerie: 'Nee, daar betalen we niet voor. Als hij hier wil komen, dan moet hij ook college geven.' Maar hoe moest dat ingepast worden? Kaser zei: 'Weet je wat we doen? Ik verlangzaam mijn colleges in de winter en wat er dan overblijft, dat doe jij in de zomer.' Wat bleef er over? Romeins erfrecht. Maar natuurlijk was dat niet voorzien in het curriculum van de studenten. Die hadden geen zin om een extra semester Romeins recht te volgen. Zo moest ik iedere week vrezen dat er niemand zou zijn. Ja, dat was echt een lesje in deemoed.

<sup>20</sup> Helmut Coing (1912-2000), hoogleraar Romeins recht en privaatrecht te Frankfurt (1941-1980), stichter in 1964 van het Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte te Frankfurt, zie K. Luig, 'In memoriam Helmut Coing', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 2002, 662-678.

<sup>21</sup> Max Kaser (1906-1997), hoogleraar Romeins recht te Münster, Hamburg en Salzburg, zie R. Knütel, 'Max Kaser', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1998, 15-58.

<sup>22</sup> Deze tekst stond in 1967 op een spandoek van protesterende studenten uit Hamburg dat toen heel wat aandacht in de pers kreeg en de studentenrevoltes van '68 en later aankondigde.

Iedere vrijdagmorgen: 'Is er iemand? Het zijn er twee. Ja, twee!' Uiteindelijk, ja, twee studenten zijn me trouw gebleven. Die durfden natuurlijk niet meer weg te blijven. Goed, dat was Romeins erfrecht. Ik heb nooit zoveel erfrecht gedaan als toen.

Kaser was een groot iemand, een grote geleerde. Hij was als het ware de belichaming van het Romeinse recht in de tweede helft van de twintigste eeuw. Een vriendelijke, beminnelijke man, een man die me hielp met mijn Duitse teksten (*Keine Bandwurmsätze, keine Schachtelsätze*). Echt een vriendschap voor het leven is dat geworden.

Een woord over Kaser-Wubbe. Dat was een term die ik sinds 1967 in Nederland veelvuldig gehoord heb, zeer tot mijn verrassing, want zelf hoorde ik dat in mijn omgeving uiteraard nooit. Ik heb begrepen dat in Nederland en ook in Vlaams België 'Kaser-Wubbe' werd begrepen als 'mevrouw Kaser'. Kaser-Wubbe was mijn vertaling en een bewerking in het Nederlands van de vijfde druk van Kasers '*Kurzlehrbuch Römisches Privatrecht*' van 1966.

Na de oorlog was in Nederland het boek van Van Oven verschenen.<sup>23</sup> Ik moet tot mijn schande bekennen dat ik het niet heb. In de zomer van 1952, toen ik met rechten begon, heeft een zwager me zijn exemplaar uitgeleend. Het heeft sindsdien jarenlang in mijn boekenkast gestaan. Ik heb het nooit gebruikt om iets na te slaan; niet zo lang geleden heb ik het teruggegeven. Ik herinner me dat het als het ware *parlando* geschreven en eigenlijk goed leesbaar was, maar typografisch geen enkel soelaas bood. Als je een bladzijde omsloeg, kwam er weer precies zo een, en zo maar door. Dat was bij Kaser heel anders: groot of klein, cursief of romein, vet of mager, gespatieerd of gewoon, en nergens lange tekstblokken. Als je aan een alinea begon, wist je dat er binnenkort een eind aan zou komen. Kasers leerboek, zonder voetnoten, verschenen in 1960, was een nagalm van zijn magistraal tweedelig handboek,<sup>24</sup> dezelfde stof '*in gedrängter Form*'. Dat maakt de lectuur er natuurlijk niet makkelijker op: wie wil comprimeren probeert gauw toch nog even alles te zeggen. Het had onmiddellijk geweldig succes en heeft het altijd behouden. De zestiende druk, die Kaser zelf nog bezorgd heeft, dateert van 1992. Deze kleine Kaser, en dus ook Kaser-Wubbe, is niet een makkelijk boek. Mijn Duitstalige studenten in Fribourg hebben er alle jaren mee gewerkt ... en zich erover beklaagd. Je kon niet zeggen: 'Sla de kleine druk maar over', want juist daar vindt men Romeins recht. Ik herinner me in een studentensociëteit eens een exemplaar gezien te hebben waarin de hele tekst was onderstreept, alles. Dat zegt wel iets.

## Na de promotie bijna in Zuid-Afrika, maar uiteindelijk in Fribourg

Toen kwam mijn dissertatie klaar.<sup>25</sup> Robert was perfect als *Doktorvater*. Op 5 april 1960 was de promotie, met Kaser, die was gekomen om te opponeren. Tijdens het promotiediner

23 J.C. van Oven, *Leerboek van Romeins privaatrecht*, Leiden, 1948.

24 M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt 1955, Zweiter Abschnitt 1957 (2e edities: resp. 1971, 1975).

25 E.B.J. Wubbe, *Res aliena pignori data, De verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht*, Leiden 1960, 312 p.



1961: van Gouda naar Fribourg.

opvolging van Hoetink,<sup>27</sup> die de Amsterdammers – met Pitlo – me wilden aanbieden. In Nijmegen had je Hermesdorf.<sup>28</sup> Dat was twee à drie jaar nadat ik gepromoveerd was. Toen ik promoveerde heette het: ‘Er is voorlopig in Nederland geen enkele kans.’ Maar dat was dus niet zo, deze twee plaatsen waren vrij en bovendien kwamen er twee nieuwe faculteiten, Rotterdam en Tilburg. Die mogelijkheden hebben we toen wel ernstig overwogen. Een paar keer zijn we door Nederland gereden op zoek naar woonruimte voor een groot gezin. Dat was in Amsterdam praktisch onmogelijk. Ik begreep dat als argument voor onze terugkeer gegeven werd: ‘Wat jij in Fribourg doet, kunnen ook anderen doen, maar hier moeten we iemand hebben die Nederlands spreekt en zo iemand is niet zo gemakkelijk in het buitenland te vinden.’ Het ministerie in Fribourg liet me weten: ‘Wij horen dat u bezig

waren er de gebruikelijke toespraken. Kaser zei: ‘En nu wachten we op de *dies certus an incertus quando*’. Ik hoefde in feite niet lang te wachten. Eerst kwam er een aanbod uit Zuid-Afrika, uit Johannesburg. Intuïtief had ik daar niet zo vreselijk veel zin in, maar ik durfde niet nee te zeggen. Mijn vrouw zei: ‘Dat kan niet lukken. We kunnen niet met onze zes meisjes naar Zuid-Afrika. Die apartheid, daar krijg je mee te maken als je daar bent.’ Toen nodigden ze me uit tot een *flying visit* en ik dacht: ‘Nee, als ik dat aanneem, dan kan ik niet meer zeggen: ik kom niet’.

Dat was 1960. Gelukkig kwam weldra Fribourg in zicht. De professor Romeins recht daar werd benoemd in Heidelberg<sup>26</sup> en er was een plaats open. Daar zijn we toen ingesprongen, heel het gezin met zes kinderen, geëmigreerd en nooit spijt van gehad. We hebben het heerlijk gevonden.

De kinderen gingen allemaal naar de Franse school. Het Frans hebben ze wonderlijk gauw geleerd. Dat verbaast me nog altijd. Toen ik daar twee, drie jaar was, kwamen er uit Nederland aanbiedingen. Eerst was er de

<sup>26</sup> Gerardo Brogini, zie noot 15.

<sup>27</sup> H.R. Hoetink (1900-1963), hoogleraar burgerlijk recht te Batavia (1929-1934) en te Amsterdam (Gemeentelijke Universiteit) (1934-1963), zie P.B.M. Blaas, *Henk Hoetink (1900-1963), een intellectuele biografie*, Amsterdam, 2010; F. Wubbe, ‘In memoriam Hendrik Richard Hoetink’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1964, 511-514.

<sup>28</sup> B.H.D. Hermesdorf (1894-1978), hoogleraar Romeins en oud-vaderlands recht te Nijmegen van 1938 tot 1965, zie J.P.A. Coopmans, ‘In memoriam B.H.D. Hermesdorf’, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1979, 83-86.

bent om te onderhandelen met Nederland. U mag geen beslissing nemen zonder met ons gesproken te hebben.’ Toen begreep ik dat het departement aan collega’s van mijn faculteit gevraagd had: ‘Wat is dat voor iemand, die Wubbe? Is hij goed, moeten we hem houden of niet?’ Het ministerie bood mij daarop een renteloze lening aan om een huis te bouwen. Dat was een aanbod dat in Nederland niemand kon doen. En het was eigenlijk helemaal naar onze zin. De lening is jaren later omgezet in een gewone, toen er vragen over kwamen in het Parlement. Tot onze tevredenheid. We hebben dus gebouwd en nu is het adres al bijna een halve eeuw: *Petit-Schoenberg* 8.

### Een Nederlander doceert tweetalig in Freiburg/Fribourg

Toen ik er kwam, was het een kleine universiteit. De faculteit bestond uit twaalf à vijftien professoren, waarvan een aantal economen. Een deel was Franstalig, een deel Duitstalig. Ik moest in de twee talen onderwijzen. Mijn eerste college in het Frans had ik helemaal uitgeschreven om me niet te vergissen met het geslacht van de woorden en dat soort dingen. Iemand zei me toen: ‘Dat mag je nooit meer doen. Je moet van begin af aan leren om vrij te spreken. Als je je eenmaal aan teksten gaat vastklampen, dan kom je er niet meer af.’ Intussen is die universiteit natuurlijk gegroeid en danig gebureaucratiseerd. Toen ik er kwam, kreeg ik mijn salaris cash aan een loket, *praenumerando*. Met andere woorden, in september kreeg ik het salaris voor oktober, november en december. In 1966 was ik een van de eersten met een auto. Die kon ik pal voor de hoofdingang parkeren. Nu is er een inmiddels veel te kleine ondergrondse garage, waar professoren, als ze ver genoeg weg wonen, tegen betaling mogen parkeren.

Ik nam Romeins recht over van mijn voorganger Broggini. Iedere student deed twee jaar Romeins recht, *à raison* van twee uur per week, plus in het tweede jaar twee uur werkgroep. Aan het eind van die twee jaar was het examen zowel schriftelijk als mondeling. Toen kende men nog Latijn. Althans, dat werd verondersteld.

Ik ben geen groot geleerde geworden. En om de waarheid te zeggen, ik heb er ook niet echt mijn best voor gedaan. In dat opzicht heb ik aan de verwachtingen van mijn leermeesters – twee ieder op hun manier waarlijk grote geleerden – helaas niet beantwoord. Wel heb ik geregeld artikelen, boekbesprekingen, congresverslagen enz. geleverd en zo aan het gewone bedrijf deel genomen. Nu en dan, hier en daar, heb ik gastcolleges gegeven, maar het nut ervan eigenlijk nooit ingezien. Ik geloof niet dat studenten in Warschau in 1969 zaten te wachten op een hoogleraar uit Fribourg, die hun in het Frans de finesses van de theorieën omtrent zaakvorming kwam uitleggen, of, om nog een voorbeeld te noemen, in 1994 studenten in Brno om hem in het Duits te horen spreken over de *actio Publiciana*, terwijl tegelijkertijd een tolk zijn woorden in het Tsjechisch weergaf. Van de vele gastcolleges die ik gehoord heb, is er maar één, in de zestiger jaren in Fribourg, dat ik vandaag nog zou kun-



nen ‘navertellen’.<sup>29</sup> Nee, mijn fort was les geven. Ik heb het graag gedaan en nog wel aardig ook, geloof ik.

In mijn wetenschappelijk werk heb ik mondjasmaat dingen ontdekt die me nu dierbaar zijn. Kaser zei wel eens tegen mij: ‘Bei dir fällt der Groschen langsam’.<sup>30</sup> Het duurt lang voor ik iets door heb, maar als ik het dan door heb, kom ik er niet meer gemakkelijk van af. Bij Kaser was het omgekeerd. Als je met hem sprak: ‘Ik heb dat zo en zo gelezen’, dan luisterde hij, dan had je de indruk dat je hem overtuigd had. Hij dacht erover na. Je zag ook dat hij soms intuïtief dacht: ‘zo is dat niet’, maar niet meteen wist hoe hij moest antwoorden. Soms gaf hij gewoon toe. Maar hij schroomde niet om later zijn oude positie weer in te nemen. Dat heb ik eigenlijk nooit gehad. Ik heb er altijd lang over gedaan om iets werkelijk in mijn greep te krijgen, om het dan niet meer los te laten. Nu zie ik dat de meeste dingen eenvoudiger zijn dan ik op mijn lange weg gedacht heb.

Neem het zogenaamde *aktionenrechtliche Denken* van de Romeinse juristen. Daarmee moet men terdege rekening houden als men hun teksten leest. De revindicatie bijvoorbeeld is de actie van de eigenaar. Moet men dus eigenaar zijn om deze actie te kunnen instellen, om ‘actief gelegitimeerd’ te zijn? Nee, men moet geloven te kunnen bewijzen dat men eigenaar is. Lukt dat niet, dan wordt men afgewezen. Staat dan, althans achteraf nog, vast dat men niet actief gelegitimeerd was, dat men niet had mogen procederen? Nee, vast staat alleen dat men zijn stelling niet heeft kunnen bewijzen. Een revindicant die eigenaar is zou eigenlijk altijd moeten slagen en een revindicant die niet eigenaar is zou moeten stranden. Het zou mooi zijn als het zo was, maar zo is het niet. Zo is het niet in de werkelijkheid waar processen zich nu eenmaal afspelen, zo is het niet *im Leben*. Wacke heeft het in de gaten gehad en ook geschreven. In een geschil over de rang van twee hypotheek kan men niet aan de oudste crediteur een ander procesgedrag voorschrijven dan aan de jongste, als niet vaststaat wie de oudste en wie de jongste is. ‘Wo Marcian zwei Fälle bildet, gibt es im Leben nur einen einzigen’.<sup>31</sup> Precies zo is het. De tekst is inderdaad ongerijmd. Wacke heeft getracht met vernuftige redeneringen er toch nog een dogmatische punt aan te draaien. Jammer. Geloofde hij zelf niet wat hij zo goed gezien en gezegd had?

Men moet steeds voor ogen houden dat degene die een geval stelt (‘Stel het geval dat’ of eenvoudig ‘Indien’) zelf ‘buitenstaander’ is en aldus naar believen details kan bedenken en aan zijn lezers of toehoorders mededelen die hij voor de spelers verborgen houdt en die dan dus geen rol spelen. Zo kan het gebeuren dat *im Leben* een revindicant volkomen terecht slaagt, terwijl de buitenstaander, de alwetende waarnemer, de toeschouwer in de zaal, noem hem hoe je wilt, ziet dat deze eiser niet had mogen slagen. Is dat dan geen *materielles Fehlurteil*? Voor de buitenstaander wel, *im Leben* niet. De buitenstaander heeft een an-

<sup>29</sup> Door David Daube (1909-1999), van 1955 tot 1970 *Regius Professor of Civil Law* in Oxford, daarna in Berkeley, over Mk. 12, 13-34.

<sup>30</sup> In Nederland valt het dubbeltje, in België (nog steeds) de frank.

<sup>31</sup> A. Wacke, ‘Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit’, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1969, 401, n.a.v. D. 20,4,12 pr.



dere waarheid dan die van de *dramatis personae*, maar als zijn waarheid bij hen niet aankomt is zij in feite onbeduidend, bestaat zij niet. Een enkele keer beleeft men in een digesten-tekst *le choc des vérités*, de auteur laat zijn waarheid heimelijk in de werkelijkheid doordringen, maar geen rol spelen. Ik heb onlangs zo'n tekst behandeld.<sup>32</sup> Alle moderne auteurs van Dernburg tot en met Dunand denken dat Ulpianus hier een uitzondering toestaat op de strikte regel dat de bezitter te kwader trouw geen recht heeft op de vruchten van de zaak. Dernburg vindt dat *nicht unbedenklich*.<sup>33</sup> En Dunand heeft er in een ellenlange voetnoot dapper omheen gedraaid om ten slotte te vinden dat de opinie van Ulpianus '*n'est pas dénuée de toute logique*'.<sup>34</sup> Anders gezegd, hij weet er geen raad mee. En toch is het allemaal doodeenvoudig. Ulpianus erkent absoluut geen uitzondering op de regel, maar de regel vindt *in casu* geen toepassing omdat niet ontdekt wordt dat de betreffende bezitter te kwader trouw is. Hij heeft geluk, de tekst zegt het trouwens uitdrukkelijk *proderit ei*, hem komt ten goede dat zijn kwade trouw niet aan het licht komt.

### Een lang wachten uiteindelijk beloond

Ik heb nooit een leerling gehad. Wonderlijk en ... pijnlijk. Drieëndertig jaar heb ik in Fribourg Romeins recht gedoceerd en nooit is iemand bij mij gepromoveerd. Met twaalf kandidaten heb ik in de loop der jaren min of meer vergaande gesprekken gevoerd, ik zie ze voor me. Het is niets geworden. Hoe dat te verklaren? Ligt dat aan mijn persoon, ligt dat aan het vak? Ten dele zeker aan het vak. Het aantal mensen met belangstelling voor Romeins recht is gering. Het ligt ook aan de Zwitsers. Toen ik in Fribourg kwam, heb ik eens aan een collega gezegd: 'Nu hoop ik dat ik altijd minstens met één promovendus onderweg zal zijn' en ik citeerde Kaser: 'Ons vak is het mooiste vak. Het is apolitek en internationaal.' Mijn collega zei toen: 'Denk eraan, in Zwitserland is alles politiek en kantonaal.' Uiteindelijk heeft hij daar gelijk in gekregen, want in al die jaren zijn er in Zwitserland hooguit acht mensen gepromoveerd op iets van Romeins recht of wat er een beetje op lijkt. Een andere oorzaak is misschien dat het vak werd geëxamineerd in het begin van de studie, na twee jaar, en daarna als het ware werd afgehaakt. Ik zou moeten kijken of er veel dissertaties zijn in andere vakken van het begin. Maar hoe dan ook, het blijft vreemd. Was ik afschrikwekkend? Te buitenlands? Moet haast wel.

Ze hebben dat nu een beetje veranderd. Na mijn emeritaat heeft de faculteit mijn leerstoel gesplitst: twee romanisten die ieder ook modern recht geven. De studie is nu zo ingericht dat het Romeinse recht als *grammatica* van het privaatrecht aan het begin blijft, wat ik juist vind, maar in de master nog terug kan komen voor liefhebbers. En daar zit dan wel eens iemand bij. Al eerder had ik begrepen: een liefhebber moet eerst iets presteren in een

32 F. Wubbe, 'Glück gehabt nach Ulpian D.13,7,22,2', *Orbis Iuris Romani*, 2006, 175-182.

33 H. Dernburg, 'Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts', dl. 2, Leipzig, 1864, 72.

34 J.Ph. Dunand, *Le transfert fiduciaire, «Donner pour reprendre»*, Basel, 2000, 202.

ander vak (bijvoorbeeld een behoorlijke doctorale scriptie leveren of promoveren), dan is hij als het ware ingeklaard, en kan hij zijn vleugels uitslaan in het Romeinse recht.

Uiteindelijk heb ik toch nog een leerling gekregen, en wel een eminente: Pascal Pichonnaz<sup>35</sup> met zijn boek over de compensatie.<sup>36</sup> Ik had dat onderwerp in voorraad sinds 1959, sinds mijn recensie van de dissertatie van Rezzonico.<sup>37</sup> Kernvraag: hoe komt het dat zowel *compensatio ipso iure* (bv. art. 1290 Cc) als *compensatio ope exceptionis* (bv. § 388 BGB) uit het Romeinse recht stammen? Dat heeft Pascal meesterlijk uit de doeken gedaan. Hij heeft daarmee in 2002 de *Premio Boulvert*<sup>38</sup> gewonnen en zo bekendheid en aanzien in de geleerde wereld van het Romeinse recht gekregen.

### Privatissima

Geen groot geleerde, geen doctorandi, wat dan eigenlijk wel? Sedert 1975 had ik mijn *privatissima*, naar een oude academische traditie. Alle veertien dagen bij mij thuis, van half negen tot elf uur, aan de eetkamertafel; acht stoelen, voor maximaal zes deelnemers, een voor boeken, een voor mij. Wie een behoorlijk examen in Romeins recht had afgelegd kon meedoen. Elf of twaalf zittingen per jaar. Om te beginnen een after-dinner koffie met een praatje, dan aan de slag; na de pauze tegen tien uur een glas wijn of vruchtensap. De taal was Frans, Duits of Italiaans, naar gelang van de spreker. Iedere deelnemer had minstens één avond voor te bereiden. Onderwerp was veelal een recent boek, bijvoorbeeld B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* (1970); R. Backhaus, *Casus perplexus, Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz* (1981); R. Vigneron, *Offere aut deponere, De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation* (1979); A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (1979); L.L.J.M. Waelkens, *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny, Edition et analyse de sa répétition sur la loi De quibus (D. 1, 3, 32)* (1984); R. Robaye, *L'obligation de garde, Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (1987); K. Bauer, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB* (1988), A. Magdelain, *Le consensualisme dans l'Edit du prêteur* (1958). In al deze voorbeelden konden we de auteur op één van onze avonden in ons midden hebben, Magdelain heeft ons in Parijs in de vermaarde *Salle Collinet* ontvangen. In het geheel heb ik zo zeventien jaargangen met gevorderde studenten kunnen werken. Het zijn mijn dierbaarste herinneringen.

35 Pascal Pichonnaz is hoogleraar in het privaatrecht en Romeins recht te Fribourg sedert 2001.

36 *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001.

37 Recensie van R. Rezzonico, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel, 1958, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1959, 220-227.

38 De *Premio Boulvert* is een prijs voor het beste gepubliceerde eerste werk op het gebied van het Romeinse recht, die om de drie jaar wordt verleend.

## De *Accademia Costantiniana*

Door Mario De Dominicis<sup>39</sup> ben ik in de *Accademia Costantiniana*<sup>40</sup> gekomen. In 1967 was het congres van de SIHDA<sup>41</sup> in Perugia. Daar zei Gaudemet tegen mij: 'Het zou goed zijn als volgend jaar het congres in Fribourg kon plaats vinden'. Het volgende jaar was het congres dus in Fribourg. Maar uit dat jaar '67 in Perugia heeft De Dominicis een soort *Società Italiana* overgehouden die lezingen ging organiseren. Ik was een van de eersten die uitgenodigd werd. Daaruit is toen de *Accademia Costantiniana* gegroeid. Ik ben er van het begin bij geweest en heb altijd de verslagen gemaakt voor het *Tijdschrift*.<sup>42</sup> Deze heeft de *Accademia* overgenomen in haar *Atti*, overigens zonder ooit toestemming te vragen. Het is een soort gewoonterecht geworden. Ik geloof dat dat nu niet meer gedaan wordt. Ik heb zelf nooit gewerkt op het gebied van het laat-Romeinse recht. In 2001 heb ik gezegd: 'Ik wil nu uit het bestuur, jullie moeten Sirks nemen, want die werkt op dat gebied. Ik word nu tachtig, ik ben te oud.' Het was even stil. Maar toen zei iemand: 'Ma, il papa, il papa, ha ottant'anni.' Dus ja, dan kan Wubbe ook gewoon blijven.

Die *Accademia* had in het begin moeite om zich aanzien te verschaffen, want natuurlijk heb je in Rome de beroemde *Accademia dei Lincei*, dé Italiaanse Academie uit 16-zoveel.<sup>43</sup> De *Accademia Costantiniana* wordt door velen altijd nog beschouwd als tweederangs. Intussen is daar geen enkele reden voor. Zij heeft haar plaats in het wetenschappelijke landschap gevonden, heeft een indrukwekkende serie *Atti* en een aantal losse monografieën gepubliceerd en ... Sirks zit nu in het bestuur.

## Romeins recht in Nederland

Wat er in Nederland gebeurt, zie ik alleen maar van verre. Ik begrijp dat het er in Nederland met het Romeins recht niet gunstig voor staat, onder meer omdat er te weinig mensen zijn. In Groningen is volgende week de inaugurele rede van Brandsma.<sup>44</sup> Ik heb aan de rector van Groningen geschreven: 'Dat is fantastisch. Ik heb een uitnodiging gekregen voor het afscheidscollege van Lokin en een maand later krijg ik een uitnodiging voor de inaugurele rede van zijn opvolger.' Mooi, dat er naadloos een opvolger is. In Leiden hebben we gelukkig Willem Zwolve, een robuuste doorzetter, in Tilburg is er Olga Tellegen, aan de VU

39 Mario De Dominicis (1900-1980), hoogleraar Romeins privaatrecht te Perugia (1934-1980).

40 De *Accademia Romanistica Costantiniana*, opgericht in 1973 en gevestigd in Spello en Perugia, richt zich op het Romeinse recht onder en na Constantijn de Grote, zie F.B.J. Wubbe, 1973-1998, *Le premier quart de siècle de l'Accademia Costantiniana à vol d'oiseau*, Perugia, 1998.

41 *Société Internationale 'Fernand de Visscher' pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*, opgericht in 1946.

42 Het *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*.

43 De *Accademia Nazionale dei Lincei* te Rome is in 1603 opgericht.

44 De oratie van prof. mr. F. Brandsma, hoogleraar Romeins recht en zijn geschiedenis te Groningen, getiteld 'Zwerfers naar den geest', vond plaats op 20 april 2010.

Jan Hallebeek, in Rotterdam Laurens Winkel, maar Nijmegen, Utrecht, Amsterdam? Dat is toch wel een *testimonium paupertatis*.

Een jaar of tien geleden zei Laurens Winkel: ‘Kom jij maar eens naar Rotterdam. Geef jij nog maar eens twee weken gewoon colleges.’ Ik heb me toen laten ompraten omdat ik eindelijk weer eens in het Nederlands zou kunnen doceren. Natuurlijk zei Laurens dat het goed was, dat het een succes was, maar ik voelde aan dat ik te oud was. We hadden bij ons in Fribourg eens een discussie over de plaats van het Romeinse recht in de rechtenopleiding. Ik zei in mijn slotwoord: ‘En ten slotte, vergeet niet ... de mens leeft niet van brood alleen’.<sup>45</sup> Er was er toen een die zei: ‘Dat klopt, hij heeft ook behoefte aan vitamine C’. Op eens besepte ik toen dat de afstand te groot geworden was. Mijn referentiekaders liggen als het ware te ver terug.

### Eens Nederlander, altijd Nederlander

Ik heb altijd met Nederland contact gehouden, door Robert, het Tijdschrift en de club van de Nederlandse romanisten en door mijn familie. Over mijn Nederlandschap kan ik iets moois vertellen. Ik moest elke drie jaar mijn paspoort verlengen. Eens belde een dame van het consulaat me op: ‘Professor, weet u wel dat u uw Nederlandschap verloren hebt?’ Ik wist niet wat ik hoorde, voelde me uit het veld geslagen, blootgesteld. Hoezo? ‘U bent zonder toestemming van Hare Majesteit in vreemde staats- of krijgsmacht getreden.’<sup>46</sup> Ik vraag uit pure verlegenheid: ‘Komt dat vaak voor?’ ‘Nou ja, Nederlandse verpleegsters die in kantonale ziekenhuizen werken verliezen het Nederlandschap’. Ik weer: ‘Dat kan toch niet waar zijn’. ‘Toch is het zo, maar zij merken het niet en wij ook niet, zolang ze geen pas aanvragen. Ze gaan meestal na een paar jaar terug naar huis en dan kraait er verder geen haan naar, maar u verklaart dat uw werkgever het kanton is. Wij dachten dat het een katholieke, dus een vrije universiteit was’. Ze hadden nooit goed gekeken, natuurlijk. ‘Wat moet ik nu doen? Ik moet op reis. Ik heb mijn pas nodig.’ ‘Ja, we kunnen u een voorlopige pas geven en u moet een verzoekschrift indienen bij Hare Majesteit.’ ‘Hoe doe je dat, hoe gaat dat? Zijn er formulieren voor?’ ‘Geeft eerbiedig te kennen’ heet dat en dan krijg je een voorlopige pas en ... betalen natuurlijk. Na een paar maanden kreeg ik het gevraagde verlof.<sup>47</sup>

Ik doe mee aan de Nederlandse verkiezingen. Dat kan tegenwoordig per brief. In juni<sup>48</sup> zijn er verkiezingen vanwege de regeringscrisis in Nederland. Mijn dochters leven in Zwitserland, behalve onze oudste. Die heeft in Zwitserland medicijnen gestudeerd, maar om-

45 Mt. 4,4.

46 Wet op het Nederlandschap van 1892, Art. 7: ‘Het Nederlandschap wordt verloren: ... 4° door zonder Ons verlof zich te begeven in vreemden krijgs- of staatsdienst’. Geldt nu niet meer.

47 Beschikking vanuit Porto Ercole van 27 augustus 1966: ‘Wij Juliana etc. etc., hebben goed gevonden en verstaan, aan Felix Wubbe, verlof te verlenen om in burgerlijke staatsdienst te treden van Zwitserland’ ... ‘mag in dienst treden van het kanton Fribourg.’

48 Het betrof de verkiezingen van 9 juni 2010.

dat ze buitenlandse was mocht ze in Zwitserland niet praktiseren. Ze moest eerst Zwitser worden en dan haar artsexamen laten homologeren. Dat is allemaal gebeurd. Toen heeft ze een Nederlandse arts leren kennen en is met hem getrouwd. Ze heeft nu een dubbele nationaliteit, de Nederlandse en de Zwitserse. Met haar man heeft ze jarenlang in Ghana gewerkt en ze heeft nu samen met hem in Nederland een huisartsenpraktijk

In Fribourg ben ik nu emeritus. Drie keer per jaar word ik uitgenodigd voor *le dîner des professeurs*, om 12.15 uur. Toen ik voor het eerst in Zwitserland kwam, heb ik me laten voorlichten door een bevriende Zwitserse collega in Basel, Hans-Jörg Fuchs:<sup>49</sup> ‘Vertel me eens hoe ik me moet gedragen, hoe ik een behoorlijke indruk maak.’ Hij heeft me allerlei nuttige wenken gegeven. Toen ik al op de stoep stond zei hij: ‘*Und noch eines: Um 12 Uhr knurrt der Schweizer Magen.*’ Dat is ongelofelijk waar gebleken. Allerlei winkels, diensten, postkantoren gaan dicht om twaalf uur. Om vijf voor twaalf dan, want om twaalf uur staat het eten op tafel.

En tot slot iets waarmee Nederland me geweldig geëerd en plezier gedaan heeft: de plechtige zitting en de receptie ter ere van mijn gouden doctoraat.<sup>50</sup> Dat is in Nederland geen usance. Robert heeft het op touw gezet. Ik ben hem daarvoor hartelijk dankbaar. Dankbaar ben ik ook de decaan van de faculteit en al degenen die gekomen zijn en tot het slagen van het feest hebben bijgedragen. Er waren zelfs twee oudleerlingen, die indertijd, vóór 1961, aan mijn werkgroepen hebben deelgenomen. Ze vonden het ‘nog precies als vroeger’. Tja. Het Romeinse recht is sedert eeuwen voor iedere generatie anders gepresenteerd en toch steeds ‘precies als vroeger’. Moge het zo blijven.<sup>51</sup>

49 Hans-Jörg Fuchs (1925-1990), vanaf 1965 opvolger van August Simonius als hoogleraar Romeins recht in Basel.

50 Op de dag voor het interview, 9 april 2010, werd in het Gravensteen te Leiden door de Juridische Faculteit het 50-jarige doctorsjubileum van Felix Wubbe gevierd.

51 Het interview vond op 10 april 2010 plaats te Leiden in het huis van Willem Zwolve die zo vriendelijk was ruimte hiervoor ter beschikking te stellen.

## DE VROEGE FEODALITEIT IN DE LAGE LANDEN

EEN EN ONDEELBAAR IN ALLE VORSTENDOMMEN?

### I Ganshofs feodaliteit: Vlaanderen en (Neder-)Lotharingen horen samen

Voor de rechtshistorici van een vorige generatie was het standaardwerk over de feodaliteit *Qu'est-ce que la féodalité* van François-Louis Ganshof.<sup>1</sup> Ondertussen hebben heel wat voor-  
aanstaande onderzoekers kritiek uitgeoefend op zijn werk, met op kop Susan Reynolds.<sup>2</sup> In  
vele gevallen hebben Reynolds en co gelijk, maar enige relativering is toch op zijn plaats.  
Een punt dat Ganshofs tegenstanders over het hoofd lijken te zien, is dat zijn boek over de  
feodaliteit een ander doel heeft dan hun werken. Het wil op de eerste plaats een beknopt  
en duidelijk beeld schetsen van de feodaliteit, zonder zich te verliezen in alle mogelijke  
details. Het getuigt dan ook niet echt van *fair play* als men een algemene inleiding con-  
fronteert met de ingewikkelde situatie die zich op een bepaald moment op een specifieke  
plaats voordeed. Het is onvermijdelijk dat Ganshof niet alles juist beschreven heeft, maar  
volgens die standaard faalt elk rechtshistorisch werk dat meer wil zijn dan een opsom-  
ming van naakte feiten. Overigens zouden de hedendaagse juridische handboeken geens-  
zins beter scoren, omdat de realiteit nu eenmaal altijd te complex is om ze in enkele pagi-  
na's te vatten. De vraag is bovendien wat het alternatief is. Een wetenschappelijke studie  
die echt recht doet aan alle aspecten van de feodaliteit die op het terrein bestonden, zou on-  
tiegelijk lang en ingewikkeld worden. Het resultaat is dat de onderzoeker die enig houvast  
zoekt, van een kale reis thuiskomt.

Zelfs als men rekening houdt met het specifieke karakter van Ganshofs boek over de fe-  
odaliteit, blijven echter nog genoeg punten van kritiek over. Zo gebruikt hij soms bron-  
nen over situaties die zo uniek zijn dat het niet opgaat om ze te veralgemenen. Een mooi  
voorbeeld daarvan is het dagboek van Galbert van Brugge uit 1127-1128. Voor Ganshof (en  
zijn generatiegenoten) levert dit als het ware 'gesneden brood', omdat deze middeleeuwse  
bron zeer goede beschrijvingen bevat van enkele feodale rituelen. Sommige daarvan, zoals  
de *effestucatio* om de vazallitische band te verbreken, komen echter quasi niet voor buiten de  
Vlaamse opvolgingscrisis en burgeroorlog van 1127-1128 die Galbert beschrijft.<sup>3</sup> Een an-

1 F. Ganshof, *Qu'est-ce que la féodalité*, Parijs, 1982.

2 S. Reynolds, *Fiefs and vassals. The medieval evidence reinterpreted*, Oxford, 1994. Het is opvallend hoezeer dit boek het debat  
over de feodaliteit gevangen blijft houden, zie bv. voor een recent antwoord op Reynolds de bijdragen in J. Dendorfer en R.  
Deuting (red.), *Das Lehnswesen im Hochmittelalter. Forschungskonstrukte-Quellenbefunde-Deutungsrelevanz*, Ostfildern, 2010.

3 Zie daarvoor D. Heirbaut, "Not European feudalism, but Flemish feudalism: a new reading of Galbert of Bruges". Data  
on feudalism in the context of early twelfth century Flanders', in: J. Rider en A. Murray (red.), *Galbert of Bruges and the historio-  
graphy of medieval Flanders*, Washington, 2009, 56-88.



dere zwakte is, dat hij ervan uitgaat dat de ware feodaliteit enkel te vinden is in het hartland van het Karolingische rijk, namelijk het gebied tussen Loire en Rijn. Dat heeft tot de nodige verontwaardiging geleid bij onderzoekers uit het Middellandsezegebied die terecht erop wijzen dat ook daar een feodaliteit bestond, zij het dat die niet altijd het Ganshofsiaanse model volgde.<sup>4</sup>

Beperken we ons tot het gebied tussen Loire en Rijn, dan blijft veel meer overeenkomst van Ganshofs werk, al blijft nuancering nog steeds geboden. Het valt immers op dat Ganshof ook in het gebied tussen Loire en Rijn nog een verdere selectie maakt. Zijn voorkeur gaat immers uit naar de Nederlanden en hun bronnenmateriaal. Zelf voelde hij al aan dat hij best een nadere verantwoording voor deze keuze gaf. Die is zeer eenvoudig. Nergens anders heeft de onderzoeker zoveel bronnen.<sup>5</sup> Dat laatste valt overigens te betwijfelen, want bijvoorbeeld voor Catalonië staat veel meer ter beschikking.<sup>6</sup> De indruk bestaat dan ook dat niet zozeer de situatie van het bronnenmateriaal dan wel de vertrouwdheid ermee de doorslag gegeven heeft. Omdat hij zelf nu eenmaal uit de Lage Landen kwam, kregen deze bronnen voorrang. Merkwaardig genoeg ging het bij Ganshof om de Lage Landen, terwijl zijn critici het veeleer hebben over 'België'. Eén iemand neemt in dit kader zelfs het woord 'belgocentrisme' in de mond.<sup>7</sup> Voor een deel komt dit omdat voor de studie van de feodaliteit, en eigenlijk van de middeleeuwen in het algemeen, Frankrijk nog vaak de norm is. Dat blijkt trouwens ook uit de gebruikte terminologie. Ganshofs critici spreken bijvoorbeeld over 'het Noorden'.<sup>8</sup> Vanuit Frankrijk is het begrijpelijk dat pakweg Vlaanderen in het noorden ligt, maar een Nederlandse onderzoeker zou het eerder in het zuiden situeren.

De vereenzelviging van Ganshofs Lage Landen met België in latere literatuur heeft veel te maken met de geselecteerde bronnen. Volgens zijn inleiding gaat het om Vlaanderen en Neder-Lotharingen, zij het dan zonder de Neder-Rijnse vorstendommen, dus om Brabant, Kamerijk, Gelre, Henegouwen, Holland, Luik, Loon, Namen etc.<sup>9</sup> Niet al deze vorstendommen komen evenveel aan bod. In de praktijk gaat het vooral om Vlaanderen, krijgen Henegouwen en Kamerijk ook wel enige aandacht, maar komen de andere vorstendommen er bekaaid af, des te meer als ze in het Noorden, het huidige Nederland, liggen. Op zich hoeft dit geen probleem te zijn. Ganshof gaat er immers van uit dat Vlaanderen en de vorstendommen van Neder-Lotharingen, inclusief die in het noorden, bij elkaar horen. Als dat zo is, maakt het weinig uit of de lezer nu een voorbeeld krijgt uit Vlaanderen of uit een ander vorstendom. De vraag is echter of Ganshofs uitgangspunt wel juist is, of Vlaanderen

4 Zie bv. de publicaties van Bonnassie, Debax, Giordanengo, Martin Aurell, Bournazel en Poly.

5 Ganshof, *Féodalité*, 15.

6 A. Kosto, *Making agreements in medieval Catalonia: power, order and the written word*, Cambridge, 2001, 16 geeft een cijfer van 5.000 oorkonden voor de tiende en 10.000 voor de elfde eeuw. Voor de Zuidelijke Nederlanden komt men ook wel aan 10.000 oorkonden, maar pas in de twaalfde eeuw en bovendien gaat het dan om verschillende vorstendommen.

7 R. Fossier, *L'enfance de l'Europe*, dl. 1, Parijs, 1982, 443.

8 P. Ourliac, 'Réalité ou imaginaire: la féodalité toulousaine', in: P. Ourliac (red.), *Les pays de Garonne vers l'an mil. La société et le droit. Recueil d'études*, Toulouse, 1993, 89.

9 Ganshof, *Féodalité*, 15.

en de vorstendommen van Neder-Lotharingen daadwerkelijk bij elkaar horen. Om dat na te gaan, wil deze bijdrage kort de vroege feodaliteit in beide gebieden vergelijken. De bronnen daarvoor zijn oorkonden, omdat niet voor elk vorstendom goede verhalende bronnen voorhanden zijn en deze vaak hun eigen agenda hebben.<sup>10</sup> Net als bij Ganshof blijven daarbij voor Neder-Lotharingen, verder gemakshalve Lotharingen genoemd, de Neder-Rijnse vorstendommen buiten beschouwing. De bedoeling is overigens niet om hier een exhaustief overzicht te geven van het leenrecht in Vlaanderen en de verschillende vorstendommen van Lotharingen, maar wel van na te gaan of de feodaliteit in beide gebieden gelijk, dan wel verschillend is. Omdat het niet doenbaar is in een kleine bijdrage als deze de hele middeleeuwen in ogenschouw te nemen, blijft ze beperkt tot de twaalfde eeuw, omdat dan voldoende gegevens voorhanden zijn om een vergelijking mogelijk te maken, maar nog niet zodanig veel dat een grondig onderzoek in relatief korte tijd onmogelijk zou worden.<sup>11</sup>

## 2 De bronnen: veel meer oorkonden in Vlaanderen dan in Lotharingen

Een eerste vergelijking van het bronnenmateriaal toont al meteen dat er opvallende verschillen zijn tussen Vlaanderen en de Lotharingische vorstendommen. Algemeen geldt dat de onderzoeker voor Vlaanderen duizenden oorkonden heeft, terwijl dat aantal veel lager ligt in Lotharingen. Een ruwe indruk op basis van het materiaal in de *Thesaurus diplomaticus*<sup>12</sup> leert dat Vlaanderen in zijn eentje meer oorkonden over de feodaliteit levert dan de rest van de 'Belgische' vorstendommen. Henegouwen doet het daarbij nog uitstekend en dat geldt ook voor Kamerijk. In het noorden is het armoe troef. Het zegt genoeg dat de uitgevers van oorkonden in één werk alle stukken van een heel vorstendom kunnen verzamelen.<sup>13</sup> Bij wijze van voorbeeld kan men de eerste band van het *Oorkondenboek van Holland en Zeeland* nemen.<sup>14</sup> Die bevat 158 oorkonden uit de twaalfde eeuw. Van de Vlaamse graaf Diederik van de Elzas (en zijn zoon Filips als zijn vertegenwoordiger) hebben we voor de jaren 1128-1167 bijna dubbel zoveel oorkonden.<sup>15</sup> De discrepantie is eigenlijk nog groter, want

<sup>10</sup> Cf. de verkeerde voorstelling van zaken door Giselbert van Bergen als het gaat om de grafelijke rechten op burchten in Henegouwen. Giselbert neemt daarbij de wensen van zijn meester, de graaf, voor werkelijkheid. J.-M. Cauchies, 'Les châteaux et le pouvoir en Hainaut', in: *Châteaux-chevaliers en Hainaut au Moyen Age*, Brussel, 1995, 29-37.

<sup>11</sup> Afgaande op de titel zou volgend proefschrift een dergelijk onderzoek overbodig moeten maken: K. Nicholas, *Feudal relationships in the Low Countries: a comparative study of nine principalities*, Providence, 1972 (onuitg. doctoraatsverhandeling Brown University, geraadpleegd in een afdruk van de microfilm bij UMI Dissertation publishing, Ann Arbor, Michigan). Dit werk is echter eerder oppervlakkig en voegt weinig toe aan de gepubliceerde bronnen en archiefinventarissen.

<sup>12</sup> Deze CD-rom (Turnhout, 1997) bevat analyses van bijna 13.000 oorkonden tot 1200 en de tekst van de helft daarvan.

<sup>13</sup> De oudere Nederlandse oorkondenboeken gaan overigens nogal vlug uit van een feodale relatie, terwijl zoiets niet altijd uit de oorkonde in kwestie blijkt, zie bv. P. Blok et al. (red.), *Oorkondenboek van Groningen en Drente*, dl. 1, Groningen, 1896, nr. 35, 25-26 (1170).

<sup>14</sup> A. Koch (red.), *Oorkondenboek van Holland en Zeeland tot 1299. I: Eind van de 7de eeuw tot 1222*, Den Haag, 1970.

<sup>15</sup> Zie deel 1 van T. De Hemptinne, A. Verhulst en L. De Mey (red.), *De oorkonden der graven van Vlaanderen (juli 1128-1191)*, Brussel, 1988.

het Oorkondenboek van Holland en Zeeland neemt ook oorkonden van buitenlandse vorsten op als de graaf van Holland nog maar getuige was bij de desbetreffende rechtshandeling.

### 3 Inhoudelijke analyse: Vlaanderen loopt (met Kamerijk) voorop, Henegouwen klampt aan en de rest volgt op enige afstand

Het bewaarde bronnenmateriaal kan uiteraard een vertekend beeld geven. De wereld van het leenrecht draait nu eenmaal om het gesproken woord van heren en vazallen, terwijl de hedendaagse onderzoeker vooral teksten van clerici heeft. Dat geeft de valse indruk als zouden alleen maar tienden, parochiekerken en kerkvoogdijen in leen gehouden worden en dan nog door verfoeilijke lieden die allesbehalve om hun zielenheil bekommerd zijn.<sup>16</sup> Het aantal bewaarde oorkonden staat dan ook niet noodzakelijk in verhouding tot het belang van de feodaliteit in de diverse vorstendommen. Een probleem is dat niet altijd de mogelijkheid bestaat om na te gaan of de bronnensituatie de realiteit weerspiegelt, net omdat voor Lotharingen de bronnen daarvoor ontbreken. Informatie over de militaire verplichtingen van de vazallen is ruimschoots aanwezig in Vlaanderen,<sup>17</sup> maar niet in Lotharingen.<sup>18</sup> Algemeen is weinig informatie beschikbaar over de diensten van de vazallen, behalve dan over hun verplichting om op te treden als invloedborg voor de heer, namelijk als waarborg voor zijn verbintenissen tegenover een derde door te beloven in een conflict met die laatste neutraal te blijven of hem zelfs te steunen. Zowel in Vlaanderen als in Lotharingen is deze dienst van in den beginne aanwezig.<sup>19</sup>

Een eerste mogelijke vergelijking betreft de terminologie. De term *beneficium* levert daarbij weinig op, omdat hij al vroeg voorkomt.<sup>20</sup> Anders is het met de nieuwkomer *feodum*.<sup>21</sup>

16 Zie bv. L. Sloet (red.), *Oorkondenboek der graafschappen Gelre en Zutphen*, Den Haag, 1872-1876, 224-225, nr. 229 (1118-1127).

17 Zie bv. F. Vercauteren (red.), *Actes des comtes de Flandre (1071-1128)*, Brussel, 1938, 88-95, nr. 30 (1101); voor de datering, zie F. Ganshof, R. Van Caenegem en A. Verhulst, 'Note sur le premier traité anglo-flamand de Douvres', *Revue du Nord*, 1958, 245-257.

18 Voor uitzonderingen, zie S. Bormans en E. Schoolmeesters (red.), *Cartulaire de l'église de Saint-Lambert*, dl. 1, Brussel, 1894, 56, nr. 35 (1127) en 120, nr. 75 (1197).

19 Zie voor Vlaanderen bv. Vercauteren, *Actes*, 88-95, nr. 30 (1101); De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, 424-427, nr. 269 (1167); voor Lotharingen: S.P. Ernst, *Histoire du Limbourg, suivi de celle des comtés de Daelhem et de Fauquemont, des annales de l'abbaye de Rolduc*, Luik, 1837-1847, dl. 6, 162-163, nr. 73 (1191); J. Halkin en C.-G. Roland (red.), *Recueil des chartes de l'abbaye de Stavelot-Malmédy*, dl. 1, Brussel, 1909, 274-277, nr. 135 (1104).

20 De meest gebruikelijke schrijfwijze in de Nederlanden is *beneficium* (bv. B. Delmaire, *L'histoire-polyptique de l'abbaye de Marchiennes (1116-1121). Étude critique et édition*, Louvain-la-Neuve, 1985, 106-107, nr. 8 (1135). Een minder gebruikelijke variant is *benefitium* (bv. J.-L. Kupper, 'Une conventio inédite entre l'évêque de Liège Théoduin et le comte Albert de Namur', *Handelingen van de koninklijke commissie voor geschiedenis*, 1979, 23-24 (1064)), die vooral voorkomt in Stavelot, zie bv. Halkin en Roland, *Recueil*, 344-346, nr. 168 (1139).

21 Het volgende overzicht is beperkt tot de term *feodum* en gaat niet in op verwante termen als *infodare*. Met oorkonden van oorkonders of destinatarissen buiten het vorstendom in kwestie is geen rekening gehouden. De gebruikelijke schrijfwijze is *feodum* (bv. De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, 213-215, nr. 131 (1151)), maar er zijn vele varianten: *feudum* (bv. J.-J. De Smet, 'Cartulaire de l'abbaye de Tronchiennes', in: *Recueil des chroniques de Flandre*, dl. 1, Brussel, 1837, 708, nr. 7 (1139)), *phœdum* (bv. Vercauteren, *Actes*, 173-174, nr. 76 (1115)), *feodus* (bv. C. Duviérier, *Actes et documents anciens intéressant la Belgique*, Brussel, 1898-1903, dl. 2, 54-55, nr. 26 (1165)) en *fiodum* (bv. G. Piot (red.), *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Trond*, dl. 1, Brussel, 1870, 45-46, nr. 35

Het vroege gebruik daarvan kan eventueel wijzen op een voorsprong bij de ontwikkeling van het leenrecht. De allereerste vermeldingen vallen echter door de mand als vervalsingen. Dat geldt voor een oorkonde uit 961 van graaf Arnulf van Vlaanderen,<sup>22</sup> maar ook voor een oorkonde die in 1021 gedateerd is en die een overzicht geeft van de lenen gehouden door de hofambtenaren van de bisschop van Utrecht.<sup>23</sup> Zeer problematisch is een Vlaamse oorkonde uit 1038, de voogdijregeling van Marchiennes.<sup>24</sup> De laatste stand van het onderzoek is dat de graaf van Vlaanderen in 1038 een oorkonde uitgevaardigd heeft waarvan de bewaarde tekst niet de oorspronkelijke is, maar een actualisering uit de vroege twaalfde eeuw.<sup>25</sup> De erin beschreven gebeurtenissen hebben zich daadwerkelijk voorgedaan in 1038, maar de gehanteerde terminologie, dus ook de term *feodum*, stamt uit de twaalfde eeuw. Een volgende Vlaamse oorkonde, voor de abdij van Sint-Winoksbergen (1067),<sup>26</sup> staat vol interpolaties en valt dus ook af. Uiteindelijk dateert het eerste onbetwiste gebruik van *feodum* in Vlaanderen pas uit 1093.<sup>27</sup> Dat betekent dat Kamerijk en Henegouwen de term al eerder kennen dan Vlaanderen, want daar verschijnt hij in 1081,<sup>28</sup> respectievelijk 1087.<sup>29</sup> De rest van Lotharingen loopt achterop: Stavelot (1104),<sup>30</sup> Brabant (1111),<sup>31</sup> Utrecht/Gelre (1129)<sup>32</sup> en Luik (1131).<sup>33</sup> Holland daarentegen volgt veel later, want pas in 1174 duikt *feodum* op in een oorkonde van de landsheer.<sup>34</sup> Dit alles leert echter niet veel omdat een analyse van de

(1135)). Deze laatste variant is vooral interessant omdat hij in principe niet voorkomt in Vlaanderen, maar enkel in Lotharingen. Een uitzondering daarop vormen enkele grafelijke oorkonden opgesteld door een Brabantse destinataris, de abdij van Affligem (zie bv. De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, 28-29, nr. 9 (1130)). Bepaalde varianten komen slechts eenmaal voor, zoals *phodus* (De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, 151-153, nr. 373 (1174)), *fyodum* (Piot, *Saint-Trond*, 70-71, nr. 52 (1146)) en *fiodum* (E. de Marneffe, *Cartulaire de l'abbaye d'Afflighem et des monastères qui en dépendaient*, Leuven, 1894, 129-130, nr. 84 (1151)). Zoals blijkt uit de gegeven voorbeelden zijn afwijkende schrijfwijzen populair in Sint-Truiden en, vooral, Affligem.

22 V. Lambert, *De Oorkonden van het Sint-Donatianskapittel te Brugge, 9de eeuw-1300*, dl. 1, Brussel, 2008, 6-8, nr. 4 (961). Zie ook over deze oorkonde A. Derolez, 'De valse oorkonde van het Sint-Donatianskapittel te Brugge (961, juli 31)', *Handelingen van de koninklijke commissie voor geschiedenis*, 1974, 431-499.

23 Koch, *Oorkondenboek*, dl. 1, 133-140, nr. 73. De vele anachronismen maken het tot een grappig stuk voor wie een beetje de toenmalige situatie kent.

24 M. Courtois, *Chartes originales antérieures à 1121 conservées dans le département du Nord*, dl. 1, Nancy, 1981, 62-63. Zie voor een editie en een uitgebreide analyse van de inhoud: R. Naz, *L'avouerie de l'abbaye de Marchiennes*, Parijs, 1924.

25 S. Vanderputten, 'Fulcard's pigsty: Cluniac reformers, dispute settlement and the lower aristocracy in early twelfth-century Flanders', *Viator*, 2007, 99, noot 49.

26 A. Pruvost, *Chronique et cartulaire de l'abbaye de Bergues-Saint-Winoc*, Brugge, 1875, 57-63. Zie over deze oorkonde: N. Huyghebaert, 'De meier van Zwevezele in de Miraculi Sancti Winnoci', *Handelingen van het genootschap voor geschiedenis te Brugge*, 1971, 219-220.

27 Vercauteren, *Actes*, 38-41, nr. 12. Er is wel nog een oorkonde van een jaar eerder, maar die is verdacht, Vercauteren, *Actes*, 35-38, nr. 11.

28 Courtois, *Chartes*, dl. 1, 115-118 en 119-121.

29 A. Miraëus en J. Foppens, *Opera diplomatia et historica*, dl. 1, Brussel, 1723, 515, nr. 28 (1087).

30 Halkin en Roland, *Recueil*, dl. 1, 531, nr. 286. Het gaat hier om de variant *fiodum*.

31 De Marneffe, *Afflighem*, 35-36, nr. 19, alweer met de variant *fiodum*.

32 B. Van Bavel, *Goederenverwerving en goederenbeheer van de abdij Mariënweerd (1129-1592)*, Hilversum, 1993, 607-610, bijlage A. Het gaat om de stichtingsoorkonde van Mariënweerd, waarbij men dan wel niet mag vergeten dat de abt van de Sint-Maartensabdij van Laon hierbij betrokken was, zodat deze oorkonde niet echt representatief is, zie Van Bavel, *Goederenverwerving*, 43, 81-90 en 117-124.

33 M. Evrard, 'Documents relatifs à l'abbaye de Flône', *Analectes pour servir à l'histoire ecclésiastique de la Belgique*, 1892, 292-293, nr. 6.

34 Koch, *Oorkondenboek*, dl. 1, 317-319, nr. 169 (1174).

eerste vermeldingen aantoont dat de oorkonden, of beter gezegd de clerici die ze opstelden, achterliepen op het taalgebruik in de wereld van heren en vazallen. De Henegouwse oorkonde uit 1087 is op dit punt duidelijk en stelt dat de benaming *feodum* (of beter *fief*) in de volksmond gebruikelijk was.<sup>35</sup> De eerste verschijning van de term *feodum* geeft dan ook een capitulatie van de clerici voor de volkstaal aan en niet zozeer een vernieuwing in het feodale milieu zelf. In dit kader is het veelbetekenend dat de eerste Hollandse oorkonde die de term *feodum* vermeldt, in 1174, meteen ook de eerste is die het woord *beneficium* bevat, omdat de Hollandse auteur blijkbaar niet meteen wist welk woord hij diende te gebruiken. Dat de feodaliteit nog een relatief nieuw fenomeen was in Holland, bleek nog begin dertiende eeuw, toen zowel de hertog van Brabant als de regent van Namen nog duidelijk dienden te stipuleren dat het Brabantse, respectievelijk het Vlaamse recht, zou gelden voor een leen gehouden door de graaf van Holland.<sup>36</sup> Dergelijke twijfels over het toepasselijke recht bestonden niet voor vazallen uit meer gefeodaliseerde gebieden. Zij wisten dat steeds het recht van (het leenhof van) de heer gold.

De terminologie leert weinig over de feodalisering in tegenstelling tot de inhoud van de oorkonden. Doordat onze bronnen afkomstig zijn van kerkelijke instellingen gaat het vaak om ‘negatieve’ vermeldingen. De feodaliteit wordt vermeld omdat een goed geen leen mag zijn,<sup>37</sup> omdat een leek erkent dat hij het niet in leen houdt<sup>38</sup> of omdat het goed zijn feodaal statuut verliest na verwerving door een kerkelijke instelling.<sup>39</sup> Daarbij zijn er echter grote verschillen. Aan de ene kant van het spectrum staat Vlaanderen. Vanaf het tweede kwart van de twaalfde eeuw verschijnen daar heel wat oorkonden over vervreemdingen van lenen.<sup>40</sup> Dat wijst op een feodaliteit die al enkele generaties bestaat, omdat de lenen pas na enkele generaties in de kerkelijke archieven opduiken.<sup>41</sup> Een vazal heeft voor de verkoop van een leen immers de toestemming van zijn heer nodig, maar niet voor de verkoop van een allodium. Bijgevolg verkopen de vazallen eerst hun allodia. Daardoor, en door het erfrecht, neemt het aantal allodia in het patrimonium van de leenhouders af ten voordele van de lenen, zodat na enkele generaties enkel nog lenen overblijven om te verkopen. Henegouwen en de andere zuidelijke vorstendommen volgen pas enige tijd na Vlaanderen, terwijl in bijvoorbeeld Holland vervreemdingen van lenen in de bestudeerde periode quasi niet voorkomen. Daar gaat het vooral om een andere negatieve vermelding van de lenen, namelijk het verbod om een goed in leen te geven. Het zegt genoeg dat er in de twaalfde eeuw in Holland nog evenveel infeodatieverboden als daadwerkelijke lenen in de oorkonden voorkomen.<sup>42</sup> Zelfs dan is Holland nog geen ware tegenhanger van Vlaan-

35 ‘*beneficium quod vulgo dicitur feodum*’, Miraeus en Foppens, *Opera*, dl. 1, 515, nr. 28 (1087).

36 Koch, *Oorkondenboek*, dl. 1, 407-412, nr. 244 (1200) en 451-452, nr. 272 (1204).

37 Bv. Sloet, *Oorkondenboek der graafschappen Gelre en Zutphen*, 224-225, nr. 229 (1118-1127).

38 Bv. Koch, *Oorkondenboek*, dl. 1, 317-319, nr. 169 (1174).

39 Bv. De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, 137-140, nr. 83 (1145).

40 De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, 120-121, nr. 72 (1144).

41 Cf. Piot, *Saint-Trond*, 84-85, nr. 62 (1154).

42 Het is geen toeval dat de graaf van Holland voor het eerst in zijn oorkonden zowel *feodum* als *beneficium* gebruikt wanneer



deren. Dat is het Noorden van Nederland, waar de feodaliteit schittert door afwezigheid.

Het spreekt voor zich dat de lenen niet de enige aanduiding van de feodaliteit zijn omdat er nog steeds vazallen zonder leen kunnen zijn, al duiken die dan meestal niet op in de oorkonden, maar enkel in de verhalende bronnen. Zelfs in Vlaanderen komen ze nog voor tot het einde van de twaalfde eeuw,<sup>43</sup> zij het dat uit de oorkonden toch vooral blijkt dat manschap en leen bij elkaar horen<sup>44</sup> en eenzelfde tendens is ook merkbaar in Lotharingen.<sup>45</sup> Vlaanderen loopt echter voorop, want al eind elfde eeuw kan een heer daar de manschap van zijn vazal verliezen, wanneer die geen leen meer heeft.<sup>46</sup>

Vooral bij de leentransacties komen de verschillen tussen Vlaanderen en de andere vorstendommen scherp tot uiting. Overal is de instemming van de heer vereist<sup>47</sup> en kan deze daarvoor een compensatie vragen.<sup>48</sup> Enkel Vlaanderen kent meer gedetailleerde regels, die de vazal tegen willekeur vanwege de heer beschermen. Ten laatste vanaf 1150 geldt het principe dat de heer zijn toestemming niet kan weigeren zonder een geldige reden.<sup>49</sup> In de twaalfde eeuw is het ook enkel in Vlaanderen dat een vazal de toestemming van zijn heer kan verkrijgen door een opgedragen leen, nl. door een allodium aan zijn heer te overhandigen dat hij voortaan als leen zal houden in de plaats van het vervreemde leen.<sup>50</sup> Deze techniek komt in de andere vorstendommen van de Nederlanden pas later op,<sup>51</sup> terwijl zij in de dertiende eeuw bij gebreke van allodia al grotendeels in Vlaanderen verdwenen is (behalve in het Land van Aalst dat op wel meer vlakken achterop loopt).<sup>52</sup>

De voorsprong van Vlaanderen is ook merkbaar in de betrokkenheid van de familie bij de leentransacties. Overal geldt dat de familieleden hun instemming dienen te geven,<sup>53</sup> maar in Vlaanderen krijgt in de tweede helft van de twaalfde eeuw de naaste erfgenaam vaak een grotere rol. Hij treedt als enige op,<sup>54</sup> soms op vraag van de andere familieleden,<sup>55</sup> of wordt toch al apart vermeld.<sup>56</sup> Vlaanderen loopt ook voorop bij het gebruik van financiële criteria. De vazal die nood of armoede kan inroepen hoeft de toestemming van zijn verwanten

hij verbiedt dat een bepaald goed (in casu een voogdij) in leen gegeven wordt, cf. Koch, *Oorkondenboek*, dl. 1, 317-319, nr. 169 (1174).

43 J. Heller (red.), *Lamberti Ardensis Historia comitum Ghisnensium*. Monumenta Germanica Historica, dl. 24, Hannover, 1879, 607, nr. 96.

44 Cf. De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/3, 416-418, nr. 822 (1163-1190).

45 Bv. Duvivier, *Actes*, dl. 1, 205-207 (1131).

46 Miraeus en Foppens, *Opera*, dl. 1, 367 (1097).

47 Bv. F.-A. Duchesne, *Histoire généalogique de la maison de Béthune. Preuves*, Parijs, 1639, 50 (1190).

48 Cf. J. Lavaley, "Le 'liber mortuorum' de l'abbaye de Dillighem", *Analecta praemonstratensia*, 1926, 12-13 (1172).

49 De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 203-205, nr. 125 (1150).

50 De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 339-340, nr. 218 (1163).

51 Zie bv. voor Gelre W.A. Beelaerts van Blokland, *De praktijk van het leenrecht in Gelderland*, Leiden, 1910, 65.

52 Cf. D. Heirbaut, *Over lenen en families. Het zakelijk leenrecht in Vlaanderen, ca. 1000-1305. Een studie over de vroegste geschiedenis van het leenrecht in het graafschap Vlaanderen*, Brussel, 2000, 37.

53 Evrard, *Documents*, 292-293, nr. 6; Duvivier, *Actes*, 78-81, nr. 41 (1174).

54 De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 412-413, nr. 260 (1166) en dl. II/1, 151-153, nr. 373 (1174).

55 De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/2, 112-113, nr. 591 (1181).

56 G. Piot (red.), *Cartulaire de l'abbaye d'Enname*, Brugge, 1881, 88, nr. 107 (1199); T. Duchet en A. Giry (red.), *Cartulaire de l'église de Théroouanne*, Saint-Omer, 1881, 62-63, nr. 77 (1190).



niet meer te vragen.<sup>57</sup> In Lotharingen verschijnen deze criteria pas in de dertiende eeuw.<sup>58</sup> Ze wijzen alweer op een verder gevorderde feodalisering van Vlaanderen, waar het vlugger kon gebeuren dat iemand geen niet-feodale goederen meer had om te verkopen.

Het erfrecht vertoont hetzelfde beeld als de leentransacties. Specifiek Vlaams is dat al in de tweede helft van de twaalfde eeuw jongere zonen lenen houden van hun oudste broer.<sup>59</sup> Dat wijst alweer op een sterke feodalisering. De families van de leenhouders hebben geen niet-feodale goederen meer, zodat het niet langer mogelijk is te werken met een absolute primogenituur, waarbij de oudste zoon alle lenen erft. Voortaan dienen de jongere kinderen ook een deel van de lenen te krijgen. Henegouwen volgt hierbij kort op de hielen van Vlaanderen, want lenen voor jongere kinderen beginnen er al sporadisch op te duiken in de tweede helft van de twaalfde eeuw. Ze breken daar echter pas door in de dertiende eeuw.<sup>60</sup>

Ook het leenrechtelijk huwelijksvermogensrecht toont aan dat Henegouwen niet echt tot het Lotharingische peloton behoort en vlugger Vlaanderen volgt. In Vlaanderen krijgt de weduwe vanaf de jaren zestig van de twaalfde eeuw een gewoonterechtelijk doarium op de helft van de lenen.<sup>61</sup> In Henegouwen kunnen vrouwen ook al een doarium op de lenen krijgen, maar dan enkel wanneer hun echtgenoot hen dat wil geven.<sup>62</sup> In Brabant komen slechts twee doaria voor en meer bepaald bij opgedragen lenen.<sup>63</sup> Elders is het leenrechtelijk doarium afwezig. Ook op andere vlakken loopt Vlaanderen voor als het gaat om 'vrouwenrechten'. De vrouwelijke vazal komt er meer en vroeger voor dan in Lotharingen,<sup>64</sup> waarschijnlijk al vanaf het jaar 1000,<sup>65</sup> met alweer Henegouwen als een goede tweede, want daar kan een vrouw al vanaf 1071 het graafschap houden.<sup>66</sup> De grotere rol van vrouwen in het Vlaamse leenrecht blijkt ook uit het voorkomen van de term *primogenita*, de eerstgeboren dochter die erft bij ontbreken van zoons.<sup>67</sup> Alweer onderscheidt Henegouwen zich van de rest omdat deze term, uiteraard later dan in Vlaanderen, ook daar opduikt.<sup>68</sup>

57 De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/2, 151-152, nr. 373 (1174); F. Morand, *Appendice au cartulaire de l'abbaye de Saint-Bertin*, Parijs, 1867, 36-38, nr. 45 (1124); A. D'Herbomez, 'Histoire des châtelains de Tournai de la maison de Mortagne. Preuves', *Mémoires de la société historique et littéraire de Tournai*, 1895, 22-23, nr. 18 (1191).

58 N. Didier, *Le droit des fiefs dans la coutume de Hainaut au moyen âge*, Parijs, 1945, 120-121.

59 Bv. De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 285, nr. 181 (1159) en dl. II/3, 234-235, nr. 679 (1184).

60 Didier, *Le droit de fiefs*, 192, 195.

61 D. Heirbaut, 'From virgin to mother of the eldest son and widow: the ideal life-cycle of aristocratic women in Flanders during the High Middle Ages according to feudal law' (in voorbereiding).

62 L. Devillers, *Chartes du comté de Hainaut de l'an 1200, reproduction des originaux avec introduction, traduction et notes*, Bergen, 1898, 2-7 (1200).

63 P. De Ram (red.), *Chronique des ducs de Brabant par Edmond de Dymter*, Brussel, 1854-1860, dl. 2, 118 (1191); M. Dillo en G.A.M. Van Syngel, *Oorkondenboek van Noord-Brabant tot 1312. II. De heerlijkheden Breda en Bergen op Zoom*, Den Haag, 2000, dl. 1, 122-125, nr. 924 (ca. 1198).

64 In Lotharingen is het in de twaalfde eeuw vaak nog nodig om uitdrukkelijk te bepalen dat een vrouw kan erven, cf. De Ram, *Chronique*, dl. 2, 118 (1191); Devillers, *Chartes Hainaut*, 2-7 (1200); S. Muller, K. Heeringa et al. (red.), *Oorkondenboek van het Sticht Utrecht tot 1301, Utrecht-Den Haag, 1920-1959*, dl. 1, 465-467, nr. 527 (1196).

65 Heirbaut, 'From virgin to mother'.

66 *Monumenta Germaniae Historica – Constitutiones*, dl. 1, Hannover, 1893, 649-650, nr. 441.

67 Bv. De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/2, 151-152, nr. 373 (1174).

68 L. Devillers, 'Mémoires sur les cartulaires de l'abbaye de Saint-Denis-en-Broqueroie', *Annales du Cercle archéologique de Mons*, 1871, 125-126, nr. 26 (1198).

Het bovenstaande maakt duidelijk dat het niet opgaat Vlaanderen en Lotharingen als een geheel te beschouwen. Vlaanderen is de koploper, Henegouwen probeert aan te klampen en de rest volgt op enige afstand. Een geval apart vormt het kleine vorstendom Kameerijk dat onder sterke Vlaamse invloed staat en dat een evolutie kent die gelijk loopt met die in Vlaanderen.<sup>69</sup> Binnen de groep van Lotharingische vorstendommen zijn er uiteraard ook verdere verschillen dan die tussen Henegouwen en de rest. Bovendien is ook Vlaanderen geen homogeen gebied. Het graafschap kent in deze periode dan wel één leenrecht, maar de graad van feodalisering varieert nogal van zuid naar noord. Zo betreffen de eerste vermeldingen van een totale verzakelijking van de band tussen heer en vazal<sup>70</sup> en de verkopen wegens nood of armoede het kleine graafschap Guines in het zuiden van Vlaanderen,<sup>71</sup> terwijl, zoals aangegeven, Aalst aan de andere kant van het graafschap eerder achterop loopt. Gelijkaardige variaties bestaan ook in andere vorstendommen. De vroegste Brabantse evoluties betreffen vaak de abdij van Affligem die niet toevallig aan de grens met Vlaanderen ligt. Affligem kan echter niet zomaar afgedaan worden als een loutere navolger van Vlaanderen, want de abdij verkiest bijvoorbeeld de term *fiodum* boven het Vlaamse *feodum*.<sup>72</sup>

#### 4 De gevolgen: een complexer leenrecht in Vlaanderen dat Lotharingen beïnvloedt

De voorsprong van Vlaanderen zorgt ervoor dat daar een veel complexer leenrecht heerst dan in de andere vorstendommen van de Nederlanden. Overal geldt het principe dat alles wat een bestendig inkomen oplevert een leen kan zijn.<sup>73</sup> In Vlaanderen treedt daarbij echter veel meer variatie in de bronnen op.<sup>74</sup> De complexiteit van de gerechtelijke organisatie is daar ook groter. De Vlaamse *curia* treedt ten laatste in 1038 al op als leenhof,<sup>75</sup> terwijl de andere vorstendommen later volgen, met als eerste, alweer, Henegouwen omstreeks 1060.<sup>76</sup> Vlaanderen zet echter nog een volgende stap en bouwt vanaf het midden van de twaalfde eeuw een netwerk van lokale vorstelijke leenhoven uit. Dat proces krijgt overigens pas zijn voltooiing in 1244, wanneer de centrale *curia* haar bevoegdheden in leenzaken grotendeels overdraagt aan die lokale leenhoven.<sup>77</sup> Een ander voorbeeld van de meer geëvolueerde toestand in Vlaanderen vormt de ligische vazalliteit. Het woord *ligius* verschijnt voor het eerst

69 Zie bv. Heirbaut, *Lenen*, 47.

70 Miraeus en Foppens, *Opera*, dl. 1, 367 (1097).

71 Morand, *Appendice*, 36-38, nr. 45 (1124).

72 *Supra*, noot 21.

73 H. De Laplane, *L'abbaye de Clairmarais*, Saint-Omer, 1864, 357, nr. 36 (ca. 1185).

74 Er zijn zoveel mogelijkheden dat het geen zin heeft deze allemaal te vermelden. Vermeldenswaard is wel dat de belening met een gebouw, bv. een molen, niet inhoudt dat het leen in kwestie ook het land omvat, waarop het gebouw staat, cf. Piot, *Ename*, 43-44, nr. 43 (1155).

75 Courtois, *Chartes*, dl. 1, 62-63; Naz, *Avouerie*, 20-22 (1038). Zie ook noot 24 over deze oorkonde.

76 L. Génicot, 'Le premier siècle de la curia de Hainaut (1060 env.-1195)', *Le Moyen Âge*, 1947, 44-45.

77 D. Heirbaut, *Over heren, vazallen en graven. Het persoonlijk leenrecht in Vlaanderen, ca. 1000-1305*, Brussel, 1997, 172-189.

in een Vlaamse oorkonde in 1111,<sup>78</sup> maar een Kamerijkse bron van kort na 1076 gebruikt het al om een Vlaamse vazal te beschrijven<sup>79</sup> en het is best mogelijk dat het woord ook al voorkwam in de oorkonde van 1071 die beschrijft hoe de allodia van de graaf van Henegouwen een Luiks leen werden,<sup>80</sup> mede omdat het eerste onbetwiste gebruik van de term al uit 1114 dateert.<sup>81</sup> Oorspronkelijk dient de ligische vazalliteit om een samenloop van de verplichtingen tegenover meerdere heren te regelen.<sup>82</sup> De vazal moet in dat geval voorrang geven aan zijn ligische heer. In de twaalfde eeuw heeft de term echter al zijn betekenis verloren voor de interne feodale relaties in een vorstendom, niet alleen in Vlaanderen, maar ook in Henegouwen<sup>83</sup> en Brabant.<sup>84</sup> In Vlaanderen gaat dit echter nog verder met bijvoorbeeld vazallen met vier ligische heren<sup>85</sup> of met verschillende ligische lenen van dezelfde heer.<sup>86</sup>

De complexiteit van de Vlaamse feodaliteit weerspiegelt zich ook weer in de terminologie. Elders gaat het om heren en vazallen. Vlaanderen verfijnt dit door verschillende categorieën vazallen te onderscheiden met aan het ene uiterste de hoogste vazallen, de baronnen,<sup>87</sup> en aan het andere uiterste de zogenaamde *vavassores*,<sup>88</sup> van wie overigens niet duidelijk is wie zij precies zijn.<sup>89</sup> De terminologische complexiteit van Vlaanderen kan soms ook slechts schijn zijn. In de Vlaamse oorkonden komen heel wat termen voor om het verhefgeld, de successietaks ten bate van de heer, te benoemen.<sup>90</sup> Die terminologische verwarring verdwijnt echter, wanneer men kijkt naar de volkstalen die consequent één term gebruiken, *relief* in het Oud-frans,<sup>91</sup> *coepe* in het Middelnederlands.<sup>92</sup> De heren en vazallen weten maar al te goed waar ze het over hebben. Enkel de clerici zijn onzeker over de Latijnse term die ze dienen te gebruiken.

78 De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 108-109, nr. 64 (1142). Een variant is *legius*, cf. De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 179-182, nr. 111 (1148).

79 L. Bethmann (red.), *Gesta episcoporum Cameracensium continuatio. Gesta Lietberti episcopi*. Monumenta Germanica Historica, dl. 7, Hannover, 1846, 493.

80 Cf. de kroniek van Giselbert van Bergen, L. Vanderkindere (red.), *Chronicon Hanoniense*, Brussel, 1904, 11. Zie echter ook de bedenkingen van R. Deutinger, 'Seit wann gibt es die Mehrfachvasallität', *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 2002, 100, noot 75.

81 P. Godding en J. Pycke, 'La paix de Valenciennes de 1114', *Bulletin de la Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de la Belgique*, 1979, 100-134.

82 Bv. Prevenier, *Oorkonden*, dl. 2, 253-258, nr. 114 (1199).

83 Didier, *Le droit des fiefs*, 30-34 en 51-52.

84 Cf. L. Dailliez, *Les Templiers en Flandre-Hainaut-Brabant-Liège et Luxembourg*, Nice, 1978, 315-316, nr. 17 (1142).

85 E. Van Drival (red.), *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Vaast d'Arras rédigé au XIIe siècle par Guimann*, Arras, 1875, 241, 243 en 331.

86 Van Drival, *Cartulaire*, 243 en 275.

87 Aangeduid als *baro* (De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 404-407, nr. 255, (1166)), maar daarnaast zijn er nog andere benamingen: *procer* (Vercauteren, *Actes*, 147-148, nr. 62 (1113)); *princeps* (Prevenier, *Oorkonden*, 82-87, nr. 33 (1195)), *primor* (Vercauteren, *Actes*, 247-251, nr. 108 (1122)) en *optimas* (Vercauteren, *Actes*, 223-225, nr. 98 (1119-1120)).

88 Zie bv. Van Drival, *Cartulaire*, 338.

89 Mede omdat *vavassores* soms ook niet-feodale tenurehouders kunnen zijn, cf. De Laplane, *Clairmarais*, 318-319, nr. 6 (1145).

90 Namelijk *relevium* (De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/2, 98-99, nr. 336 (1171)), *relevatio* (Duvivier, *Actes*, dl. 1, 74-79 (1143-1163)), *relevamentum* (Vercauteren, *Actes*, 302-303, nr. 129 (1127-1128)), *relevamen* (De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 420, nr. 266 (1166)), *relicum* (De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 18-19, nr. 3 (1128)) en *reliquia* (De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 254-255, nr. 157, (1157)).

91 De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, dl. II/1, 116-117, nr. 69 (1134-1143).

92 Cf. De Hemptinne en Verhulst, *Oorkonden*, 291, nr. 186 (1160).

Net omdat Vlaanderen vooroploopt, beïnvloedt het ook de andere vorstendommen. In bepaalde gevallen is de Vlaamse invloed zeer goed gedocumenteerd. Zo schenkt Vlaamse graaf Willem Clito in 1127 zijn verhefgelden aan de Tempeliers. De graaf van Henegouwen volgt dat voorbeeld in 1139,<sup>93</sup> de hertog van Brabant in 1142.<sup>94</sup> Vooral op Henegouwen is de Vlaamse invloed zeer groot, mede omdat beide vorstendommen soms eenzelfde vorst hebben.<sup>95</sup> Dat verklaart bijvoorbeeld waarom de Vlaamse benaming voor de hoogste vazallen, baronnen, in de twaalfde eeuw ook al in Henegouwen populair is.<sup>96</sup> De Vlaamse invloed is overigens niet totaal. Merkwaardig genoeg heeft Zeeland-bewesten-Schelde, nota bene tot 1128 onder directe controle van Vlaanderen, een eigen, zeer specifiek, leenrecht.<sup>97</sup>

De achterstand op Vlaanderen leidt soms ook tot frustraties. De graaf van Vlaanderen heeft bijvoorbeeld zeer uitgebreide rechten op de versterkingen in zijn graafschap.<sup>98</sup> De graaf van Henegouwen zou diezelfde rechten ook hebben volgens Giselbert van Bergen, maar die vertolkt daarmee de aspiraties van zijn meester en niet de realiteit.<sup>99</sup> Nog problematischer voor de naburige landsheren is dat Vlaanderen veel vroeger dan Henegouwen, Brabant en Holland een duidelijk bewustzijn van een feodale hiërarchie ontwikkelt. De graven van Vlaanderen gaan ervan uit dat zij een uitzonderlijke positie bekleden en daarom zijn zij enkel vazallen van koningen of kerkelijke vorsten. De naburige vorsten beginnen pas te beseffen dat ook zij een dergelijke politiek dienen te voeren, wanneer Frederik Barbarossa de *Heerschildordnung* invoert. Een wereldlijke rijksvorst kan daardoor enkel lenen houden van koningen en kerkelijke vorsten. Het heeft er alle schijn van dat de Vlaamse praktijk daarbij misschien niet het enige, maar toch wel een belangrijk voorbeeld geweest is.<sup>100</sup> Voor Vlaanderen komt dit goed uit, maar niet voor de graaf van Holland, want hij is een Vlaamse vazal, zodat hij geen rijksvorst kan zijn, tenzij hij zijn leen van Zeeland-Bewester Schelde zou opgeven.<sup>101</sup>

## 5 Een verklaring voor de verschillen: de staatsvorming

Wie de verschillen tussen Vlaanderen en de overige vorstendommen probeert te verklaren, kan niet anders dan te wijzen op de verschillen in de algemene ontwikkeling. Een mooi

93 Duvivier, *Actes*, dl. 2, 35-36, nr. 16 (1139).

94 Dailliez, *Templiers*, 315-316, nr. 17 (1142).

95 Personele unies van 1051 tot 1071 en van 1191 tot 1278.

96 Duvivier, *Actes*, dl. 2, 78-81, nr. 41 (1174).

97 Heirbaut, *Lenen*, 53-56.

98 Zie daarvoor J. De Smet, *De 'Paces Dei' der bisdommen van het graafschap Vlaanderen (1024-1119)*. Kritische studie en tekstuitgave, Leuven, 1956 (onuitg. doctoraatsproefschrift K.U.Leuven).

99 *Supra*, noot 10.

100 Heirbaut, 'Galbert', 74-76.

101 D. Heirbaut, 'On and over the edge of the empire: the counts of Flanders and Hainault and the election of the kings of the Romans (1000-1314)', in: A. Wolf (red.), *Königliche Tochterstämme, Königswähler und Kurfürsten*, Frankfurt, 2002, 429-430, 434, 436-437, 441-442, 445-446 en 451; K. Van Eickels, 'Die Grafen von Holland und ihre Entwicklungsmöglichkeiten an der Wende von Hoch- und Spätmittelalter: Landesherren, Reichsfürsten, Kurfürsten?', in: Wolf, *Töchterstämme*, 474-480.

voorbeeld daarvan vormt de ministerialiteit. In Vlaanderen bestaan de ministeriales als dusdanig niet meer nadat de Vlaamse edelen in 1127 de Erembalden geëlimineerd hebben om hen te straffen voor de moord op Karel de Goede.<sup>102</sup> Trouwens, die moord zou er niet geweest zijn had de graaf niet geprobeerd de Erembalden, die doorgingen voor vrijen, terug te brengen tot hun horige staat. Ministeriales komen in Lotharingen nog frequent voor en zij houden vaak lenen.<sup>103</sup> Meer nog, zij streven ernaar ook hun ambten als lenen te houden, zodat ze van de erfelijkheid kunnen genieten.<sup>104</sup> Hun heren proberen zich daartegen te verzetten,<sup>105</sup> maar daarbij zijn ze in bijvoorbeeld Utrecht<sup>106</sup> meer succesvol dan in Namen.<sup>107</sup> Fundamenteel voor de voorsprong van het leenrecht in Vlaanderen is vooral de vroegere uitbouw van een sterke landsheerlijke macht. De feodaliteit is een instrument van een krachtige vorst en als die eerder opduikt, dan volgt ook de feodaliteit in zijn kielzog.

## 6 Conclusie: verschillen in chronologie en complexiteit, maar eenzelfde gereedschapskist in Vlaanderen en Lotharingen

Ganshof blijkt dus ongelijk te hebben. Vlaanderen en Lotharingen horen niet samen en ook binnen Lotharingen zijn de verschillen groot, tussen Henegouwen en de rest, maar ook tussen noord en zuid. Daarbij past echter een bedenking. Het Ganshofiaanse model stemt, op een paar uitzonderingen na, relatief goed overeen met de Vlaamse realiteit. Er zijn bijvoorbeeld de zogenaamde feodale bedden die pas in de dertiende eeuw verschijnen en dan niet echt feodaal zijn omdat niet de vazal ze betaalt, maar zijn onderhorigen.<sup>108</sup> Ganshofs model past ook goed bij de Lotharingische bronnen, omdat de Vlaamse evoluties zich daar ook voordoen, zij het later en met minder complexiteit. Uiteraard is het nodig om de precieze verschillen en gelijkenissen na te gaan en enkele specifieke problemen verder te onderzoeken. Interessant is bijvoorbeeld de rol van het heergewaad, de successietaks die bestaat uit een paard met wapenrusting. Een Utrechtse oorkonde uit 1200 vermeldt de *hergewede*.<sup>109</sup> In het meer geavanceerde Vlaanderen bestaat het heergewaad niet.<sup>110</sup> Voeg daarbij dat Vlaanderen al in 1127 een financiële bovengrens voor de feodale successietaksen

102 F.-L. Ganshof, *Étude sur les ministériales en Flandre et en Lotharingie*, Brussel, 1926 is ondertussen achterhaald. Voor Lotharingen is dat geen probleem omdat daarvoor, na Ganshof, heel wat onderzoek verricht is, zie bv. A.L.P. Buitelaar, *De Stichtse ministerialiteit en de ontginningen in de Utrechtse Vechtstreek*, Hilversum, 1993.

103 Halkin en Roland, *Recueil*, dl. 1, 289-291, nr. 143 (1124).

104 Cf. F. Hausmann, *Die Urkunden Konrad III. und seines Sones Heinrich*. Monumenta Germaniae Historica. Diplomata. Die Urkunden der deutschen Könige und Kaiser, dl. 9, Wenen, 1969, 64-66, nr. 40 (1140).

105 Cf. E. von Otthenthal en H. Hirsch, *Die Urkunden Lothars III. und Kaiserin Richenza*. Monumenta Germaniae Historica. Diplomata. Die Urkunden der deutschen Könige und Kaiser, dl. 8, Berlijn, 1927, 57-59, nr. 35 (1131).

106 Muller, Heeringa et al., *Oorkondenboek Utrecht*, dl. 1, 412-413, nr. 462 (1169).

107 Cf. L. Génicot, *L'Économie rurale Namuroise au bas moyen âge*, Namur, 1943-1982, dl. 3, 370-373, nr. 1A (1131).

108 Heirbaut, *Heren*, 233-238.

109 Muller en Heeringa, *Oorkondenboek Utrecht*, dl. 2, 10-11, nr. 545 (1200).

110 Al kent men het wel, cf. Galbert van Brugge, J. Rider (red.), *De multro, traditione et occisione gloriosi Karoli comitis Flan-driarum*, Turnhout, 1994, 150-152.

hanteert<sup>111</sup> en het ligt voor de hand om te veronderstellen dat het heergewaad een oudere instelling is. Problematisch genoeg blijkt echter dat in bv. Henegouwen de oudste oorkonden helemaal niets vermelden over een heergewaad, terwijl er wel zeer veel materiaal is uit de veertiende eeuw.<sup>112</sup> Dit wijst er eerder op dat het heergewaad, althans in Henegouwen, een veel jongere verschijning is dan gedacht. Dit is slechts één voorbeeld van een hele reeks interessante vraagstukken die nog op een antwoord door verder onderzoek wachten.

De auteur van dit artikel plant alvast voor de komende jaren (of misschien zelfs decennia) een verdere vergelijking tussen Vlaanderen, Brabant en Henegouwen op basis van de oorkonden uit de dertiende eeuw, een afzonderlijke studie over de feodaliteit in Holland voor de Avesnes en een nadere studie van de feodaliteit in dat fascinerende vorstendometje Kamerijk. Een ding staat echter al vast. Beschouwt men Ganshofs boek niet als een exacte beschrijving van de historische realiteit, maar als een schets van een gemeenschappelijk kader dat Vlaanderen en Lotharingen delen en waar zij creatief mee omspringen, dan blijft het nog steeds de beste inleiding tot de feodaliteit die een onderzoeker uit de Lage Landen zich wensen kan.

## Summary

François-Louis Ganshof, the great historian of feudalism liked to give examples taken from sources of Flanders and (Lower-)Lotharingia, ignoring any differences between them. This article based on an analysis of twelfth century charter material shows that Flanders and Lotharingia do not belong together and that even within the latter there was a great variety. Hainaut and Cambrai followed Flanders closely, whereas the other principalities lagged behind, with the northern territories introducing feudalism very late or not all. Nevertheless, the Ganshofian model of feudalism fits well with the Flemish reality and Lotharingian sources show the same evolutions as in Flanders, though feudalism there is less complex and appears at a later date. Consequently, Ganshof's studies of feudalism may not offer an exact description of medieval reality, but they still contain the best introduction to the common framework of feudalism which Flanders and Lotharingia shared.

## Keywords

Low Countries; Flanders; Lotharingia; feudalism; twelfth century; charters.

<sup>111</sup> Heirbaut, *Lenen*, 109-110.

<sup>112</sup> Cf. de gegevens in N. Didier, 'Le droit de liget dans la coutume de Hainaut', *Revue historique de droit français et étranger*, 1936, 476-522.



## OPSTREK OF AANWAS?

BEZITS- EN RECHTSVERHOUDINGEN IN EN OM HET BILDT IN FRIESLAND TOT 1506

### Inleiding

Het oudste historische gegeven over de in 1505 bedijkte polder Het Bildt in Friesland, waarvan ik de cultuurgeschiedenis onderzoek, is dat hij in 1398 door de Hollandse grafelijkheid tegelijk en samen met het Waddeneiland Ameland in leen is uitgegeven.<sup>1</sup> In laatstgenoemd jaar staat Het Bildt te boek als ‘uitland’. Tegenwoordig heet in het Waddengebied zo’n buitendijkse landaanwas, die bij gemiddeld hoogwater niet meer onderloopt, een ‘kwelder’. Hebben Ameland en Het Bildt wellicht al eerder een geografische, economische of juridische eenheid gevormd, of is het bezit van dit Waddeneiland pas in 1398 om de een of andere reden gekoppeld aan dat van de tegenoverliggende kwelder? Vast staat dat Ameland (*insula Ambla*) al in de achtste eeuw een eiland was. Het Luxemburgse klooster Echternach bezat er een kerk.<sup>2</sup> Als het Waddeneiland Amlon komt het in 1297 voor in stukken van het Gotlandverbond, een voorloper van de Duitse Hanze. Vanaf 1466 oefende de abt van Foswerd (bij het Friese dorp Ferwert) rechten op de Amelander kerken uit. Foswerd bezat tot 1580 bovendien land in Nes op Ameland en een beheerscentrum voor dit kloosterland (een bemeierde boerderij, meestal ‘uithof’ of *grangia* geheten) in Ballum.<sup>3</sup>

Er waren in de late Middeleeuwen meer Friese kloosters die land uitbaatten aan weerszijden van de huidige Waddenzee, dus zowel op de ‘vaste wal’ als op de eilanden. Ludingakerke (bij Harlingen) bezat in de veertiende eeuw overzeese uithoven op Texel.<sup>4</sup> Foswerd was zoals gezegd gegoed op Ameland. Schiermonnikoog dankt zijn huidige naam aan de ‘grijze monniken’ (cisterciënzers) van de abdij Klaarkamp bij Dokkum, die hier waarschijnlijk al in 1300 een uithof bezaten en in de vijftiende eeuw de volle eigendom van het eiland genoten.<sup>5</sup> De abdij Rottum op het Groninger Hogeland was op dezelfde voet eigenaar van Rottumeroog (in 1297: *Langhenaeghe*, in 1400: *Moenkelanghenoe*). Op de verdwenen

1 G.F. thoe Schwartzenberg en Hohenlansberg, *Groot plaacaat en charter-boek van Vriesland [...]*, Leeuwarden, 1768, hierna: PCV I-284. Dit opstel is onderdeel van mijn promotieproject *Capita cultuurgeschiedenis van Het Bildt in Friesland 1398-2006*. Eerder verschenen onder meer delen in *De Nederlandsche Leeuw* (2001, 2009, 2010), *Jaarboek van het Centraal Bureau voor Genealogie* (2003), *De Vrije Fries* (2003, 2006, 2008, 2010) en *Tijdschrift voor Waterstaatsgeschiedenis* (2009).

2 R.E. Künzel e.a., *Lexicon van Nederlandse toponymen tot 1200*, Amsterdam, 1989, 65; P.N. Noomen, ‘De goederen van de abdij van Echternach in de Friese landen’, *Jaarboek voor Middeleeuwse Geschiedenis* 2 (1999), 13-14.

3 E. Knol, *De Noordnederlandse kustlanden in de vroege Middeleeuwen*, Groningen, 1993, 27; Noomen, ‘Echternach’, 15-16.

4 Onder meer H. Schoorl, ‘De uithoven van Ludingakerke op Texel’, *De Vrije Fries* 76 (1996), 86-108.

5 F.A.J. van der Ven, *Een omstreden eiland. De eigendom van het eiland Schiermonnikoog in geding*, Groningen, 1993, 1-4.



Historische indeling van Friesland in grietenijen (na 1851: gemeenten). De hier getoonde Waddeneilanden hadden tot 1795 een status aparte (Tresoar, Leeuwarden, [www.tresoar.nl](http://www.tresoar.nl)).

Waddeneilanden Bosch (in 1297: *Basseaeghe*), Korenzand en Heffezand deden twee Groninger kloosters eveneens rechten gelden.<sup>6</sup>

Onlangs vroeg de mediëvist Mol zich af of kloosters zoals Klaarkamp en Rottum hun overzeese bezit, dat bij laagwater te voet over het ‘wantij’ bereikbaar was, mogelijk konden claimen op grond van een ‘recht van opstrek’.<sup>7</sup> Een veel aangehaalde definitie van dit recht is die van de socioloog Hofstee uit 1937: ‘het eigendomsrecht dat een grondbezitter heeft op de vóór en achter zijn in cultuur gebrachte gronden gelegen onontgonnen gron-

6 Knol, *Kustlanden* 27; W.W. Buma, ‘Schiermonnikoog – de Lauwers – de Scholbalg’, *De Vrije Fries* 12 (1873), 339-412; J.A. Mol, ‘Bezitsvererving en goederenbeheer van de abdij Aduard’, in: J. van Moolenbroek en J.A. Mol, (red.), *De abtenkroniek van Aduard. Studies, editie en vertaling*, Hilversum en Leeuwarden, 2010, 188-189.

7 Mol, ‘Bezitsvererving’ 189. Een wantij is het gebied tussen een Waddeneiland en de kust, dat bij vloed als laatste wordt overspoeld door het Noordzeewater dat via zeegaten aan weerszijden van het eiland de Waddenzee instroomt.

den (eventueel aanwassen), voor zover ze liggen binnen de verlengden van zijn zwetsloten (grensslotten) en binnen de grenzen van zijn dorp'. Hofstee brengt zo het historische recht van aanwas (*ius alluvionis*) in verband met ontginning door het graven van afwateringssloten. Ook Flach bracht in 2004 beide rechten onder één noemer. Hij omschreef het 'recht van opstrek of aanwas' als: 'het recht van de oevereigenaar om het land dat aan zijn deel van de oever aansluit of aanspoelt in eigendom te krijgen'.<sup>8</sup> Bestond er vóór of in 1398 soms zo'n juridische relatie tussen Ameland en Het Bildt? En stoelde deze op het recht van opstrek, het recht van aanwas of op een combinatie van beide?

De aanwas (*alluvio*) van een stuk land is de natuurlijke vermeerdering ervan. In het Romeinse recht gold het als een vorm van *accessio* (natrekking).<sup>9</sup> Langs rivieroevers en aan de kust kan aanwas op natuurlijke wijze ontstaan door opslijking of aanslibbing. Hierin onderscheidt aanwas zich mijns inziens van een 'opstrek' die door kunstmatige vermeerdering ('ontginning') van cultuurland tot stand komt. Aanwas werd nader onderscheiden in aanwassen langs de waterkant (*alluviones continuae*) en gronden die als eilanden in het water waren opgekomen (*insulae in flumine natae*). Deze laatste, aangeduid als *alluviones discretas* ofwel 'opwas', behoorden in de Middeleeuwen aan de Duitse koning of keizer op grond van het stroomregaal.<sup>10</sup> Dit recht is met andere vorstelijke voorrechten (*regalia*) in 1158 vastgesteld op de Rijksdag te Roncaglia. Het gold vooral op grote scheepvaartwegen (*flumina navigabilia*) en de bevaarbare delta's of estuaria daarvan.<sup>11</sup>

Het recht van aanwas zou in beginsel ook uit dit stroomregaal kunnen worden afgeleid. In de praktijk werd dit recht lang niet altijd uitgeoefend, en vrijwel nooit op secundaire vaarwegen en andere rivieren en beken van louter plaatselijk belang, al dan niet bevaarbaar. Zulke buurschapswateren werden toegerekend aan de eigenaars van de oevers: hetzij particulieren, hetzij een dorpsgemeenschap. Op de door Kronenberg puntig samengevatte hoofdregel 'eilanden voor de heer, aanwas voor de aangelanden' bestonden wel uitzonderingen. Zo werden in Holland de aanwassen vanouds door de grafelijkheid opgeëist. Kronenberg noemt dit recht het 'buitendijks-regaal' van de Hollandse graven, hoewel het niet uit de reeks *regalia* van 1158 afleidbaar is.<sup>12</sup>

Hoewel in de jaren 1950 van de hand van H. Sannes een grondige wetenschappelijke geschiedenis van Het Bildt is verschenen, zijn er nog forse leemten in de pre- of protohis-

8 E.W. Hofstee, *Het Oldambt. Vormende krachten*, Amsterdam, 1937, 204-205, onder meer aangehaald in J.P. Winsemius, *De historische ontwikkeling van het waterstaatsrecht in Friesland*, Franeker, 1947, 122; R. Flach, 'De kwelderkwestie. Er gaat niets boven (procederen in) Groningen', in: Idem e.a., (red.), *Amice*, Deventer, 2005, 104.

9 *Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi acquiritur* (Institutiones Justiniani 2, 1, 20); J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen, 1999, 107.

10 Onder meer C. Dekker, *Zuid-Beveland. De historische geografie en de instellingen van een Zeeuws eiland in de Middeleeuwen*, Assen, 1971, 219; J.M. van Winter, *Ministerialiteit en ridderschap in Gelre en Zutphen*, Groningen, 1962, 129.

11 J.P. De Monté ver Loren en J.E. Spruit, *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Hilversum, 2000<sup>7</sup>, 144-145; Latijnse tekst en Duitse vertaling van de *regalia* in K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte Band 1: Bis 1250*, Keulen enz., 2008, 191-192.

12 De Monté ver Loren en Spruit, *Hoofdlijnen 155-156*; Kronenberg, *Aanwas* 9, 15-22.

torie.<sup>13</sup> De historisch-geograaf Schroor beschreef in 2000 de bedijking van Het Bildt als sluitstuk van de reclamatie van de Middellzee, een verlande middeleeuwse zeearm in Friesland, en als eerste Nederlandse voorbeeld van een landinrichting waarin de beginselen van de Renaissance zijn toegepast. Hoewel deze laatste duiding bijstelling behoeft, vult Schroors onderzoek dat van Sannes goed aan.<sup>14</sup> Het Hollands-Friese consortium dat Het Bildt in 1505 bedijkte, is eveneens uitvoerig beschreven.<sup>15</sup> De rechtsgeschiedenis van Het Bildt komt bij Sannes terloops aan de orde. Zijn aandacht gaat daarbij vooral uit naar de zogeheten ‘Bildtse kwestie’: het voortdurende getouwtrek over de rechtspositie van de Hollandse en Friese pachtboeren die hier vanaf 1527 te boek staan. Al in het eerste jaar na de bedijking speelde echter een andere juridische kwestie: de aanspraak op de aanwas van de voormalige Bildtkwelders door de omwonenden.<sup>16</sup> De publiek-private geschillen die hieruit voortkwamen, zijn in 1506 op een enkel geval na geschikt in de vorm van een reeks dadingen. In dit opstel worden deze voor het eerst geanalyseerd. Daarna wordt nagegaan of eilanden zoals Ameland werkelijk door een recht van opstrek verbonden zijn geweest met de vaste wal. Uit de titel van dit opstel blijkt al dat ik ‘opstrek’ en ‘aanwas’ als twee verschillende zaken zie. Ik begin echter met een bespreking van de dubbelbelening uit 1398 en de historische context ervan.

## Geopolitiek

De dubbele belening uit 1398 diende een militair belang. Hij past in een reeks beleningen in het kader van de Friese ambities van de leenheer, de Hollandse graaf Albrecht van Beieren (regerend 1358-1404). Nadat Albrecht in 1398 het Friese Staveren had veroverd, richtte hij hier en op nog negen andere plaatsen militaire steunpunten in. In de daaropvolgende Friese opstand werden de grafelijke troepen teruggeworpen op Staveren, dat in 1411 eveneens in Friese handen viel. Voorlopig was de befaamde ‘Friese vrijheid’ hiermee gered. Het *échet* van Albrechts acties was vooral te wijten aan het beperkte mandaat dat hij hiervoor in Holland genoot. Omdat hij geen staand leger had, moest hij een beroep doen op manschappen uit de Hollandse steden en uit het gevolg van adellijke leenmannen zoals heer Jan van Arkel, heer Arend van Egmond-IJsselstein en heer Filips van Wassenaar. Zo’n oproep tot ‘heervaart’ gold echter hooguit voor enkele weken – te kort om een effectieve bezettingsmacht te vestigen. Het was dus van belang om op strategische punten in en om Friesland vazallen in het zadel te helpen. Hollandsgezinde Friese edelen zoals Gerolt Cammingha werden beleend met kernposities zoals de heerlijke rechten in Leeuwar-

13 H. Sannes, *Geschiedenis van Het Bildt I*, Franeker, 1951.

14 M. Schroor, *Van Middelzee tot Bildt: landaanwinning in Fryslân in de Middeleeuwen en de vroegmoderne tijd*, Abcoude, 2000; K. Kuiken, ‘Het Bildt: de eerste renaissancepolder in Nederland?’, *Tijdschrift voor Waterstaatsgeschiedenis* 18 (2009), 7-19.

15 K. Kuiken, ‘Van “copers” tot compagnons. Aannemers en aandeelhouders van Het Bildt 1050-1555’, *Jaarboek van het Centraal Bureau voor Genealogie* 57 (2003); Idem, ‘Renaissancepolder’.

16 H.G. Kronenberg, *Rechtsgeschiedenis van den aanwas*, Leiden, 1911, 59-63.



Reconstructie uit 1839 van de Middelsee. Op de oostwal de stad Leeuwarden met ten westen daarvan de door de Zwettevaart middendoor gedeelde aanwassen. In Het Bildt zijn het in 1505 bedijkte Oud Bildt en het in 1601 bedijkte Nieuw Bildt afzonderlijk aangegeven. Kaart uit P. Brouwer en W. Eekhoff, Naspeuringen betrekkelijk de geschiedenis der voormalige Middelsee in Friesland.



den. De Leidse burggraaf Filips van Wassenaar werd heer van Heeg, IJlst en Hommerts (bij Sneek).<sup>17</sup>

Albrechts dubbelbeleningen van Jan van Arkel met de Waddeneilanden Terschelling en Griend en van Arend van Egmond met Ameland en Het Bildt pasten in deze strategie.<sup>18</sup> Alle Hollandse heervaarten in Friesland hadden tot dan toe de Friese westkust tussen Harlingen en Kuinre als aangrijpingspunt gehad. Met een reeks steunpunten langs de Friese Waddenzee tussen Harlingen en Borkum werden militaire acties vanuit het noorden mogelijk en konden de grafelijke steunpunten in Harlingen en Dokkum vanuit zee worden versterkt en bevoorrad. Op zee schakelde Albrecht ook kapers in. Een van hen, Herman Howenpe, werd in 1400 beleend met de rechtspraak op Rottumeroog en Borkum en met een stadskasteel in Dokkum.<sup>19</sup> Op andere strategische plaatsen langs de Waddenkust stel-

17 A. Janse, *Grenzen aan de macht. De Friese oorlog van de graven van Holland omstreeks 1400*, Den Haag, 1993, *passim*; P.N. Noomen, *De stinzen in middeleeuws Friesland en hun bewoners*, Hilversum, 2009, 118-121.

18 J.C. Kort, 'Repertorium op de lenen van de graaf van Holland in Friesland ten oosten van het Vlie, 1308-1641', *Ons Voorgeslacht* 42 (1987), 517-520; aanvullingen op de leenreeks van Het Bildt in Kuiken, 'Compagnons' 97-90.

19 Buma, 'Schiermonnikoog'; Janse, *Grenzen*, 213-214.

de Albrecht Hollandse vertrouwelingen aan. Dat niet alleen Howenpe maar ook Van Arkel zich kort na de belening tegen hem keerde, doet daaraan niet af. Hun lenen vervielen. Dat van Howenpe is niet opnieuw uitgegeven, maar in 1411 werd Terschelling verkocht aan de grafelijke raad Gerrit van Heemskerk met het beding dat deze op het eiland een permanente vesting ('open huis') voor de grafelijkheid zou bouwen. De Heemskerks en hun erfgenamen hebben Terschelling steeds op afstand 'bestuurd'. De daar aangestelde schouten en grietmannen uit de Friese adellijke familie Popma waren er in feite heer en meester.<sup>20</sup>

Een soortgelijke ontwikkeling vond plaats op Ameland. De Egmonds schitterden hier door absenteïsme. Nu was er al in 1396 contact geweest tussen de graaf en een groep Amelander notabelen over de status van het eiland. Ameland mocht neutraal blijven in de strijd tussen Friesland en Holland, maar zou Albrecht als heer huldigen zodra deze zijn gezag in Friesland had gevestigd. Voor de grafelijke bescherming (*bescut*) waarop Ameland en Terschelling krachtens deze overeenkomst recht hadden, betaalden de eilanders vanaf 1428 jaarlijks 'huisgeld' aan de grafelijkheid.<sup>21</sup> Omdat deze bescherming voornamelijk fictief was, is deze belasting *de facto* op te vatten als erkenning van het landsheerlijke gezag. De maagschap Jelmera-Eminga-Cammingha heerste op Ameland zoals de Popma's op Terschelling. Namens het eiland trad in 1429 Ritske Jelmera op als militair en politiek leider ('hoofdeling'). In 1445 werd de *status aparte* van Ameland vastgelegd ten opzichte van het Friese vasteland, in het bijzonder van de grietenij Ferwerderadeel.

Het 'uitland geheten Bil, aangeworpen buitendijks tussen Minnertsga en Mariëngaarde', zoals Het Bildt in 1398 heette, leverde bij een inval vanuit Ameland een voortreffelijke landingsplaats op. Dit doet denken aan het klassieke spionageverhaal *The Riddle of the Sands*, maar dan in omgekeerde zin.<sup>22</sup> Waar de Duitse keizer in de roman een invasie in Engeland voorbereidt vanuit zeven sluizen aan de Wadden, in het Engels met een knipoog naar de apocalyps *The Seven Siels* geheten, wilde Albrecht vanuit de eilanden de kust beheersen. Noch het een noch het ander is uitgevoerd. Het Bildt heeft geen rol meer gespeeld bij pogingen om Friesland in de tang te nemen.

Aan de hier beschreven dubbellenen kwam een einde toen keizer Maximiliaan op 22 juli 1498 alle betroffen goederen in eigendom schonk aan zijn veldheer hertog Albrecht van Saksen, die hij zojuist tot 'erfgouverneur en potestaat' van Friesland had benoemd: de eilanden De Werf, Terschelling en Ameland en het 'nieuwe, door opslijking aangewassen wei- of bouwland' dat nu 'Groot en Klein Bildt' heette. Met deze schenking passeerde de keizer de Hollandse grafelijkheid en daarmee zijn zoon Filips, die dit gravenambt sinds zijn meerderjarigheid in 1494 bekleedde.<sup>23</sup> In dat jaar had de keizer de *status aparte* van

20 Kort, 'Friesland', 519-520 nr. 8; Noomen, Stinzen, 118, 120. Een grietman was het Friese equivalent van een schout.

21 F.A.J. van der Ven, 'It takes three generations to make a gentleman' ofwel enige opmerkingen en mededelingen over de rechtsgeschiedenis van Ameland', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 25 (2008), 51-74; J.A.M.Y. Bos-Rops, *Graven op zoek naar geld. De inkomsten van de graven van Holland en Zeeland 1389-1433*, Hilversum, 1993, 190.

22 E. Childers, *The Riddle of the Sands. A Record of Secret Service Recently Achieved*, Londen, 1903, [www.gutenberg.org](http://www.gutenberg.org).

23 Sannes, *Geschiedenis I*, 10.



Ameland bevestigd. Het overheidsgezag op het eiland was nu uitdrukkelijk toegekend aan de nazaten van Ritske Jelmera.<sup>24</sup> De nieuwe erfgoeverneur en potestaat kreeg dus in 1498 van de keizer drie Waddeneilanden en twee stukken kwelder ten geschenke, maar op Ameland had hij niets te vertellen. Ook op Terschelling, waar de Popma's heer en meester waren, bleef de 'Friese vrijheid' in feite voortbestaan. Van 'De Werf', waarmee gezien de eerdere belening Griend moet zijn bedoeld, was door afkalving nog maar een fractie over.<sup>25</sup>

Het Groot en Klein Bildt, de kwelders op de wester- en oosteroever van de vrijwel dichtgeslibde monding van de Boorne, waren ook niet onbezwaard. In 1494 had de keizer laten onderzoeken wie hier rechten kon doen gelden. Behalve de Egmonds waren dat twaalf geestelijke instellingen (waaronder het klooster Mariëngaarde bij Hallum, met kwelders op de oostwal) en 62 particulieren.<sup>26</sup> In de giftbrief van 1498 werd een en ander echter verzwegen. De rechtstitel van deze gebruikers was het recht van aanwas. In de volgende paragraaf gaan we hierop nader in.

### Kwelderkwesties

We kunnen ons afvragen of ook de Waddeneilanden als opwassen zijn op te vatten. In de negentiende eeuw is wel gesteld dat de Waddenzee geen echte volle zee was, maar de buitendijkse voortzetting van rivieren zoals de Lauwers, de Hunze en de Eems.<sup>27</sup> Op een enkele uitzondering na (de vóór 1564 ontstane Engelsmanplaat in het zeegat tussen Schiermonnikoog en Ameland) zijn deze eilanden echter niet middenin een stroming gevormd, maar tussen twee zeegaten in.<sup>28</sup> Wel zagen we dat de Hollandse grafelijkheid in 1398-1400 vijf van deze eilanden (Terschelling, Griend, Ameland, Rottumeroog en Borkum) in leen heeft uitgegeven. Dit volgt de vuistregel 'eilanden voor de heer, aanwas voor de aangelanden'. De uitzondering was Schiermonnikoog, waarvan de volle eigendom in de vijftiende eeuw zelfs nog door een Hollandse graaf is bevestigd.

De aanwas langs de Waddenkust was in de negentiende en twintigste eeuw het voorwerp van de beruchte 'kwelderkwestie'. Het recht van de aangelanden op de aanwas was vastgelegd in het *Ommelander Landrecht* van 1601. 'De aanspoeling komt ten voordele van de

24 Van der Ven, 'Ameland', 58-59.

25 Schroor, *Middelzee*, 53 komt op naamkundige gronden tot dezelfde conclusie. 'De Werf' is dus niet Schiermonnikoog, dat volgens R.W.G. Lombarts, ed., *Memorialen* [...] Rosa IV-V-VI, Leiden, 1982, 282 nr. 416, in 1400 *Werverooge* heette, maar in 1297 *Werneraeghe* (Knol, *Kustlanden*, 27); in het *Seebuch* van de Hanze (ed. K. Koppmann, Bremen, 1876, 48-49) *Werneroeghe*; en volgens Hidde Feenstra *Wernerooghe* (naar het tegenovergelegen Wierum, zoals ook Rottumeroog naar Rottum; M. Dussel, 'Engelsmanplaat en Schier vroeger een geheel', *Leeuwarder Courant* (19 oktober 2009), 10).

26 Sannes, *Geschiedenis* I, 9-10.

27 R. Westerhoff, *De kwelder-kwestie nader toegelicht, of Betoog dat de kwelderlanden en aanwassen, langs onze wadden gelegen, niet zijn de eigendom van den staat, maar der tegenwoordige partikuliere bezitters, en niet vallen onder het bereik van art. 538 van den Cod. civ. of [het] keizerlijke decreet van den 11 januarij 1811: voorgedragen in de vergadering van het Groninger genootschap Pro Excolendo Jure Patrio, op Dinsdag den 30 Mei 1843, en later hier en daar bijgewerkt en met aantekeningen vermeerderd*, Groningen, 1844.

28 Knol, *Kustlanden* 27-28; H. de Haan e.a., *Engelsmanplaat, Moddergat*, 1983<sup>2</sup>, 20-31. Was Griend ook zo'n opwas?

eigenaars van de oevers', stelde ook het *Burgerlijk Wetboek* van 1838. In de negentiende eeuw verdedigden Groninger kwelderboeren met succes hun rechten tegen de Staat der Nederlanden, die hierop ten onrechte aanspraak maakte. De aanwasrechten van de Staat en de eigenaren werden in dadingen afgegrensd. De Staat rook een nieuwe kans toen de Duitse bezetter in 1942-1944 buitendijks land bij Uithuizen onteigende en bedijkte. In 1952 werd ook deze onteigening onrechtmatig bevonden. Opnieuw werden in dadingen de aanwasrechten van Staat en boeren bepaald. Aardig is dat het oudste bekende Groninger vonnis over deze kwestie (1492) ook over Uithuizer kwelders ging.<sup>29</sup>

Zo'n kwelderkwestie heeft eveneens in Het Bildt gespeeld. Het begon allemaal in 1501, toen de stad Franeker van de Saksische hertogen 200 morgen Bildtland in eigendom kreeg. In 1601, het jaar waarin het recht van aanwas in het *Ommelander Landrecht* werd vastgelegd, maakten de Franekers aanspraak op recent ingedijkte aangrenzende kwelders. Mogelijk heeft de vestiging van een hogeschool in 1585 een rol gespeeld in het nieuwe rechtsbewustzijn van de stad.<sup>30</sup> Het stadsbestuur stelde althans dat zijn voorganger in 1501 onbekend was met het *ius alluvionis*. Ook in deze kwestie kwam het tot een dading. De Friese overheid was en bleef eigenaar van de 'Franeker' aanwas. Ze stelde de stad niettemin schadeloos met een jaarlijkse afkoopsom.<sup>31</sup>

Maar waren de Franekers in 1501 werkelijk onwetend van het recht van aanwas? Het feit dat dit recht reeds in 1492 werd gehanteerd door de *Gemeene Landswarf* als hoogste Ommelander rechtscollege geeft aan dat het toen stevig was verankerd in de Fries-Groningse rechtspraak. De *Landswarf* diende van 1428 tot 1601 als rechtseenheidskamer voor Stad en Lande, waar toen nog per kwartier verschillende rechten en keuren golden. Veel van deze traditionele wetgeving was op Friese leest geschoeid. Dat neemt niet weg dat het recht op de aanwas langs de Friese kust in 1399 door een handvol Friese edelen was afgestaan aan de Hollandse graaf Albrecht: dezelfde die in 1398 Van Egmond beleende met Ameland en Het Bildt.<sup>32</sup> Albrecht had zich dit recht dus een jaar vóór de overeenkomst toegeëigend, kennelijk volgens Hollands gewoonterecht.

De Friezen die het recht van aanwas in 1399 afstonden, waren niet representatief voor de Friese adel als geheel. Ze vormden een Hollandsgezinde ('Vetkoperse') minderheid die door de anti-Hollandse partij (de 'Schieringers') als collaborateurs werden beschouwd. Het waren Vetkopers, zoals Cammingha die zich als leenman onder de Hollandse graaf stelden. Na de val van Staveren in 1411 was het echter gedaan met de Hollandse invloed in Friesland. De positie van het Friese recht, dat een eeuwenlange geschreven traditie kende, werd versterkt door de instelling van een rechtseenheidskamer in de trant van de Gronin-

29 R.A. Vos, 'De Kwelderkwestie', in: *Pro Excolendo iure patrio 1761-1961*, Groningen, 1961, 157-192; Flach, 'Kwelder-kwestie'. Op Schiermonnikoog heeft een soortgelijke kwestie gespeeld (Van der Ven, *Schiermonnikoog*, 119, 129-132).

30 Het onderwijs aan de Franeker rechtenfaculteit was overigens gebaseerd op het Romeinse recht. Wel neigde de Franeker hoogleraar U. Huber (1634-1694) meer naar de Friese opvatting (Winsemius, *Waterstaatsrecht*, 118-119, 188).

31 Sannes, *Geschiedenis I*, 151-154.

32 PCV, 290-295.

ger Gemeene Landswarf. Als riucht ende reed van Oostergo en Westergo ontwikkelde deze zich tot beroepsinstantie in civiele zaken. Waarschijnlijk trad hij tevens op als *forum privilegium* voor de Friese adel.<sup>33</sup> Omstreeks 1485 is het Oudfrieze recht bovendien in gedrukte vorm verspreid. In deze 'oude druk' wordt het in een internationale context geplaatst. Het boek bevat zowel verwijzingen naar het Romeinse *corpus iuris civilis* als statuten van het gemeenschappelijke 'parlement' van de Friese landen.<sup>34</sup> Anders dan in de zeventiende eeuw veelal is beweerd, was het Oudfrieze recht tegen 1500 nog springlevend.<sup>35</sup>

Hoe de aanwas in het Oudfrieze recht was geregeld, is niet in de 'oude druk' of in andere wetsteksten te vinden.<sup>36</sup> Mol vond wel een spoor in een dertiende-eeuws levensbericht van abt Jelger van Mariëngaarde. Omstreeks 1250 betwistten de abten van Mariëngaarde en Klaarkamp elkaar de rechten op het Wijdemeer, een veenplas tussen Stiens en Birdaard. De abt van Klaarkamp was er aanvankelijk niet zeker van aan wie de meeroevers toevielen, want deze lagen volgens hem 'zowel in de nabijheid van onze grenzen als van die van jullie'.<sup>37</sup> Volgens de biograaf zag de oostoever uit op een uithof van Bethlehem, een dochterklooster van Mariëngaarde bij het gehucht Bartlehiem, en grensde de westoever aan een uithof van Mariëngaarde zelf. Mol wist deze twee uithoven te lokaliseren aan weerszijden van het Wijdemeer. Niet alleen de aanspraken van de abt van Mariëngaarde, maar bij nader inzien ook die van de abt van Klaarkamp bleken juridisch herleidbaar tot het recht van aanwas van de beide naastgelegen grootgrondbezitters.<sup>38</sup>

Het recht van de aangelanden op de aanwas was hier dus al ver vóór 1500 bekend. Ook de Franeker magistraat zal er in 1501 dus wel van hebben geweten. Voor de Saksische heretogen lag de zaak echter anders. Albrecht van Saksen had zijn Nederlandse ervaring vooral opgedaan in Holland, waar hij als stadhouder-generaal van Maximiliaan in 1492 het kaasen broodoproer had neergeslagen. In 1494 trad Maximiliaans zoon Filips (I) aan als graaf. In hetzelfde jaar liet hij de status van alle slikken, gorzen, schorren en andere aanwassen in Holland en Zeeland nagaan. Wie geen geldige leen- of koopbrief kon tonen, zag zijn buitendijkse bezit vervallen aan de grafelijkheid. De graaf liet de uitvoering over aan zijn stadhouder-generaal. In 1499 zette Albrecht, inmiddels gouverneur van Friesland, dit onderzoek voort in zijn pas verworven domein Het Bildt. Volgens een Friese kroniek liet hij dit land meten en taxeren. Het meeste werd in gemeenschap gebruikt door aangelanden,

33 O. Vries, 'Een communalistische voorloper van het Hof van Friesland: de colleges van recht en raad van Oostergo en Westergo', in: D.P. de Vries en P. Nieuwland, (red.), *500 jaar Hof van Friesland*, Hilversum en Leeuwarden, 2000, 25-40; O. Vries e.a., red., *De Heeren van den Raede. Biografieën en groepsportret [...]*, Hilversum en Leeuwarden 1999, 42-46.

34 T.S.B. Johnston, 'The Old Frisian Law Manuscripts and Law Texts', in: H.H. Munke e.a., (red.), *Handbuch des Friesischen/ Handbook of Frisian Studies*, Tübingen, 2001, 571-587. De drukplaats zou Berlikum in Friesland zijn.

35 J.H.A. Lokin, 'Hoe Rooms waren de Friezen?', in: De Vries en Nieuwland (red.), *500 jaar Hof van Friesland*, 77.

36 Een Oudfries equivalent voor 'aanwas' is onbekend. De Friese jurist K. van Martena noemt in zijn *Annael of lantboek van Friesland* (geschreven in 1528-1530, gedrukt in PCV II, 8) Het Bildt *corts angheslaeghen* ('pas aangeslibd').

37 *Incertum de quibus est cum sint tam nostris quam vestrīs terminis vicinā* (H.Th.M. Lambooi en J.A. Mol, ed. en vert., *Vitae Abbatum Orti Sancte Marie. Vijf abtenlevens van het klooster Mariëngaarde in Friesland*, Hilversum en Leeuwarden, 2001, 430).

38 *Que videlicet terre ex una parte orientali scilicet spectabant ad grangiam memoratam; ex alie grangie que habetur in Herum attinebant, parte scilicet occidentali* (Lambooi en Mol, ed. en vert., *Vitae Abbatum*, 428); de bezitsanalyse van Mol aldaar 100-106.

al waren ook enkele percelen in gebruik bij particulieren en kerken.<sup>39</sup> Dit belette zijn zonen Hendrik en George niet om in 1501 aan de stad Franeker 200 morgen van dit Bildtse domein in volle eigendom te geven als beloning voor de trouw van de stad aan hun in 1500 gestorven vader. De Franeker edelman Hessel Martena, sinds 1499 raad van de hertogen, kreeg eveneens een stuk Bildt in eigendom. Hij werd in 1504 beleend met een tweede perceel. In 1502 was ook de grietman van Barradeel, de edelman Doeke Hettes uit Berlikum, met een lap Bildtland beleend.<sup>40</sup> De hertogen beschikten kennelijk naar Hollands recht over deze aanwassen.

We zagen al dat het Groot en Klein Bildt bestond uit aanwas langs de monding van de Boorne. Deze rivier had in de volle Middeleeuwen de omvang van een flinke zee-arm gekregen, maar was vóór 1300 alweer zover dichtgeslibd dat tussen Beetgum en Britsum een afsluitdijk kon worden aangelegd. Ten zuiden daarvan was de aanwas als 'nieuwland' (*nova terra*) in cultuur gebracht. In gekanaliseerde vorm werd de Boorne nu de grens ('zwette') tussen de nieuwlanden aan weerszijden.<sup>41</sup> In 1504 besloot George van Saksen, zoon en opvolger van hertog Albrecht, om ook de aanwas ten noorden van de afsluitdijk in te polderen. Namens hem onderhandelden zijn regenten met een consortium onder leiding van de Dordtse patriciër Thomas Beukelaar, wat in 1505 tot een bedijkingscontract leidde. Nog in hetzelfde jaar werd de Bildtdijk voltooid. De bedijkers brachten daartoe een leger van 1500 arbeiders uit Holland en Friesland op de been.<sup>42</sup>

Opmerkelijk is dat de overeenkomst alleen spreekt van de bedijking van het Groot Bildt, de kwelders op de westoever. Het Klein Bildt op de oostoever was al langere tijd in gebruik bij de Hallumer abdij Mariëngaarde. Toch lijkt het geen twijfel dat ook het Klein Bildt in 1505 is bedijkt. De Mariëngaarder monniken hebben hun rechten op dit 'Monnikenbildt' fel verdedigd. Toen in 1506 aan alle rechthebbenden een afkoopsom werd aangeboden, ging de abdij hierin niet mee. In de volgende paragraaf zullen we de bij deze dading betrokken partijen en rechten nader bezien.

## Dadingen

De dadingen uit 1506 bevinden zich in het *Sächsisches Hauptstaatsarchiv* te Dresden, waar ze in 1889 zijn ontdekt en getranscribeerd door de Friese rijksarchivaris J.L. Berns.<sup>43</sup> Het be-

39 [...] meeten tzelve landt, in corts angheslaeghen ende ghemeen onder die naeste bysitters, behalven dat summyghe particulier Persoenen ende van Kercken eyghen Pondsmaeten daerop hadden (Martena, Annael, 8).

40 Sannes, *Geschiedenis I*, 151-154.

41 Deze Zwettevaart bestaat nog en is sinds jaar en dag het startpunt van de Friese Elfstedentocht op de schaats.

42 Knol, *Kustlanden*, 34-35; Schroor, *Middelzee*, 44-49, 55; Sannes, *Geschiedenis I*, 11-15. Zie over de werving van dijkwerkers in Holland in het begin van de vijftiende eeuw vooral: P.J.E.M. van Dam, 'Gravers, ofzetters en berriedragers. Werkgelegenheid aan de Spaarndammerdijk omstreeks 1510', *Tijdschrift voor Sociale Geschiedenis* 18 (1992), 447-478.

43 P. Baks e.a., *Inventaris van stukken betreffende het bestuur van de Saksische hertogen over Friesland (1488) 1498-1515 (1520) [...]*, Leeuwarden, 1998, 22-23; Tresoar, Leeuwarden, toeg. 348, inv. nr. 6008, Berns nrs. 437-438.

staan ervan was al eerder bekend uit het *Annael of lantboek* dat Keimpe van Martena in 1528-1530 samenstelde.<sup>44</sup> De rechtshistoricus J.P. Winsemius, die in 1947 promoveerde op het Friese waterstaatsrecht, ging af op Martena's samenvattingen zonder de transcripties van Berns te raadplegen. Zo ontging het hem dat hierbij niet alleen geestelijke instellingen, maar ook particulieren betrokken waren. In 1951 gaf Sannes als eerste een samenvatting van Berns' transcripties. Daarin noemde hij de volgende institutionele gebruikers van de Bildtkwelders als deelnemers aan de dadingen van 1506:<sup>45</sup>

- a. de kerk te Minnertsga (96 pondsmaat);
- b. de kerk (6 pondsmaat), de pastorie (17½ pondsmaat) en de prebende (5 pondsmaat) te Wier;
- c. de pastorie (13½ pondsmaat), de prebende (21½ pondsmaat), de vicarie (5 pondsmaat), het Sacramentsgilde (6 pondsmaat) en het klooster Anjum (66 pondsmaat) te Berlikum;
- d. de kerk (16 pondsmaat) en de pastorie (10 pondsmaat) te Beetgum.

De landbouwhistoricus O. Postma meende enkele van deze voormalige geestelijke goederen te herkennen in de Berlikumer en Beetgumer *burefennen* ('buurweiden') in de Zuidhoek van Het Bildt. Sannes vond hier nog een Wierster buurweide en identificeerde een *Leyster buyreweyde* in Postma's studie als een perceel van 17 morgen Monnikenbildtland in het oosten van de polder. De term *burefennen* wordt door Postma en Sannes verklaard uit de verpachting van dergelijke geestelijke eigendommen aan arme dorpsgenoten. Het klooster Mariëngaarde deed hieraan kennelijk mee. Een aanwijzing dat elders juist de aanwas van geestelijke goederen zo'n sociale bestemming kreeg, is Postma's voorbeeld van een *buireweide* (in 1543 pastorieland) op het nieuwland van Stiens.<sup>46</sup>

Hoewel in 1506 op het eerste gezicht twaalf verschillende geestelijke rechtspersonen aanspraak maakten op Het Bildt, was het klooster Ludingakerke bij Harlingen op de westoever in feite de grootste institutionele gebruiker. Zowel de kerk te Minnertsga als het klooster Anjum onder Berlikum waren namelijk dochterstichtingen van Ludingakerke en de pastorie van Wier was waarschijnlijk in handen van het klooster Anjum. In Wier lag ook een uithof van het klooster Anjum. Deze uithof vormde volgens een reconstructie van Mol één geheel met het pastorieland.<sup>47</sup>

Voor drie dorpen kan worden geschat hoe de geclaimde Bildtse aanwas zich verhiel tot het overige geestelijke bezit. Hieronder worden de oppervlakten in de dadingen van 1506

44 Martena, *Annael*, 67.

45 Winsemius, *Waterstaatsrecht*, 188; Sannes, *Geschiedenis I*, 20-21; Tresoar, toeg. 1 inv. nrs. 763, 1809 (transcripties: toeg. 348, inv. nr. 6008 (Berns nrs. 437, 439)). Alle oppervlakten zijn in Friese pondsmaten (1 pondsmaat was 0,37 hectare).

46 O. Postma, *De Friesche kleihoeve. Bijdragen tot de geschiedenis van den cultuurgrond vooral in Friesland en Groningen*, Leeuwarden, 1934, 119-125; Sannes, *Geschiedenis I*, 241-244; P.L.G. van der Meer, e.a. (red.), *Administrative en fiskale boarnen oangeande Fryslân yn de ier-moderne tiid*, Leeuwarden, 1993, 48 nr. 126.

47 J.A. Mol, 'It kleaster Anjum en syn oergong nei Windeshiem yn 1439', in: R.H. Bremmer e.a. (red.), *Speculum Frisicum. Stúdzjes oanbean oan Philippus H. Breuker*, Leeuwarden, 2001, 23-30.

vergeleken met die van de geestelijke goederen volgens het *Beneficialboek* uit 1543 (tussen haakjes):<sup>48</sup>

Parochie	Kerk	Pastorie	Kapelanie	Overige stichtingen
Wier	6 (22½)	17½ (23)	5 (20)	
Berlikum	(151½)	13½ (56)	5 (8)	(31) (44)
Beetgum	16 (4)	10 (34½)	(45½)	

Het verlies van de aangewassen landen in 1506 betekende dus hier en daar een flinke aderlating. Twee niet met name genoemde geestelijken, een prebendaris te Beetgum en de pastoor te Stiens, dienden in 1506 bovendien een rekening in voor verleende zielzorg. Blijkbaar hadden de ruim 1500 Hollandse en Friese dijkwerkers in het voorgaande jaar een beroep gedaan op hun diensten. Mariëngaarde nam geen deel aan de dading. De abt maakte aanspraak op ruim 500 morgen (ca. 400 ha) maar zou uiteindelijk in 1540 worden schadeloos gesteld voor 116 morgen (ca. 100 ha).<sup>49</sup>

De 62 particuliere eigenaars die in 1506 hun rechten op de aanwas afkochten, zijn nog niet eerder beschreven. Aan de hand van vijf gedrukte bronnen: de *Aanbreng* (1511-1514), een lijst van burgers uit 1494 en de *Stedstiole* (1502-1504) van Leeuwarden, de *Oudfriesche Oorkonden* en *Noomens catalogus* van Friese adellijke steenhuizen ('stinzen') en hun bewoners, is een *quick scan* van deze groep gemaakt.<sup>50</sup> Ruim de helft kon zo nader worden geplaatst. Van achttien personen is de woonplaats bekend. De meesten woonden in Meldumadeel (9), Leeuwarden (6) of Barradeel (4). Foekje, de weduwe van de Leeuwarder olieslager Gerrit, woonde in 1511 in Berlikum. Een buitenbeentje was Hielke Harkema uit Kollumerland, die twee percelen Bildtland afstond. Hij woonde op de Harkemaheerd in Augsbuurt. Het afgestane grondbezit varieerde van één pondsmaat en negen ons (Rienk Roorda) tot 13 pondsmaat (Nanne Eintes). Samen stonden deze particulieren 289 pondsmaat Bildtland af: 1½ maal zoveel als de gezamenlijke geestelijke instellingen (Mariëngaarde niet meegerekend). Beide groepen stonden bij elkaar 476 pondsmaat land af: ongeveer 1/8 van de in 1505 bedijkte en in 1509 opgemeten oppervlakte van Het Bildt.

Het Bildt was zoals gezegd vanaf 1498 het privé domein van de erfgouverneur. Van 1505 tot 1526 werd het volgens de bedijkingsovereenkomst geëxploiteerd door de bedijkers en hun consorten, die hun kavels onderverhuurden aan Friese en Hollandse pachtboeren. Vanaf 1527 zijn volledige lijsten van deze Bildtpachters bewaard. In twee gevallen was het bij de dading van 1506 afgestane land in 1527 in gebruik bij een zoon van de gebruiker uit

<sup>48</sup> H.J. Oldenhof, 'Tsjerke en wrâld yn de Midsieuwen', in: O. Santema en Y.N. Ypma (red.), *Skiednis fan Menameradiel*, Leeuwarden, 1972, 28-30; alle oppervlakten in Friese pondsmaten.

<sup>49</sup> Sannes, *Geschiedenis* I 21, 41-42.

<sup>50</sup> W.W. Buma en J.W. Teltung (ed.), *Register van den aanbreng van 1511 en verdere stukken tot de floerenbelasting betrekkelijk I-IV*, Leeuwarden, 1879-1880; Noomen, *Inventarisatie*; M. Schroor (ed.), 'Een lijst met Leeuwarder burgers uit 1492', *De Vrije Fries* 73 (1993), 82-102; P. Sipma en O. Vries (eds.), *Oudfriesche Oorkonden I-IV*, Den Haag, 1927-1977; J.C. Tjessinga (ed.), *De Aanbreng der Vijf Deelen van 1511 en 1514 I-VI*, Assen, 1942-1954; O. Vries en M.G. Oosterhout (ed.), *De Leeuwarder stedstiole 1502-150*, Groningen en Leeuwarden, 1982.



Deze kaart uit 1524, getekend voor de bisschop van Utrecht, toont alle parochiekerken in Noordwest-Friesland. Alleen Het Bildt (die bilt) was kennelijk nog woest en leeg. Kaart in Universiteitsbibliotheek, Leiden, afgebeeld in *Imago Mundi* 16 (1962), 29-32.



1506. Bij Sikke Geeles (7 pondsmaat in 1506) en Geele Sikkes (3 morgen in 1527) gaat het vrijwel zeker om hetzelfde perceel. Sikke was in 1511-1514 samen met Godschalk Iemes en de edelman Sierk Keimpes (Donia) eigenaar van land in Menaldum. Sierk stond in 1506 zes pondsmaat Bildtland af. Zijn zoon Keimpe Sierks Donia was van 1527 tot 1547 pachter van tien morgen Bildtland.<sup>51</sup> Een mogelijk derde geval is Eerstje, de vrouw van Anne Manga, die in 1506 twee pondsmaat afstond. In 1522 en 1523 meldde een Eerstje Jans dat ze al in 1515 pachter was van 27 morgen Bildtland.<sup>52</sup> Op deze drie gevallen na zijn hier geen overgangen gevonden van eigendom van aanwas naar pacht. Er is wel verondersteld dat de eigendom van de aanwassen in 1506 is afgekocht met een zakelijk gebruiksrecht.<sup>53</sup> Die stelling vindt onvoldoende steun in deze prosopografische gegevens.

Overigens vormen deze gegevens nog geen volledig groepsportret. De in contemporaine bronnen teruggevonden deelnemers aan de dadingen van 1506 kunnen wel worden beschouwd als de meest spraakmakende en notabele bovenlaag van deze groep. Te verwachten is dat deze bovenlaag ook de meeste contacten met regionale en bovenregionale elites heeft gehad. Dit geldt zeker voor het Menaldumer netwerk rondom Sierk Keimpes. Via de Hemmema's (de familie van Doeke Hettes) waren ze verzwagerd met de Terschellinger Popma's. Sierks zoon Keimpe Sierks Donia trouwde tweemaal binnen de maagschap

51 Noomen, *Inventarisatie*, 303-304; Kuiken, 'Compagnons', 102. Keimpes zoon Sierk Donia was in 1564 Bildtpachter.

52 Tresoar, toeg. 4, inv. nr. 1b, fol. 13 en bijlage 2 (over 1515-1518 ontvangen pacht; zie Sannes, *Geschiedenis I*, 43-44).

53 P. Smit, *Dissertatio juris publici Frisici inauguralis de Agro Biltano*, Franeker, 1749; Winsemius, *Waterstaatsrecht*, 190, 193.

Eminga-Cammingha. Vader Sierk Keimpes werd daardoor een naaste ‘maag’ (aanverwant) van de Jelmera’s van Ameland. De grote afwezigheid in dit Friese notabelennetwerk waren de Egmonds, die in de zestiende eeuw hun Amelander en Bildtse rechten nog bij de grafelijke leenkamer in Holland lieten verheffen. Al hun zakelijke rechten op Het Bildt werden echter omstreeks 1506 door George van Saksen in een afzonderlijke dading afgekocht voor een levenslang jaargeld aan Jan en Frederik van Egmond.<sup>54</sup>

Los van deze dadingen is nog één andere Van Egmond bij de bedijking en exploitatie van Het Bildt betrokken geweest. Otto van Egmond-Merenstein († 1510), uit een jongere Delftse tak van de familie, sloot zich in 1505 aan bij het consortium van Beukelaar *cum suis* en kreeg in dat jaar een kavel van 402 morgen ‘goed Bildtland’ ter exploitatie op zijn naam. Formeel was hij daarmee pachter geworden van een deel van het domeinland van de hertog. In 1509 deelde hij dit land onder meer met Rienk van Cambuur, een zwager van de Jelmera’s.<sup>55</sup> Het was de enige maal dat de Egmonds en de Jelmera’s voor zover bekend samenwerkten – al was het via zijtakken.

We krijgen zo enigszins een beeld van het functioneren van het recht van aanwas aan de Friese kust omstreeks 1505, toen Het Bildt werd bedijkt. Hoewel de giftbrief van Het Bildt in 1498 geen melding maakte van rechten van derden, heeft Albrecht van Saksen hiernaar in 1499 zelfstandig een onderzoek ingesteld, zoals dit in de voorgaande jaren in Holland was gedaan. Na Albrechts dood hebben zijn beide zonen deze rechten genegeerd toen zij gedeelten van Het Bildt wegschonken en in leen uitgaven. Dit paste in de Hollandse opvatting van het recht van aanwas. De ontvangers van deze schenkingen en lenen waren trouwe Friese vazallen van de hertogen, net zoals de eerste leenman van het ‘uitland geheten Bil’ in 1398 een trouwe grafelijke vazal was. Met de ambtsaanvaarding van George van Saksen in 1504 ging in Friesland een nieuwe wind waaien. Niet de bevoordeling van strategische partners maar een civiele schikking met een brede groep onderdanen was het oogmerk van de dadingen in 1506. Dit was een opmerkelijke stap vooruit in de transformatie van Friesland: van laatmiddeleeuwse vetesamenleving naar het poldermodel.

## Opstrek

Tot zover het recht van aanwas, dat niet moet worden verward met het recht van opstrek zoals Hofstee dit in 1937 definieerde. De verwarring gaat terug op de gewoonte in het Dollardgebied om de aanwas van vanouds in opstreckende verkaveling ontgonnen landbouwgronden eveneens te verdelen in ‘opstreckende heerden’. Acker Stratingh en Venema schreven hierover in 1855: ‘de aanwas [...] behoort altijd aan de eigenaar van de oever, [...] en waar de aanwas in opstreckende heerden [...] gescheiden is, wordt de aanwas verdeeld

54 Sannes, *Geschiedenis I*, 22; Noomen, *Inventarisatie*, *passim*.

55 Kuiken, ‘Compagnons’ 97, nr. P21 noemt hem abusievelijk ‘heer van Ameland’.

door de zwetten in de polder tot in de aanwas en de slijkgronden te verlengen'. Met 'heerd' wordt in Groningen traditioneel een hoeve of kavel aangeduid. De 'zwetten' zijn de kavel-slotten tussen deze hoeven. Met de 'polder' zijn de in de Middeleeuwen ontgonnen, vervolgens door bodemdaling en vernatting overstromde en tenslotte in de Nieuwe Tijd door inpoldering herwonnen landbouwgronden bedoeld.<sup>56</sup> Dat Acker Stratingh en Venema de aanwassen in het Dollardgebied aan de eigenaar van de oever toerekenden, is geheel overeenkomstig de toen geldende regels uit het *Burgerlijk Wetboek* van 1838.

Hofstee maakte honderd jaar later echter een rechtshistorische reuzensprong toen hij het recht van aanwas met zoveel woorden afleidde uit het recht van opstrek dat in het Oldambt en in de 'Friese koloniën in de Wolden' zou hebben bestaan. Winsemius noemde dit standpunt in 1947 'opmerkelijk en veelszins aantrekkelijk', maar waarschuwde ook dat Hofstee 'voor de kleistreek (lees: de Waddenkust) meer betoogt dan bewijst' en dat de bezitsverhoudingen in oude veenontginningen niet zonder meer kunnen worden geëxtrapoleerd naar de kwelders langs de kust.<sup>57</sup> Over Friesland schreef Hofstee: 'Sinds de elfde eeuw ontbrak hier een landsheerlijk bestuur en lange tijd wist het recht van opstrek zich dan ook onverkort te handhaven. In Friesland werd voor het eerst door de Saksische hertogen het recht op de aanwas en op de woeste gronden opgeëist'. Dit laatste is slechts gedeeltelijk juist. De 'woeste gronden' waren vernatte venen ten oosten van de lijn Wartena-Grouw-Oldeboorn. De Saksische overheid wilde deze in 1506 bedijken en droogmalen.<sup>58</sup> Voor zover bekend zijn deze nooit onteigend zoals de Bildtkwelders in 1506. Ook na 1506 heeft de Friese overheid een duidelijk onderscheid gemaakt tussen natuurlijke aanwassen en door menselijk ingrijpen verkregen landaanwinningen. In 1633 stonden in Friesland drie droogmakerijen op stapel. Op 18 juli regelden de Staten de rechten van droogmakers en omwonenden. Laatstgenoemden konden geen beroep doen op visrechten en evenmin op het recht van aanwas in de droogmakerijen. Volgens de Staten was het eerste een onvervreemdbaar soeverein recht (lees: een *regale*) en zag het tweede uitsluitend op de natuurlijke aanwas, niet op drooggemalen land.<sup>59</sup> Hofstee's afleiding van het recht van aanwas uit het veronderstelde 'recht van opstrek' vindt hoe dan ook geen grond in de Friese rechtsgeschiedenis.<sup>60</sup>

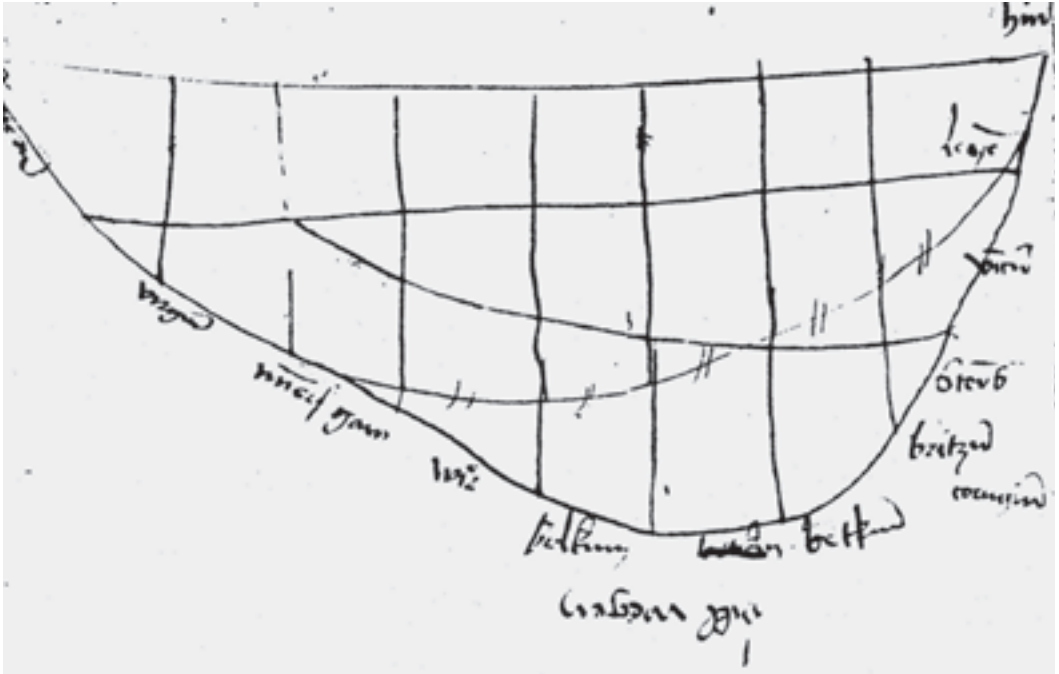
56 G.A. Stratingh en S.A. Venema, *De Dollard, of geschied-, aardrijks- en natuurkundige beschrijving van dezen boezem der Eems*, Groningen, 1855, 177-178. Over de oude veenkolonisatie langs de Dollard: H. Groenendijk en W. Schwartz, 'Mittelalterliche Besiedlung der Moore am Dollart-Rand', in: O. Knottnerus e.a. (red.), *Rondom Eems en Dollard. Historische verkenningen in het grensgebied van Noordost-Nederland en Noordwest-Duitsland*, Groningen en Leer, 1992, 84-97.

57 Hofstee, *Oldambt*, 149-154; Winsemius, *Waterstaatsrecht*, 122-123.

58 Hofstee, *Oldambt*, 157; Martena, *Annael*, 67.

59 J.P.A. Louman, *Fries waterstaatsbestuur: een geschiedenis van de waterbeheersing in Friesland*, Amsterdam, 2006, 307.

60 De door Hofstee gegeven Duitse bron voor het *Aufstreckungsrecht* (W. Lüpkes, *Ostfriesische Volkskunde*, Emden, 1907, 20) gaat terug op het Pruisische *Urbarmachungsedikt* van 1765 – volgens mij de vroegste vermelding van dit recht. Het Oudfriese werkwoord *upstrekka* ('zich uitstrekken') komt met betrekking tot landerijen voor in oorkonden uit 1478 (Oosthem), 1479 (Dantumadeel) en 1530 (Langweer; P. Sipma, (ed.), *Oudfriesche Oorkonden II*, Den Haag, 1933, nrs. 86, 89, 353; vr. med. dr. O. Vries). Vergelijk E. Wassermann, 'Siedlungsgeschichte der Moore', in: K.-E. Behre en H. van Lengen, eds., *Ostfriesland. Geschichte und Gestalt einer Kulturlandschaft*, Aurich, 1996, 100, die de paragrafen over verdeling van de 'hemrik' in het Oudere Schoutenrecht mijns inziens ten onrechte interpreteert als verdeling van de 'opstrek'. Hierover uitvoerig: O. Postma, *Veld, huis en bedrijf. Landbouwhistorische opstellen*, Hilversum, 2010, 92-115, 323-337.



In 1505 tekende een militair, vermoedelijk de Saksische maarschalk Vitus von Drachsdorf, dit schetsje voor een wegenplan voor het pas bedijkte Bildt. Er zijn nog geen kerken of dorpen in deze nieuwe polder voorzien. Naar Tijdschrift voor Waterstaatsgeschiedenis 18 (2009), 16, afb. 3.

Het recht van opstrek was dan ook geen gecodificeerd recht zoals de *regalia* uit 1158, maar een soort gewoonterecht dat kon ontstaan waar de vorst geen gebruik maakte van zijn voorrecht om woeste gronden op te eisen. Dit voorrecht werd door juristen in de Middeleeuwen afgeleid van het *regale* op 'vacante goederen' (*bona vacantia*). In strikte zin zag dit alleen op niet-aanvaarde of opengevallen nalatenschappen. Op dezelfde voet werden in de Middeleeuwen echter ook de niet in cultuur gebrachte gebieden buiten de gemene gronden van de buurschappen beschouwd als vorstelijke domeinen.<sup>61</sup> Het betrof doorgaans veenmoerassen waar het bebouwbare land door kunstmatige ontwatering ('ontginning') kon worden uitgebreid. Wanneer aan de lengte van de ontwateringssloten geen limiet was gesteld, heette het dat werd ontgonnen in 'vrije opstrek' of, zoals een Hollandse bron het in 1281 noemde: *also verre als die vene gaet* – of zolang de vorst zich niet deed gelden. In dat geval werden de grenzen naderhand vastgelegd in dadingen (*copen*).<sup>62</sup> De middeleeuwse Friese plaatsnaam Oldeberkoop wijst erop dat *copen* ook in Friesland voorkwamen. Waar zo'n dading niet tot stand kwam, kon de grens van een veenopstrek heel lang in het vage blijven. Zo is pas in 1813 de scheiding van de middeleeuwse veenontginningen tussen Haren (Gn) en

61 De Monté ver Loren en Spruit, *Hoofdlijnen*, 152-155.

62 S. Muller, 'Het Oude Register van Graaf Florens', *Bijdragen en Mededelingen v/h Historisch Genootschap* 22 (1901), 198.



In 1664 publiceerde Chr. Schotanus deze topografische Kaart van het Oud en Nieuw Bildt, inmiddels met drie dorpen. Naar Tijdschrift voor Waterstaatsgeschiedenis 18 (2009), 16, afb. 4.

Paterswolde vastgelegd. De ontginning vanuit Haren was toen al bijna acht eeuwen oud.<sup>63</sup>

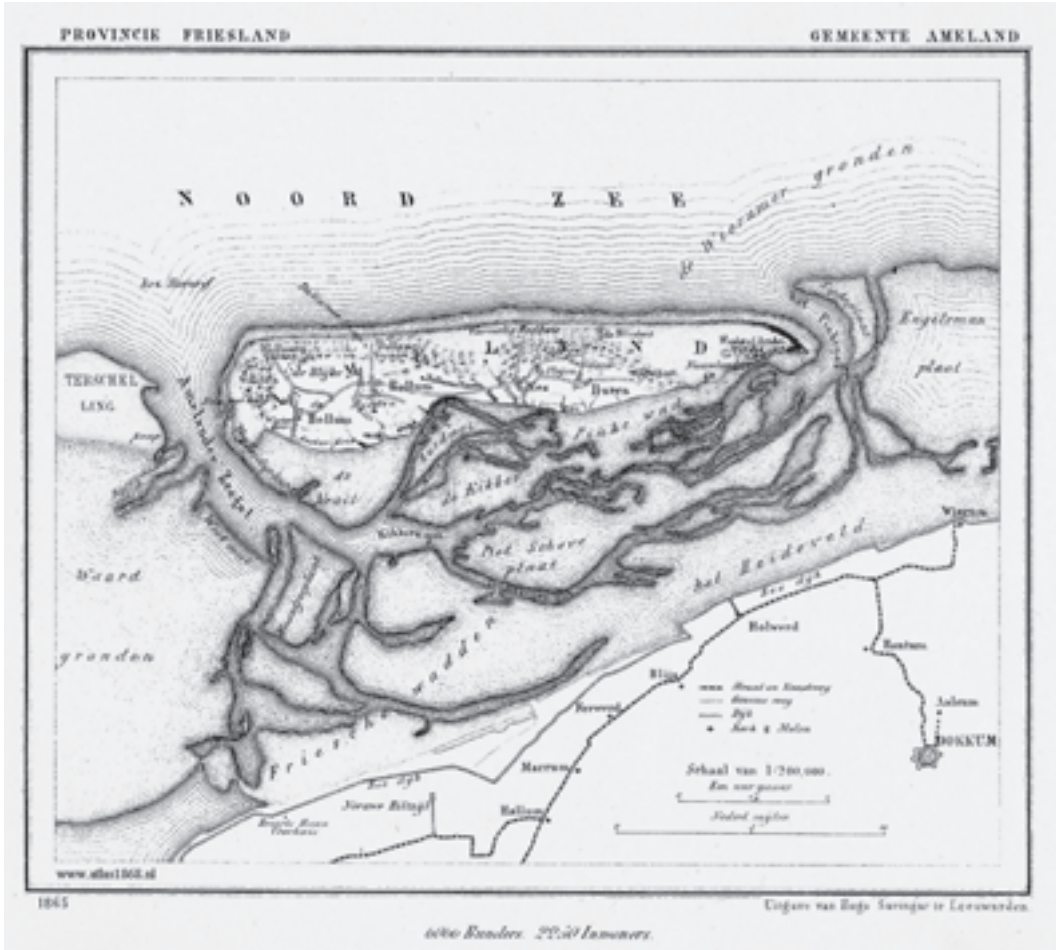
Zijn in dit verband de rechten van de monniken van Klaarkamp op hun overzeese bezit op Schiermonnikoog nu ook af te leiden uit een recht van opstrek, zoals Mol heeft voorgesteld? En is een soortgelijke relatie tussen Ameland en Het Bildt afleidbaar uit de beleningen van 1398? Wat Schier betreft, staat vast dat Klaarkamp dit eiland in de vijftiende eeuw (en waarschijnlijk al in 1300) in volle eigendom bezat. De rechtshistorica Van der Ven stelt dat dit recht mogelijk is gevestigd toen de monniken het eiland hebben bezet omdat het niemandsland was. Mol houdt eveneens een slag om de arm wanneer hij beschrijft hoe de monniken ‘via het wantij rechtstreeks de eilanden aan de overkant van het water konden bereiken. Zij konden ze als het ware ook claimen bij wijze van opstrek’.<sup>64</sup> Mol voert de ‘opstrek’ hiermee op als een soort juridische fictie.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> K. Kuiken, ‘Copers of krakers? Een bijdrage aan het ontginningsdebat’, *Holland* 38 (2006), 97-101; H. van Rij, vert., *Een verhaal over Groningen/Quedam narracio*, Hilversum, 1989, 60-61, 90-91; K. Kuiken, ‘Van “niemandsland” tot Meer-schap: duizend jaar waterstaat in Haren bewesten de Hondsrug’, *Tijdschrift voor Waterstaatsgeschiedenis* 20 (2011), 45-56.

<sup>64</sup> Van der Ven, *Schiermonnikoog*, 5-6; Mol, ‘Bezitsverwerving’, 189 (cursivering: Kees Kuiken).

<sup>65</sup> Ook in ‘Mittelalterliche Klöster und Deichbau im westerlauwerschen Friesland’, in: Th. Steensen (red.), *Deichbau und Sturmfluten in den Frieslanden*, Bredstedt, 1992, is Mol terughoudend. Op p. 55 schrijft hij over kloostergoed omstreeks 1500: “Möglicherweise hatten die Mönche hier ein Aufstreckungsrecht erworben” (cursivering: KK).





Ameland met het wantij tussen het eiland en de Friese kust in de gemeenteatlas van J. Kuyper, Leeuwarden 1866.

Er zijn redenen om hier niet uit te gaan van een al dan niet fictief recht van opstrek maar van de jurisprudentie over het recht van aanwas. Op Voorne-Putten gold in de vroege zestiende eeuw het recht van aanwas langs de oever van een rivier zover als de eigenaar van de oever met zijn zwaard omgord het water in kon lopen. Voor het visrecht gold een soortgelijke beperking. In Gelderland gold voor de bepaling van het recht van aanwas dan wel opwas tot in de achttiende eeuw een bijzondere procedure. Een volgeladen mestkar, bespannen met vier of zes paarden, reed van de oever de rivier in naar een aangewassen dan wel opgewassen eiland. De voerlui lunchten op het eiland met brood en wijn en reden te paard terug. De mestkar bleef op het eiland achter, waar hij zes weken moest blijven staan. Daarna, en ook wanneer het eiland droogvoets bereikbaar was, gold het als aanwas. Was het niet op een van deze wijzen bereikbaar, dan was het opwas. Kronen-



berg neemt aan dat genoemde praktijken teruggaan op het middeleeuwse recht *ius alluvionis*.<sup>66</sup> Dat de Klaarkampers al in de dertiende eeuw met dit recht vertrouwd waren, blijkt uit hun optreden omstreeks 1250 ten aanzien van de rechten op de oever van het Wijde-meer.<sup>67</sup>

Wadlopers weten het: Ameland en Schier zijn bij laag water niet met droge voeten, maar doorgaans zonder kleerscheuren vanaf de vaste wal te belopen. Omstreeks 1300 kon de tocht naar Schier in beginsel tweemaal daags worden gemaakt, *dan in de see der was nenen water*. Gezien de jurisprudentie elders in Nederland is het denkbaar dat ‘het eiland’ (zoals het heet in de oudste bewaarde bron uit 1323, evenals in de hedendaagse Groninger volksmond) na verloop van tijd zo niet rechtens, dan toch feitelijk gold als ‘aanwas’ van de kloostergoederen op de vaste wal.<sup>68</sup>

Die goederen lagen als een snoer langs de rivier de Paesens, van de corpuslanden van Klaarkamp bij Rinsumageest tot een uithof (‘monnikhuis’) aan de mond van de Paesens bij Nes (Dongeradeel). Ook buiten de zeedijk bij Holwerd bezat Klaarkamp zo’n uithof. Merkwaardig genoeg heette deze niet ‘Schiermonnikhuis’ maar *Swart Munckehuijs*.<sup>69</sup> Nu bezaten de ‘zwarte monniken’ (benedictijnen) van Echternach in de elfde eeuw niet alleen een kerk op Ameland (vermoedelijk in Hollum), maar ook de kerk van Holwerd op de vaste wal. De naam *Swart Munckehuijs* doet vermoeden dat ook deze uithof oorspronkelijk Echternachs bezit was. In de late Middeleeuwen lag ten zuidoosten van Buren op Ameland het gehucht Zwartwoude. In 1558 woonden hier zeventien weerbare mannen.<sup>70</sup> De oudste kadastrale kaart uit 1832 vertoont ter plaatse een strokenverkaveling zoals we die van veel middeleeuwse veenontginningen kennen.<sup>71</sup> Het gehucht zelf, waarvan de naam op ‘-woude’ typisch is voor zulke ontginningen, is kort na 1558 in zee verdwenen. Op de kaart uit 1832 is echter te zien dat de kavelsloten rooien op de kerk van Holwerd. Zwartwoude was in 1483 eigendom van de Jelmera’s. Op 21 februari kreeg Haie Heringa, een kleinzoon van Ritske Jelmera, het recht van overpad vanuit Zwartwoude via Nes naar Ballum, wanneer hij daar zijn intrek nam (*als hiae kommed offte wañied op Aemland*).<sup>72</sup>

Is Zwartwoude het restant van een oude veenopstrek tussen Ameland en Holwerd? Vast staat wel dat vóór het begin van onze jaartelling Vlieland en Westergo door zo’n veenmoeras waren verbonden. In de negende eeuw was die verbinding echter al doorbroken door de vorming van de latere Zuiderzee. Dat ook Ameland omstreeks die tijd een eiland (*insu-*

66 Kronenberg, *Aanwas*, 50-52.

67 Mol gebruikt hiervoor naast elkaar de termen ‘aanwas’ en ‘opstrek’ (Lambooy en Mol, ed. en vert., *Vitae*, 101).

68 De Haan e.a., *Engelsmanplaat*, 6; Van der Ven, *Schiermonnikoog*, 2.

69 J.A. Mol, ‘Besitzerwerbungen der friesischen Zisterzienserklöster Klaarkamp, Bloemkamp und Gerkesklooster’, in: K. Elm (red.), *Erwerbspolitik und Wirtschaftsweise mittelalterlicher Orden und Klöster*, Berlin, 1992, 75.

70 Noomen, ‘Echternach’, 16-17; Buma, ‘Schiermonnikoog’, 410; J. Houwink, *De staatkundige- en rechtsgeschiedenis van Ameland tot deze eeuw*, Leiden, 1899, 48-49.

71 Raadpleegbaar in het Historisch Geografisch Informatiesysteem van de Fryske Akademy ([www.hisgis.nl](http://www.hisgis.nl)).

72 Nationaal Archief, Den Haag, toeg. 1.08.11 (Nassause Domeinraad), inv. nr. 1807, gedrukt in P. Sipma, *Oudfriesche Oorkonden I*, Den Haag, 1927, nr. 326 en in Buma, ‘Schiermonnikoog’, 410-411; met dank aan dr. H. Nijdam.

la) was, blijkt uit een contemporaine bron.<sup>73</sup> De huidige Waddenzee is overigens erg ongeschikt voor onderzoek naar veenresten. Het is al heel wat dat in dit voortdurend veranderende getijdenlandschap nog een spoor van de verdrongen ontginning Zwartwoude zichtbaar is. Willen we daaruit toch een relatie met de vaste wal afleiden, dan wijst dit spoor in de richting van Holwerd, niet naar Het Bildt.

## Besluit

De aanspraken van de aangelanden van Het Bildt op de pas bedijkte kwelders in 1506 kunnen met zekerheid (en de rechten van kloosters aan de vaste wal op hun ‘overzeese’ bezittingen op eilanden zoals Schiermonnikoog met enige waarschijnlijkheid) worden herleid tot het *ius alluvionis*: het historische recht op de aanwas. Voor het een noch het ander behoeven we een beroep te doen op de juridische fictie van het ‘recht van opstrek’ zoals in 1937 door Hofstee voorgesteld. In plaats daarvan hanteren we *Occam’s razor* en laten we deze fictie verder buiten beschouwing.

Er is geen aanwijzing gevonden dat de dubbele belening van Arend van Egmond met Ameland en Het Bildt in 1398 een historisch of juridisch precedent had. Het betrof kennelijk een gelegenheidscombinatie. Meer nauwkeurig gezegd vormden de militair-strategische belangen van de Hollandse graaf niet alleen de voornaamste maar ook de enige reden voor deze belening.

We merkten al op dat de ‘Bildtse kwestie’, de moeizame verhouding tussen de Bildtse boerenbevolking en de centrale (Saksische, Friese en later Haagse) overheid, als een rode draad door Sannes’ verouderde maar voortreffelijk gedocumenteerde *Geschiedenis van Het Bildt* loopt. In dit licht kan tot slot worden gesteld dat het ‘uitland geheten Bil’ in 1398 zijn entree in de geschiedschrijving niet onder een erg gelukkig gesternte maakte. Het was nog niet eens bedijkt toen het al het voorwerp werd van een vanuit Den Haag gedicteerde bestuurlijke herindeling.

## Summary

*Natural accession or progressive reclamation? The case of Het Bildt in Friesland*

In Dutch historiography, the difference between natural accession (*aanwas*) and progressive reclamation (*opstrek*) is not always clear. It has been suggested, for instance, that the

73 J.T. Bremer, ‘De genese van de Kop van Noord-Holland en het westelijk Waddengebied’, in: G.J. Borger e.a. (red.), *Van Groningen tot Zeeland. Geschiedenis van het cultuurhistorisch onderzoek naar het kustlandschap*, Hilversum, 2010, 91-103; Künzel e.a., *Lexicon*, 65.

medieval ownership of lands on the Frisian Wadden islands and the mainland both derived from some right of progressive reclamation which made the former holdings legal accessories of the latter. Parts of the Wadden Sea between the Frisian mainland and the Wadden islands have indeed been cultivated by accession or, as it was termed at the Diet of Roncaglia (1158), by alluvion. A letter of enfeoffment of 1398 links the Frisian Wadden island of Ameland to an *uytland gheheten Bil*, a natural alluvion on the shores of the estuary of the river Borne on the Frisian mainland. This ‘outland’ was transformed to a polder named Het Bildt when a dyke was built around it in 1505. The new polder was the property of the Duke of Saxony, but previous users of the alluvions were compensated in 1506. Most were private persons and religious institutions from adjacent villages, whose titles to the outlands as natural accessions to their own landholdings were thus recognized. That this was an established practice under Frisian law also appears from a ruling of 1498 by the *Gemeene Landswarf*, the court of appeal at Groningen, in favour of some sea shore farmers. This practice is summarized by one legal historian as ‘islands to the lord, alluvions to the adjacents’.

By tradition, this matter was treated differently in the County of Holland. In 1492, for instance, the Count of Holland claimed ownership to all alluvions for which no letters of private ownership or enfeoffment could be produced. At that time, the Count had no jurisdiction over Friesland, although one of his predecessors had issued letters of enfeoffment for Frisian assets in 1398. One charter transferred the rights to the island of Ameland together with the ‘outland’ Het Bildt to a vassal of the Count, who was at that time preparing to invade Friesland. Het Bildt was apparently to serve as the Count’s ‘Omaha Beach’ for landing troops stationed on the island.

In the absence of any historical or geographical traces of progressive reclamation between Ameland and Het Bildt, it must be assumed that geopolitical considerations were the only reason why the island and the ‘outland’ were juxtaposed in the enfeoffment of 1398. In 1498, however, not the Count of Holland but Duke Albert of Saxony became Lord of Friesland. In 1505, his son Duke George commissioned the building of the Bildt dyke. As a modern ruler, he took care to accommodate previous Bildt land users according to Frisian legal practice. This was a major step towards the implementation of the rule of law in a society that had long been ruled by feuds.

## Keywords

Accession; enfeoffment; Frisian law; Het Bildt; land reclamation; polder; Roman law.

Aanhangsel: particulieren die in 1506 afstand deden van hun aanwas op Het Bildt<sup>74</sup>

Naam in dading (Berns nr. 437)	Land	Prijs	Genormaliseerde naam en overige gegevens
1. Sibrant Dove z zû Luwarden	4 pm	32 gld	Siebren Douwes woont in 1506 te Leeuwarden
2. Saling Live erben	7 pm	56 gld	erven Tjalling Lieuwes Minnema te Leeuwarden (OFO)
3. Hantie Gerbensma	6 pm	44 gld	Haantje Gerbensma
4. Tzy(ô)ma Abba z stiffkinderen	4 pm	32 gld	Tjomme Abes koopt zelf nog 3 pm af voor 24 gld.
5-6. Jessie Jans z & Gabbe Wddemma	4 pm	28 gld	Gabe Wddemma verkoopt in 1491 land (OFO)
7. Dircke Nessa stieffz	2 pm	16 gld	Dirk, stiefzoon van Nesse
8-9. Abba Winthie z & Hessel Marten	3 pm	24 gld	Abe Wiensens & Hessel Martena, grietman Men'deel (OFO)
10. Hoppe Hermanna	10 pm	80 gld	Hobbe Hermanna, hoofdelling te Minnertsga (OFO)
11. Meister Juw Hottingha erben	3 pm	24 gld	de erven van mr. Jouw Jarichs Hottinga (OFO)
12. Meister Watgie erben zû Leuwarden	3 pm	24 gld	mr. Watse, vermeld Leeuwarden 1502-1504 (Stedstiole)
13. Sicka Gabbes zû Mynaldum	3 pm	24 gld	Sikke Gabes, woont in 1506 te Menaldum
14. Hillebrandt Renthie z	2.3 pm	18 gld	Hillebrand Rinses, in 1514 belender in Beetgum (OFO)
15. Gerbe Lawta erben	10 pm	80 gld	Gerben Aysma alias Lauta te Wier (Noomen)
16. Ecke Enthie z	5 pm	40 gld	Ekke Eintes
17. Serb Brun z	4 pm	32 gld	Seerp Bruins
18. Sibel Gellema	16 pm	128 gld	Sibbel Gellema
19. Riuert zû Minnersgae	4 pm	28 gld	Ruurd, woont in 1506 te Minnertsga
20. Nanna Enthie z	13 pm	100 gld	Nanne Eintes
21. Sicka Galla z zû Minald	7 pm	52 gld	Sikke Geeles, woont in 1506 te Menaldum, in 1511 te Wier, verhuurt dan met Sierk Keimpes en Goslik Iemes land te Menaldum (Aanbreng).
22. Ruirt Wobbe z	2 pm	16 gld	vermeld Leeuwarden 1502-1504 (Stedstiole)
23. Syba Ona z	3 pm	20 gld	Siebe Annes koopt ook nog 9 pm af voor 68 gld.
24. Saß Enthie	6.3 pm	18 gld	Sasker Eintes
25. Gotschalik Jema z	1.3 pm	10 gld	vermeld Menaldum 1511-1514 (Aanbreng; zie nr. 21).

<sup>74</sup> Gekozen is voor de namen volgens Berns nr. 437 (Duitse tekst). Berns nr. 439 is daarvan een niet geheel foutloos afschrift. De spelling van de gestandaardiseerde namen volgt die in de namenthesaurus van Tresoar ([www.tresoar.nl](http://www.tresoar.nl)). De bronnen staan voluit in noot 50. *Oudfriesche Oorkonden* is in deze tabel afgekort tot (OFO), 'pondsmaat' tot 'pm'.

Naam in dading (Berns nr. 437)	Land	Prijs	Genormaliseerde naam en overige gegevens
26. Gerbrant Reinhie z	2 pm	12 gld	Gerben Rinses
27. Hette & Sywert Lorensma broderen	3 pm	24 gld	gebroeders Hette en Sjoerd Lorensma
28. Folkert Schoemachers erben	5 pm	40 gld	erven Folkert Schoenmaker te Leeuwarden (Schroor).
29. Lambert Abba schwagers erben	4 pm	32 gld	de erven van de zwager van Lammert Abes
30. Wyth Volckesma	5 pm	40 gld	Wiet Folkertsma
31. Ulfert Bocka z	3 pm	24 pm	Olfert Bokkes
32. Abbe Hernßma	12 pm	? gld	Abe Hernsma
33. Menne Tackema	3 pm	20 gld	Minne Takkema
34. Hilcke Her(c)kema	3 pm	24 gld	Hielke Harkema, hoofddeling te Augsbuurt bij Kollum (Noomen); koopt in 1506 ook nog 1 pm af voor 8 gld
35. Doucke Hans z	10 pm	80 gld	Doeke Hanses
36. Here Frericks z	2.3 pm	18 gld	Here Freerks
37. Withye Abba z	2 pm	16 gld	een Watse Abbes ruilt in 1478 Deinumer en Leeuwarder nieuwland met Dries Emersma (OFO)
38. Dercke Esße z	6 pm	48 gld	Dirk Ieses
39. Peter Folckersma	7.9 pm	62 gld	Peter Folkerts(ma) te Tzummarum 1484-1495 (OFO)
40. Baucke Oedsma	1.3 pm	10 gld	Bauke Oedsma
41. Drieß Emerßma	8 pm	64 gld	woont 1478 in Berlikum en ruilt Deinumer tegen Leeuwarder Nieuwland met Watse Abbes (OFO)
42. Sibrandt Sibbrands z	1.9 pm	14 gld	Siebren Siebres
43. Auck Heynema	2 pm	12 gld	Auk(je) Heinema
23a. Siba Onaß	9 pm	68 gld	Siebe Oenes
45. Wobbo Menthiema	2 pm	12 gld	Wobbe Mensema
46. Dôve Schinders erben	1 pm	8 gld	erven Douwe Schinder
47. Reinick Einthie Bonge weduwe	2 pm	16 gld	weduwe Rienk Eintes Bonga
48. Wybe Tierxma	4 pm	24 gld	Wiebe Tjerksma, in 1483-1495 gegoed te Al-lingawier (OFO)?
49. Wythie Folckersma	5 pm	40 gld	Wietse Folkertsma
50. Lolike Benthien	3 pm	24 gld	Lolke Beintama huurt in 1511-1514 land te Menaldum van Foekje Olieslagers en anderen (Aanbrengh).
51. Renigke Rorda	9 pm	51 gld	Rienk Ruurds van Roorda, heerschap op Orxma-state te Menaldum 1511-1545 (Aanbrengh; Noomen)

Naam in dading (Berns nr. 437)	Land	Prijs	Genormaliseerde naam en overige gegevens
52. Foeck Gert Oelschlagers witwe	1 pm	10 gld	Foekje Olieslagers woont in Berlikum (1511) en Leeuwar-den (1514) (Aanbreng; zie voorts Schroor nr. 179)
53. Jacob Schoemachers erben	3 pm	24 gld	Jakob Hettes, schoenmaker te Leeuwarden (Schroor)
54. Esße Hermsma	4 pm	28 gld	Iese Harmsma
55. Foppe Syoloma	4 pm	28 gld	te Menaldum 1511-1514 (Aanbreng), 1519 (OFO).
56. Erst Ana Manga weyb	2 pm	12 gld	Eerstje, e.v. Anne Manga
57. Allert Dôdes	4 pm	32 gld	Allert Doedes (Sierksma), woont Leeuwarden 1492-1506, in 1506 schepen aldaar (Schroor).
58. Minthie Minthie z	10.3 pm	82 gld	Minse Minses, vermeld Schingen 1505 (OFO)
59. Dôwe Tyarts z	1 pm	8 gld	Douwe Tjeerds, huurt in 1511-1514 land te Menaldum (Aanbreng); in 1502-1503 waarn. grietman Franekeradeel (OFO).
60. Sirick Kempes	6 pm	48 gld	Sierk Keimpes (Donia), in 1511-1514 heerschap te Menaldum (Aanbreng); zie nrs. 21 en 25 en Noomen.
61. Hercke Reinicks erben	6 pm	54 gld	erven Heerke Rienks
62. Wopke Ekkema	9 pm	72 gld	Wopke Ekkema



## REMISSIEBRIEVEN IN HET HISTORISCH ONDERZOEK

EEN STATUS QUAESTIONIS\*

## I Inleiding

Op 17 augustus 1599 kreeg Joos Buyse van de aartshertogen Albrecht en Isabella een remissiebrief die hem vrijstelde van vervolging voor een misdaad die hij ongeveer één jaar eerder had begaan. Om deze brief te bekomen, had hij een verzoekschrift aan de soeverein gericht waarin hij nauwkeurig beschreef hoe het misdrijf precies had plaatsgevonden.<sup>1</sup> Zijn verhaal ging als volgt: na vijf april 1598 te hebben doorgebracht in Kortrijk vertrok hij 's avonds laat huiswaarts naar Harelbeke. Halverwege kwam hij echter een dronken man tegen die bovendien in het bezit was van een vuurwapen. Buyse onderstreepte in zijn supplicie zijn angst dat het één van de vrijbuiters of soldaten was die de streek al langere tijd onveilig maakten. Omdat hij, naar eigen zeggen, ongewapend was, zag hij geen andere mogelijkheid dan te worstelen met zijn tegenstander om hem zo het wapen af te nemen. Uiteindelijk slaagde hij hier ook in en hij wierp het meteen in de nabijgelegen gracht. Zijn opponent was echter nog niet uitgeschakeld en trok een mes waarmee hij Buyse probeerde te verwonden. In het gevecht dat daarop volgde, bracht de suppliant zijn tegenstrever ongewild een wonde toe met zijn eigen mes. Pas toen het kwaad reeds geschied was, maakte Buyse's tegenstander zich bekend als Adriaan Vander Beke, een inwoner van Kortrijk. Even plots als ze begonnen was, hield de vechtpartij op. Buyse vertelde in zijn remissieverzoek hoe hij zijn weg naar huis had vervolgd alsof er niets gebeurd was. Een poos nadien hoorde hij dat zijn slachtoffer vijftien dagen na het voorval overleden was aan zijn verwondingen. Omdat hij zich verantwoordelijk achtte voor dit overlijden vroeg hij remissie aan. Hij liet echter niet na om de aartshertogen eraan te herinneren dat de wereld geen groot verlies zou lijden door de dood van zijn slachtoffer. Adriaan Vander Beke was immers 'by drancke' en in het algemeen 'zeer querelleux ende zouckende questie (...) jehens de passanten.'<sup>2</sup> De Geheime Raad ontving het remissieverzoek van Joos Buyse en vroeg uit naam van de aartshertogen aan de schepenen van Kortrijk om een onderzoek naar het voorval in te stellen. De schepenen bevestigden het verhaal van Buyse en vermeldden onder meer dat het wapen van Adriaan Vander Beke inderdaad met opgetrokken haan in de gracht was terug-

\* Oprechte dank gaat uit naar de redactie van *Pro Memorie*, en in het bijzonder naar prof. dr. Eddy Put, voor hun opmerkingen en correcties bij het manuscript.

1 In de praktijk werd deze vraag tot remissie behandeld door de Geheime Raad.

2 Brussel, Algemeen Rijksarchief (ARA), Geheime Raad Spaanse Periode (GRS), 1599, inv. nr. 909.

gevonden. Verder had de suppliant zich ook verzoend met de familieleden en vrienden van Vander Beke. Hun advies was dan ook om hem remissie te verlenen.<sup>3</sup>

In het archief van de Geheime Raad worden duizenden dergelijke brieven bewaard. In het kader van mijn masterproef had ik de gelegenheid om er 160 te onderzoeken uit het jaar 1599. Uit de literatuurstudie bleek al snel dat remissiebrieven sedert een aantal decennia een belangrijke plaats innemen binnen het historisch onderzoek. Volkskundigen, en later ook cultuurhistorici en sociale wetenschappers, beschouwen ze als een unieke toegang tot de wereld van de ‘onzichtbare volksmassa’ waarover de meeste bronnen ons maar weinig kunnen vertellen. De verhalen van de supplianten zetten ons onder meer op het spoor van de sociale relaties die zij onderhielden met vrienden en familie, de manier waarop zij tegen het leven aankeken en de omstandigheden waarin zij moesten overleven. De vermelding door Joos Buyse van het gevaar van vrijbuiters en soldaten langs de weg is bijvoorbeeld tekenend voor het onveiligheidsgevoel op het einde van de zestiende eeuw. Het nadeel van de remissiebrief is dat we deze details slechts sporadisch en tussen de regels door lezen. Historici als Monique Pineau<sup>4</sup> stellen daarom dat elke remissiebrief uniek is en dat het waarheidsgehalte bijgevolg onmogelijk gecontroleerd kan worden. De gegevens uit het verzoekschrift van Joos Buyse zijn eenmalig en dus niet te extrapoleren. Verder is het zeer waarschijnlijk dat Buyse zijn eigen gedrag trachtte te rechtvaardigen en de reputatie van zijn tegenstander probeerde te besmeuren. Volgens deze redenering kunnen remissiebrieven nooit bouwstenen leveren voor een solide geschiedenis van het dagelijkse leven.

Deze kritiek zette specialisten van de sociale geschiedenis ertoe aan om niet de ‘unieke details’ maar wel de gemeenschappelijke noemers waaronder de remissiebrieven vallen te onderzoeken. De gewelddaden, conflicten en daaropvolgende verzoeningen kwamen, met andere woorden, al snel in het middelpunt te staan van heel wat historisch onderzoek naar de remissiebrief. Auteurs als Robert Muchembled<sup>5</sup> en Claude Gauvard<sup>6</sup> beschrijven de brieven als een geprivilegieerde bron, om niet alleen de geschiedenis van de criminaliteit, maar ook de sociale codes en rituelen van een hele samenleving in kaart te brengen. De verzoening die Joos Buyse bewerkstelligde met de vrienden van zijn slachtoffer is, volgens hun interpretatie, geen vrijblijvende schadevergoeding, maar een belangrijke component van een juridisch en sociaal verzoeningsproces tussen dader en benadeelde partij.

Rechtshistorici schenken in hun onderzoek naar gratiemaatregelen minder aandacht aan de inhoud van de brieven, maar tonen des te meer belangstelling voor hun vorm en hun plaats binnen het gerechtelijke en bestuurlijke apparaat. In een recente studie definieert Marjan Vrolijk het verlenen van gratie als ‘een ingreep in de reguliere rechtsgang door of namens de vorst, die plaats kon hebben in alle stadia van de keten delict-vervolg-ing-be-

3 ARA, GRS, inv. nr. 909.

4 M. Pineau, ‘Les lettres de remission lilloises (fin du XVe- début du XVIe siècle): une source pour l’étude de la criminalité et des mentalités ?’, *Revue du Nord*, 1973, 231-239.

5 R. Muchembled, *La violence au village: sociabilité et comportements populaires en Artois du XVe au XVIIe siècle*, Turnhout, 1989.

6 C. Gauvard, «De Grace Especial»: *Crime, État et Société en France à la fin du Moyen Âge*, 2 dln., Parijs, 1992.

rechting-vonnis-tenuitvoerlegging van de straf. Een strafproces werd voorkomen en het delict werd kwijtgescholden via remissies, pardonneringen en landwinningsen.<sup>7</sup>

Ook het vorstelijk monopolie in het verlenen van remissie vormde het voorwerp van historisch onderzoek. Historici als Marc Boone<sup>8</sup> en Hugo De Schepper<sup>9</sup> besteden aandacht aan de politieke betekenis van het gratierecht door het te interpreteren als vorstelijk beleidsinstrument. Remissieverlening stelde de vorst niet alleen in staat om zijn wil op te leggen aan lokale rechtbanken maar ook om het vertrouwen te winnen van zijn onderdanen die immers een beroep deden op zijn barmhartigheid. Hoewel de vorst *de iure* de gratie verleende, was het echte werk weggelegd voor de Geheime Raad, de provinciale justitieraden en de lagere besturen die hen daarin adviseerden. Onder meer Marjan Vrolijk,<sup>10</sup> Xavier Rousseaux en Èlise Mertens de Wilmars<sup>11</sup> reconstrueerden de criteria die deze instellingen hanteerden om iemand al dan niet gratie te verlenen. Hoewel hieromtrent vaak geen duidelijke conclusies getrokken kunnen worden, geven studies als deze ons een belangrijk inzicht in het vroegmoderne denken over misdrijf en straf.

In dit artikel geven we een kritisch overzicht van de recente historiografie over remissieverlening in de middeleeuwen en vroegmoderne tijd. De Franse geschiedschrijving heeft zich vroeger reeds uitvoerig met het thema bezig gehouden. In wat volgt zullen een aantal Franse benaderingswijzen aan de orde worden gesteld en zal worden nagegaan wat de invloed ervan geweest is op recente Belgische en Nederlandse studies. Daarbij gaat vooral veel aandacht uit naar de overeenkomsten en verschillen tussen de rechtshistorische en cultuurhistorische benadering. Beide disciplines baseren zich in hun onderzoek op een andere methodologie en de inzichten die ze opleveren, staan vaak diametraal tegenover el-

7 M. Vrolijk, *Recht door Gratie: Gratie bij doodslagen en andere delicten in Vlaanderen, Holland en Zeeland (1531-1567)*, Amsterdam, 2004, 451.

8 M. Boone, “‘Want remitteren is princelijck.’ Vorstelijk genaderecht en sociale realiteiten in de Bourgondische periode”, in: L. Stockman en P. Vandermeersch (red.), *Liber Amicorum Achiël de Vos*, Evergem, 1989, 53-59.

9 H. De Schepper, ‘Het Gratierecht in het Bourgondische Nederland 1384-1633. Vorstelijk prerogatief en machtsmiddel’, in: H. Coppens en K. Van Honacker (red.), *Tien bijdragen over de staat, de regering en de ambtenaren van de 16de tot 18de eeuw*. Standen en Landen, Bijzondere reeks, dl. 2, Brussel, 1995, 43-87. Een belangrijk overzichtsartikel met, onder meer, een analyse van de plaats van het gratierecht binnen het rechtssysteem werd reeds twee jaar eerder geschreven door Hugo De Schepper en Jean-Marie Cauchies: H. De Schepper en J.-M. Cauchies, ‘Justice, Gracie en Wetgeving. Juridische instrumenten van de landsheerlijke macht in de Nederlanden, 1200-1600’, in: H. Soly en R. Vermeir (red.), *Beleid en bestuur in de Oude Nederlanden. Liber amicorum prof. dr. M. Baelde*, Gent, 1993, 127-181; H. De Schepper, ‘Repressie of Clementie in de Nederlanden onder Karel V en Filips II’, in: B.C.M. Jacobs en E.C. Coppens (red.), *Een rijk gerecht: opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Nève*. Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt instituut, dl. 41, Nijmegen, 1998, 341-364; H. De Schepper, “‘Justitie door Gratie’ krachtens vorstelijke wetgeving in de Nederlanden, 1400-1621”, in: E. Broers en R. Jacobs (red.), *Interactie tussen wetgever en rechter voor de Trias Politica*, Den Haag, 2003, 109-130.

10 H. De Schepper en M. Vrolijk, ‘Vrede en orde door gratie in Holland en Zeeland onder de Habsburgers en de Republiek, 1500-1650’, in: M. Bruggeman e.a. (red.), *Mensen van de nieuwe tijd: een liber amicorum voor A.Th. van Deursen*, Amsterdam, 1996, 98-117; M. Vrolijk, ‘Les avis au prince des juges locaux sur les lettres de rémission dans les provinces de Flandre, Hollande et Zélande (1531-1567)’, in: J. Hoareau-Dodinau, X. Rousseaux en P. Texier (red.), *Le Pardon*. Université de Limoges. Cahiers de l’Institut d’anthropologie juridique, dl. 3, Limoges, 1999, 373-384; M. Vrolijk, *Recht door Gratie: Gratie bij doodslagen en andere delicten in Vlaanderen, Holland en Zeeland (1531-1567)*, Amsterdam, 2004, 451.

11 X. Rousseaux en È. Mertens de Wilmars, “‘Concurrence’ du pardon et “politiques” de la répression dans les Pays-Bas espagnols au 16e siècle: autour de l’affaire Charlet, 1541”, in: J. Hoareau-Dodinau, X. Rousseaux en P. Texier (red.), *Le Pardon*, Université de Limoges. Cahiers de l’Institut d’anthropologie juridique, 3, Limoges, 1999, 385-417.

1599  
 1599  
 Monsieur tres humble Henry fransen, olislager natif de  
 Santbergh sous Simcken pres la ville de Zureda, qui  
 pour avoir sa maison et cinq bruslee aux villayns au  
 siege de lad ville, et qui lors vint ceste se retirer  
 ne scachant qui deuenir pour se maintenir avecq femme  
 et enfans, se sest occu dedans lad ville avecq sa  
 famille, comme la plus progre duz Santbergh, ou  
 qui se est maintenu catholique, sans oncques auoir  
 portu armes contre sa Ma<sup>te</sup>, et a desu des entrees  
 du peu des biens, qui auoit aux Santbergh, desquelz  
 il a paye contributions et les aides de sa Ma<sup>te</sup>  
 comme tous autres habitans duz villayns, selon  
 qui en appert par les attestations cy jointes, En  
 daultant qui desiroit fort retourner avecq sa  
 famille au lieu de sa naissance, et se reconcilier  
 avecq son prince, Je supplie tres humblement Vostre Ma<sup>te</sup>  
 que consideration des pees par lui endurees en ses  
 biens par les guerres intestines, et qui se attrait  
 a estre force pour se pouoir entretenir avecq sa  
 famille, sans oncques auoir commis acte prejudiciable  
 a sa Ma<sup>te</sup>, et se reconcilier en forme, Elle soit  
 luy accorder lres de reconciliation en forme,

Remissiebrief, ingediend door Henry Fransen Olislager. Brussel, Algemeen Rijksarchief, Geheime Raad Spaanse Periode, 1599, inv. nr. 909.

kaar. Rechtshistorici staan meestal zeer kritisch ten opzichte van de inhoud van de remissiebrief en verwijten de culturele wetenschappers meer dan eens een blind geloof in het relaas van de suppliant. Cultuurhistorici tonen op hun beurt weinig aandacht voor het juridische en politieke belang van gratieverlening. Vooral in de recente historiografie kan men spreken van een toenadering tussen beide stromingen en van vernieuwende interpretaties van deze veelzijdige bron.

## 2 Eerste aanzet door volkskundigen en juristen

De eerste aanzet tot een cultuurhistorische benadering van remissiebrieven werd reeds in het begin van de vorige eeuw gegeven door een aantal volkskundigen, die het narratieve karakter van de bron gebruikten om een levendig beeld van de middeleeuwse en vroegmoderne samenleving op te roepen.<sup>12</sup> Vermeldenswaardig is de studie van de Franse historicus Roger Vaultier die remissiebrieven gebruikt om het dagelijkse leven tijdens de Honderdjarige Oorlog te beschrijven. Niet alleen religie en het huiselijke leven, maar ook sport, spel, theater en gastronomie komen daarbij aan bod. In zijn conclusie maakt de auteur duidelijk dat zijn studie over folklore in vorige eeuwen tot doel heeft om tot een beter begrip te komen van hedendaagse volksgebruiken. Het gevolg hiervan is dat Vaultier het dagelijkse leven vanuit een sterk evolutionair perspectief interpreteert.<sup>13</sup>

Andere publicaties richten zich dan weer op een rechtshistorische studie van de verschillende gratiemiddelen die een vorst tot zijn beschikking had zoals 'remissie', 'abolitie', 'pardon' en 'amnestie'.<sup>14</sup> Ook de procedure die remissieverzoekers moesten doorlopen, werd door rechtshistorici uitgebreid beschreven. Deze auteurs theoretiseren de geschiedenis van het gratierecht eerder dan dat ze er diepgaand onderzoek naar verrichten. Ook de inhoud van de remissiebrieven geniet maar weinig belangstelling. In deze rechtshistorische werken wordt er wel duidelijk een brug geslagen naar het terrein van de institutionele geschiedenis. Vanaf het einde van de vijftiende eeuw claimde de vorst het genaderecht steeds meer als zijn exclusieve bevoegdheid. De remissiebrief wordt daarom ook in een politieke context bestudeerd.

Een pionierswerk dat in hedendaagse studies over het gratierecht nog steeds als belangrijke referentie wordt aangehaald, is van de hand van de Franse historicus Charles Petit-Dutaillis. Hij combineerde in zijn werk de rechtshistorische en de volkskundige be-

<sup>12</sup> L. Celier, 'Les mœurs rurales au XVe siècle', *Bulletin philologique et historique jusqu'à 1715 du comité des travaux historiques et scientifiques*, 1959, 411-419.

<sup>13</sup> R. Vaultier, *Le folklore pendant la Guerre de Cent Ans d'après les lettres de rémission du trésor des Chartres*, Parijs, 1965.

<sup>14</sup> E. Poulet, *Histoire du droit pénal dans l'ancien duché de Brabant*, Brussel, 1867, 405-413; A. De Jong, *Geschiedenis en begrip van gratie*, Rotterdam, 1902; P. Duparc, *Origines de la grâce dans le droit pénal romain et français du Bas-Empire à la Renaissance*, Parijs, 1942; J. Foviaux *La rémission des peines et des condamnations. Droit monarchique et droit moderne. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris. Série Sciences criminelles*, dl. 2, Parijs, 1970.



naderingen.<sup>15</sup> Een grondige inhoudelijke studie van vijftiende-eeuwse Bourgondische remissiebrieven liet hem toe om de gangbare ‘volkszedes’ van deze periode in kaart te brengen. Daarnaast, en daar wordt hij nu vooral voor geprezen, onderzocht hij, op basis van dezelfde bronnen, de rol die bloedwraak en vete speelden binnen de laatmiddeleeuwse samenleving. Petit-Dutaillis stelde vast dat de overheid vanaf de late veertiende eeuw zelf repressief ging optreden tegen misdrijven om zo wraak en weerwraak in te perken. Hoewel de term ‘overheid’ ietwat anachronistisch gebruikt werd, bleef dit idee de latere historiografie over het gratierecht nog lang beheersen.

### 3 *Petite histoire* of unieke bron voor de mentaliteitsgeschiedenis?

De opkomst van de mentaliteitsgeschiedenis bracht een verfrissende kijk op de studie van de remissiebrieven met zich mee. Opnieuw ging er meer aandacht uit naar de gevoels- en gedachtenwereld van de gewone mensen in het verleden, met dat verschil dat mentaliteitshistorici op een wetenschappelijke manier met dit onderwerp omgingen. De remissiebrief leende zich uitstekend om niet alleen een beter beeld te krijgen van de drijfveren van individuele mensen maar ook van de grotere sociale groep waarvan ze deel uitmaakten. Lucien Febvre verwoordde de idee om de remissiebrieven vanuit een nieuwe invalshoek te benaderen in zijn recensie over een rechtshistorisch werk van Pierre Duparc als volgt: ‘*Mais l’histoire du droit de grâce permettrait aussi de saisir des évolutions psychologiques extrêmement intéressantes et de nouer des rapports frappants entre les idées théologiques régnantes à une certaine époque, et les idées juridiques. Ce serait un tout autre livre, et qui méritait bien d’être écrit.*’<sup>16</sup>

Omdat mentaliteitshistorici, in tegenstelling tot de volkskundigen, hun bronnen op een meer kritische manier benaderden, poneerden sommigen onder hen meteen de vraag of de remissiebrieven überhaupt wel geschikt waren als basis voor mentaliteitsgeschiedenis. Zoals het voorbeeld van Joos Buyse ons laat zien, is het de suppliant die in de remissiebrief voortdurend aan het woord is. Hij vertelt zijn verhaal en probeert zijn eigen schuld daarbij zoveel mogelijk te minimaliseren door onder meer de reputatie van zijn slachtoffer te besmeuren. Als we al niet kunnen uitzoeken of de suppliant de waarheid spreekt in zijn rekest, kunnen de bronnen dan wel de basis vormen voor een wetenschappelijk correcte historiografie?

In het begin van de jaren zeventig beantwoordde Monique Pineau deze vraag negatief. Op basis van een analyse van Rijkselse remissiebrieven uit de vijftiende en zestiende eeuw be-

<sup>15</sup> C. Petit-Dutaillis, *Documents nouveaux sur les moeurs populaires et le droit de vengeance dans les Pays-Bas au XVe siècle: Lettres de rémission de Philippe le Bon*, Parijs, 1908.

<sup>16</sup> L. Febvre, ‘Recensie van P. Duparc, *Origines de la grâce dans le droit pénal romain et français du Bas-Empire à la Renaissance*, Parijs, 1942’, *Mélanges d’histoire sociale*, 1943, 118: ‘Maar de geschiedenis van het gratierecht laat ook toe om zeer interessante psychologische evoluties te onderzoeken alsook de frappante overeenkomsten tussen de theologische en juridische ideeën van een bepaalde periode. Het zou een heel ander boek zijn, maar het verdient het zonder twijfel om geschreven te worden.’



schreef ze welke mogelijkheden die kunnen bieden binnen het onderzoeksdomein van de sociale geschiedenis. Pineau besloot dat de remissiebrieven een zeer persoonlijk karakter hebben en zelden iets zeggen over de bredere politieke of economische situatie waarin de aanvragers leefden. De toestanden die in de brieven worden beschreven, gelden enkel voor een aantal personen binnen een beperkte ruimtelijke en chronologische context. Op basis hiervan kunnen historici bijgevolg onmogelijk uitspraken doen met een grotere reikwijdte.

Niet alleen het handelen, maar ook de mentaliteit van mensen in het verleden kan, aldus Pineau, niet gereconstrueerd worden op basis van remissiebrieven. Het relaas van de remissieaanvrager staat, volgens haar, vol stereotype formuleringen; niet alleen gebeurden de delicten vaak op dezelfde plaats, met name de herberg, ook de supplianten haalden steeds dezelfde motieven of verzachtende omstandigheden ter verdediging aan. De inhoud van de remissiebrief beoordeelde ze, op basis van dit alles, als te ongeloofwaardig om de echte motieven en gevoelens van de supplianten te peilen. De brieven kunnen, volgens Pineau, het niveau van de *petite histoire* niet overstijgen. Hoewel ze een vaag beeld kunnen bieden van het maatschappelijke leven in het verleden, bijvoorbeeld over het vertier in de herbergen of conflicten op het werk, blijven de brieven voor haar een soort ahistorische bronnen die buiten de tijd staan en weinig zeggen over de bredere historische context waarin gewone mensen leefden.<sup>17</sup>

Toch hebben andere historici getracht om de remissiebrieven juist vanuit een sociologische en psychologische invalshoek te bestuderen. Pierre Charbonnier schetste in 1981 op basis van remissiebrieven het sociale en professionele leven van de inwoners van Poitou in de vijftiende eeuw.<sup>18</sup> Ook de positie van de vrouw, de kindertijd en seksualiteit vormen belangrijke thema's in zijn studie. Hij merkt op dat onze kennis over het alledaagse leven in het verleden vooral gebaseerd is op normatieve of literaire bronnen. Remissiebrieven kunnen, aldus Charbonnier, een belangrijke toetssteen zijn om theorieën die uit deze bronnen werden afgeleid, te bevestigen of te ontkrachten. Zo nuanceert Charbonnier, na een grondige inhoudelijke studie van de brieven, onder meer de these van Philippe Ariès als zou het kind in de late middeleeuwen weinig waarden en normen overnemen van zijn gezin en zich op een vrij jonge leeftijd van zijn familie losmaken.

Toch bleef de kritiek dat het mentaliteitshistorische onderzoek naar de remissiebrieven geen solide wetenschappelijke basis bezat luid doorklinken. De vernieuwende aanpak van Pierre Braun en later Pascal Texier kwam voor een groot deel tegemoet aan de opmerkingen van critici. Het onderzoek dat zij aan het Institut d'Anthropologie Juridique te Limoges richtten, was baanbrekend. Braun stelde als één van de eersten een specifieke methode voor om het waarheidsgehalte van de remissiebrieven te onderzoeken.<sup>19</sup> Allereerst moet de

17 Pineau, 'Les lettres de rémission', 231-239.

18 P. Charbonnier, 'L'entrée dans la vie au XVe siècle, d'après les lettres de rémission', *Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, Nancy, 1981, 71-103.

19 P. Braun, 'La valeur documentaire des lettres de rémission', in: *La faute, la répression et le pardon. Actes du 107<sup>e</sup> congrès national des sociétés savantes. Section de philologie et d'histoire jusqu'à 1610*, 107 (1), Parijs, 1984, 207-221.

historicus de brieven situeren binnen hun juridische, sociale en historische context. Verder kan men achterhalen of de suppliant effectief de waarheid sprak door interne contradicties in de brieven op te sporen. Vaak is het zo dat getuigen van het misdrijf elkaar tegen spraken of dat de suppliant al eerder een misdrijf had gepleegd dat hij niet vermeldde in zijn remissieverzoek. Braun was er zich van bewust dat de brieven in de eerste plaats juridische bronnen zijn waarin de suppliant erkent dat hij een misdrijf heeft gepleegd. Alles wat in het nadeel van de suppliant kon spreken en niet nodig was om een samenhangend verhaal te vertellen, werd er dan ook bewust uit weggelaten. Elementen die de suppliant in een goed daglicht stelden, werden daarentegen extra benadrukt. Voor alles, aldus Braun, moest de brief 'vraisemblable', waarachtig, zijn. De aanleiding en het verloop van het delict moesten in de eerste plaats geloofwaardig overkomen en de toetsing van het 'interinement' kunnen doorstaan. Dit interinement is de officiële bekrachtiging door de justitierraad van de aan de vorst gevraagde genade. Bij de bekrachtigingsprocedure gaat de raad na of de in de remissiebrief aangehaalde feiten op waarheid berusten. Daarbij worden zowel de procureur-generaal als het slachtoffer gehoord. Braun beklemtoonde dat historici ook aandacht moeten besteden aan datgene wat in de brieven niet wordt gezegd. Met deze methode bood hij een antwoord op de kritiek van historici als Pineau en toonde hij aan dat de brieven wel degelijk een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan het historisch onderzoek naar het dagelijkse leven in het verleden.<sup>20</sup>

Pascal Texier verrichtte diepgaand onderzoek naar het fenomeen van remissieverlening in Frankrijk in de veertiende eeuw.<sup>21</sup> Volgens hem wordt de remissiebrief in de rechtsgeschiedenis al te vaak aangeduid als een antwoord op de tekortkomingen van het strafrecht. Misdadigers die waren gevlucht en die zo uit de handen van het gerecht bleven, konden via het gratierecht door de vorst toch nog verplicht worden tot het betalen van een schadevergoeding. Texier stelt remissieverlening daarentegen voor als een maatregel die ook op zichzelf kon bestaan, met name als middel om sociale spanningen binnen de maatschappij te temperen. Een absolute voorwaarde voor het verkrijgen van een remissiebrief was immers dat de suppliant zich had verzoend met zijn slachtoffer of diens familie. Op deze manier werd het misdrijf op een eervolle manier aanvaardbaar, waardoor er geen nood meer was aan vete of bloedwraak. Het remissierecht versterkte de vorstelijke controle, maar zorgde ook voor een toenadering tussen onderdaan en soeverein, aldus Texier. Door gebruik te maken van zijn gratierecht kon de landsheer het stedelijke particularisme doorbreken en zijn soevereiniteit benadrukken.<sup>22</sup> Texier verdedigt een vernieuwende aanpak die ook rekening houdt met de politieke, sociale en symbolische aspecten van remissie-

20 Braun, 'La valeur documentaire', 221.

21 P. Texier, 'La Rémission au XIV<sup>e</sup> siècle: significations et fonctions', in: *La faute, la répression et le pardon. Actes du 107<sup>e</sup> congrès national des sociétés savantes. Section de philologie et d'histoire jusqu'à 1610*, 107 (1), Parijs, 1984, 193-205.

22 Texier, 'La Rémission au XIV<sup>e</sup> siècle', 196; P. Texier, 'Rémission et évolutions institutionnelles', in: J. Hoareau-Dodinau, X. Rousseaux en P. Texier (red.), *Le Pardon*, Université de Limoges. Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique, dl. 3, Limoges, 1999, 341-353.



verlening in de veertiende eeuw. Andere auteurs zoals Aline Logette en Salustiano De Dios incorporeren deze visie in hun onderzoek naar het gratierecht, respectievelijk, in Lotharingen en Castilië.<sup>23</sup>

Wat de institutionele aspecten van gratieverlening betreft, komt Marc Boone voor de Bourgondische Nederlanden tot dezelfde conclusie als Texier. Ook hij erkent het belang van het remissierecht als uitdrukking van de vorstelijke suprematie over lokale privileges en schepenbanken. Verder was het genaderecht, aldus Boone, voor de vorst een middel om een informeel en direct contact met zijn onderdanen te bevorderen. Wanneer hij een remissiebrief toekende, werd dat door de bevolking gepercipieerd als een uitzonderlijke persoonlijke gunst vanwege de soeverein aan één van zijn onderdanen. In een tijd waarin het centrale gezag vaak anoniem en abstract functioneerde, kon deze concrete machtsuitoefening van de vorst het vertrouwen van de bevolking in de Staat alleen maar doen toenemen, aldus Boone.<sup>24</sup>

#### 4 De stem van de suppliant

Op het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw zijn twee invloedrijke monografieën gepubliceerd die het cultuur- en sociaalhistorische onderzoek naar de remissiebrief een nieuw elan gaven. *Fiction in the Archives: pardon tales and their tellers in sixteenth-century France* van Natalie Zemon Davis is nog steeds hét referentiewerk voor onderzoekers die remissiebrieven inhoudelijk willen analyseren. Zoals de titel van het werk al aangeeft, wordt er veel aandacht besteed aan de verzoekers als verhalenvertellers. Met haar studie vult Zemon Davis een niet onbelangrijke lacune in het sociaalhistorische onderzoek op. Eerder was al onderzocht welke feiten we kunnen afleiden uit de bronnen in verband met het familiale leven en de materiële cultuur van het verleden. Hoewel niemand uitdrukkelijk de vraag had gesteld wie verantwoordelijk was voor de inhoud van een remissieverzoek, werd er meestal aangenomen dat het rekest toch vooral het werk was van juridisch geschoolde auteurs.

Zemon Davis houdt er echter een andere mening op na. Ze aanvaardt wel dat er juristen betrokken waren bij het opstellen van de remissieaanvraag, maar die bleef volgens haar toch een vrij exacte weergave van het verhaal van de aanvrager. Ze acht de rechtsgeleerden vooral verantwoordelijk voor de verwoording van de begin- en eindformules van het gratieverzoek. Die kunnen inderdaad bestempeld worden als stereotiepe juridische formuleringen. Zonder deze zinnen zou het gratieverzoek van de suppliant waarschijnlijk niet door de bevoegde instanties aanvaard worden. De *narratio* van het rekest zelf zou volgens Zemon Davis toch een getrouwe weergave moeten zijn van het oorspronkelijke relaas van

23 A. Logette, *Le prince contre les juges. Grâce ducale et justice criminelle en Lorraine au XVIIIe siècle*, Nancy, 1994; S. De Dios, 'Ejercicio de la gracia regia en Castilla entre 1250 y 1350', *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1990, 323-351.

24 Boone, "Want remitteren is princelijck.", 53-59.



de suppliant.<sup>25</sup> Hoewel eerdere studies het belang van de remissiebrief als bron voor de geschiedenis van het dagelijkse leven niet ontkenden, herleidden ze de suppliant en de andere protagonisten toch eerder tot personen die de gebeurtenissen passief ondergingen. Zemon Davis plaatst hen daarentegen opnieuw in het middelpunt als belangrijke actoren die niet alleen zelf stappen ondernamen om een remissieverzoek in te dienen, maar die ook zelf grotendeels verantwoordelijk waren voor de inhoud ervan.

Zemon Davis trekt niet in twijfel dat het relaas van een misdrijf door de supplianten werd omgevormd tot een *plot*, die aanvaardbaar genoeg was om voor remissie in aanmerking te komen. Die *plots* zijn in de eerste plaats sterke verhalen met een degelijke structuur. Ook dat is waarschijnlijk een bijdrage geweest van de procureurs of advocaten die vertrouwd waren met de strategieën om het remissieverzoek een literair uitzicht te geven. Anderzijds mag, aldus Zemon Davis, ook hierin de rol van de suppliant niet onderschat worden. Dankzij de levendige orale cultuur in de plattelandswereld wist de bevolking immers hoe een goed verhaal in elkaar stak. Daarnaast mag men niet vergeten dat de remissiebrief ook een bekentenis was, een fenomeen waarmee christenen goed vertrouwd waren, met name dankzij de biecht. Verder was informatie over het aanvragen van gratie, nog steeds aldus Zemon Davis, wijd verspreid bij de bevolking. Het was niet onwaarschijnlijk dat aanvragers ook in contact kwamen met mensen die eerder al gratie verkregen hadden en die meer inlichtingen konden verstrekken over de te volgen procedure.

Verder wijst Zemon Davis erop dat de remissiebrief nooit volledig uit leugens kon bestaan. De juristen konden de waarheid niet vertekenen aangezien de inhoud van de brief een interimprocedure moest kunnen doorstaan.<sup>26</sup> Het is bijgevolg fout, aldus Zemon Davis, om ervan uit te gaan dat de stem van de suppliant nauwelijks hoorbaar is in de bronnen. De praktizijn paste het verhaal wel aan door de ik-persoon te veranderen in de suppliant of door regionale dialecten te vertalen naar het Frans, maar dialogen en expliciete woordenwisselingen werden vaak behouden. Daarenboven had de suppliant de gelegenheid om de remissiebrief na te lezen.<sup>27</sup> Zemon Davis verwoordt het kernachtig als volgt: *'The notary gives the document its frame and writes the king and the supplicant into the narrative, but collaborative product though it is, the letter of remission can still be analyzed in terms of life and values of the person saving his neck by a story.'*<sup>28</sup>

Een tweede mijlpaal in het onderzoek naar remissiebrieven was de monografie *La violence au village*, waarin Robert Muchembled vooral aandacht heeft voor de weergave van criminele feiten in de brieven. Op basis hiervan bestudeert hij het verloop van conflicten, de voornaamste redenen voor het gebruik van geweld en de reactie van de samenleving hierop. In navolging

25 N. Zemon Davis, *Fiction in the Archives. Pardon Tales and Their Tellers in Sixteenth-Century France*, Stanford, 1987, 5.

26 Vrolijk, *Recht door gratie*, 375.

27 Zemon Davis, *Fiction in the Archives*, 15-24.

28 Zemon Davis, *Fiction in the Archives*, 25: 'De praktizijn geeft het document een duidelijk kader en verwerkt de rollen van koning en suppliant in het narratief. Hoewel de remissiebrief het product is van een samenwerking (tussen praktizijn en suppliant) kan de bron nog steeds geanalyseerd worden in termen van het leven en de waarden van een persoon die met dit verhaal zijn leven tracht te redden.'

van Texier concludeert ook Muchembled dat het plegen van een misdrijf en het verkrijgen van gratie nooit een individuele aangelegenheid was. Wilde de suppliant echt weer functioneren in de samenleving, dan was het nodig dat hij ook in zijn eigen omgeving vergiffenis kreeg voor zijn misstap. Muchembled was ervan overtuigd dat het onderzoek naar de sociale aspecten van criminaliteit ons iets meer kan vertellen over de manier waarop de gewone man in het ancien régime tegen het leven aankeek. Steunend op de remissiebrieven behandelde hij zowel het gezinsleven, de angst voor vreemdelingen als de tegenstellingen tussen stad en platteland.<sup>29</sup> De rode draad van zijn studie is de evolutie van een laat-middeleeuwse *société violente* naar een *civilisation des mœurs* op het einde van de zeventiende eeuw.<sup>30</sup>

Ook Claude Gauvard verrichtte onderzoek naar de sociale implicaties van gratieverlening. Zij reageert onder meer tegen de stelling van een aantal rechtshistorici als zou het verkrijgen van remissie een elitezaak geweest zijn omwille van de hoge kosten die eraan verbonden waren. Het zou weinig zin hebben om de remissiebrief als spiegel van het dagelijkse leven te beschouwen, als slechts een klein deel van de bevolking de nodige middelen had om een remissieprocedure aan te vatten. Gauvard relativeert dit argument echter door te bewijzen dat de autoriteiten zich ook genadig opstelden tegenover zij die te arm waren om hun boetes te betalen.<sup>31</sup> In de Lage Landen volgden heel wat auteurs deze aanpak. De studie van Lieve De Mecheleer over de laatmiddeleeuwse criminaliteit te Aalst kan in dit verband vermeld worden.<sup>32</sup> Walter Prevenier gebruikt de remissiebrieven dan weer om de sociale functie van het huwelijk binnen de laatmiddeleeuwse samenleving te onderzoeken. In weinig andere bronnen worden vrouwenroof en andere seksuele delicten immers zo gedetailleerd beschreven.<sup>33</sup>

## 5 Een sociale of politieke maatregel?

Verrassend genoeg waren het deze cultuurhistorische studies die een vernieuwde interesse van de rechtshistorici voor remissiebrieven in de hand werkten. Hugo De Schepper was in het Nederlandse taalgebied één van de eersten die op dit terrein onderzoek verrichtte.<sup>34</sup> Zelf stelde hij in 1994 vast dat ‘afgezien van de aandacht voor remissiebrieven vanuit de hoek van de cultuur- en mentaliteitsgeschiedenis, (...) het gratierecht in zijn verschillende vormen en de uitoefening daarvan door de territoriale vorsten en hun Bourgondi-

29 Muchembled, *Violence au village*, 14-21.

30 Muchembled, *Violence au village*, 16.

31 Gauvard, «De Grace Especiale», dl. 1, 64-69.

32 L. De Mecheleer, ‘De criminaliteit te Aalst in de late Middeleeuwen’, *Het land van Aalst*, 1993, 77-130.

33 W. Prevenier, ‘Vrouwenroof als middel tot sociale mobiliteit in het 15de-eeuwse Zeeland’, in: D.E.H. De Boer en J.W. Marsilje (red.), *De Nederlanden in de late middeleeuwen*, Utrecht, 1987, 410-424; W. Prevenier, ‘Vorstelijke genade in de praktijk. Remissiebrief voor Matthieu Cricke en diens mede-acteurs voor vermeende vrouwenroof in oktober 1476, slechts geïnterineerd na kritische verificatie door de raadsheren van het Parlement van Mechelen’, *Handelingen van de Koninklijke Commissie voor Geschiedenis*, 2009, 225-258.

34 De Schepper, ‘Het Gratierecht’, 43-87; H. De Schepper en J.-M. Cauchies, ‘Justice, Gracie en Wetgeving’, 127-181.



sche en Habsburgse rechtsopvolgers nog maar weinig wetenschappelijke aandacht heeft gekregen.<sup>35</sup> Door de politieke functie van de remissiebrief te onderzoeken, stapte De Schepper in de voetsporen van auteurs als Texier en Boone die al eerder aandacht hadden besteed aan de rol van het genaderecht als beleidsinstrument van de vorst. De Schepper voegt een belangrijke dimensie toe aan dit onderzoek door het politieke aspect van de remissiebrief niet los te zien van zijn gerechtelijke ontstaanscontext, maar het te bestuderen als een ‘buiten-gerechtelijk, doch zonder twijfel legaal machtsmiddel van de soeverein.’<sup>36</sup>

De Schepper schetst hoe de Bourgondische hertogen zich in de loop van de vijftiende eeuw, naar het model van de Franse koningen, het gratierecht hadden toegeëigend als een vorstelijk prerogatief. Ook in eigentijdse werken van rechtsgeleerden als Filips Wielant was deze evolutie, aldus De Schepper, goed waar te nemen. De auteur besluit dat de scheiding tussen ‘policie’, ‘justicie’ en ‘gracie’ in de praktijk allerm minst zichtbaar was. De hertogen waren tegelijkertijd de hoogste wetgevers en rechters. Ze maakten de wetten, maar konden de overtreders ervan evengoed vrijstellen van straf. In de lijn van Boone en Texier beschrijft De Schepper hoe de hertogen hun macht en invloed via de uitoefening van hun gratierecht spectaculair konden vergroten. Het kwijtschelden van straffen en het opschorren van vonnissen stelden hen in staat om het stedelijk particularisme en de onafhankelijkheid van lokale rechtbanken te dwarsbomen.

De Schepper beschrijft ook hoe de supplianten een uitbreiding van de vorstelijke soevereiniteit deels in de hand werkten. De bevolking liet zich immers niet tegenhouden door lokale privileges en wendde zich vaak tot de hogere overheid indien dat haar beter uitkwam.<sup>37</sup> Hoewel hij de supplianten niet beschouwt als passieve pionnen in het remissieproces, ziet De Schepper het genaderecht toch vooral als een onderdeel van een vorstelijke strategie die van bovenaf werd opgelegd. Door strenge strafrechtelijke vonnissen af te wisselen met een clement genadebeleid herinnerden de vorsten hun onderdanen voortdurend aan hun absolute macht. Vooral Karel V speelde dit spel handig. Enerzijds vaardigde hij een antiprotestantse regelgeving uit maar anderzijds toonde hij zich wel genadig ten opzichte van een grote groep ketters. Filips II maakte veel minder gebruik van deze strategie en koos resoluut voor een repressief beleid waardoor hij, aldus De Schepper, zijn eigen macht eerder verzwakte dan versterkte.<sup>38</sup>

Deze redenering wordt grotendeels gevolgd door onder meer Isabelle Paresys, die de remissiepraktijk in Picardië onder de regering van Frans I analyseerde. Ze acht het waarschijnlijk dat de Franse vorst zich genadiger opstelde ten opzichte van gewesten zoals Picardië, die, in vergelijking met andere gebieden uit zijn rijk, veel meer te lijden hadden onder de oorlog. De vorstelijke macht, aldus Paresys, was in Picardië ook allerm minst veranderd, in tegenstelling tot de meer centrale delen van het rijk die veel rechtstreeks onder

35 De Schepper, ‘Het Gratierecht’, 47.

36 De Schepper, ‘Het Gratierecht’, 47.

37 De Schepper, ‘Het Gratierecht’, 83-87.

38 De Schepper, ‘Repressie of Clementie’, 341-364.

het gezag van de koning stonden. Indien de kansen van de Fransen tegen de Habsburgers keerden, was het waarschijnlijk dat deze regio aan de soevereiniteit van Frans I zou worden onttrokken. De meest directe en efficiënte manier waarop Frans I het vertrouwen van de Picardiërs kon winnen, was grootschalige gratieverlening. Paresys merkt op dat Frans I zich in Picardië zeer clement opstelde ten opzichte van misdadigers die in andere delen van Frankrijk nooit voor remissie in aanmerking zouden zijn gekomen. Zij besluit daarom dat Frans I impliciet toestond dat onderdanen die voortdurend in oorlog en spanning leefden, zich gewelddadiger opstelden dan elders in zijn rijk. Daarnaast was dit gebied bevolkt door soldaten die het moesten opnemen tegen eventuele Engelse en Habsburgse aanvallen. Indien Frans I ervoor koos om deze soldaten geen gratie te geven voor hun begane misdrijven, verzwakte hij zijn eigen legermacht. Ook deze soldaten konden, proportioneel gezien, op meer gratie rekenen dan anderen die gelijkaardige feiten hadden gepleegd. Door zijn gratierecht zo overvloedig te gebruiken, aldus Paresys, zorgde Frans I ervoor dat de Picardische bevolking zich zeer goed bewust was van zijn soevereine macht in de streek.<sup>39</sup> Vermeldenswaardig in dit opzicht is ook het onderzoek van Violet Soen over de toepassing van het generaal pardon in de zestiende-eeuwse Nederlanden.<sup>40</sup> Er zijn heel wat gelijkenissen met een gewone gratiebrief, zo beargumenteert Soen, ‘Een generaal pardon probeerde op grote schaal te bewerken wat een eenvoudige persoonlijke gratie op microniveau beoogde: de verzoening van de vorst met zijn onderdanen en tegelijkertijd een herbevestiging van de koninklijke macht.’<sup>41</sup> De verstrengeling tussen de sociale en politieke effecten van een gratiemaatregel is bij heel wat auteurs merkbaar.

De Schepper’s stelling dat het verlenen van genade wettelijk gezien uitsluitend aan de vorst toekwam – een stelling die trouwens impliciet aanwezig was in het werk van Paresys – werd genuanceerd door Louis Berkvens.<sup>42</sup> Als casus onderzocht hij de remissiebrieven die ten tijde van de aartshertogen werden verleend in het Overkwartier van Gelre. Hij stelde hierbij vast dat het Hof van Gelre niet alleen remissiebrieven interineerde maar ze ook zelf verleende. Dit hoefde geen probleem te vormen voor de vorst; integendeel, Berkvens stelde vast dat er nergens in de Criminele Ordonnantie van 1570 verwezen werd naar het gratierecht als een exclusief vorstelijk prerogatief. De vorst wil de bevoegdheid van, onder meer, het Hof van Gelre om genade te verlenen niet inperken, maar wel eventuele misbruiken tegengaan. De Criminele Ordonnantie was bijgevolg niet de culminatie van een ja-

39 I. Paresys, ‘Pardonner et punir aux marges du royaume de France sous Francois Ier’, in: J. Hoareau-Dodinau, X. Rousseau en P. Texier, *Le Pardon*. Université de Limoges. Cahiers de l’Institut d’anthropologie juridique, dl. 3, Limoges, 1999, 419-424.

40 V. Soen, ‘De reconciliatie van “ketters” in de zestiende-eeuwse Nederlanden (1520-1590)’, *Trajecta*, 2005, 337-362; V. Soen, ‘“C’estoit comme songe et mocquerie de parler de pardon.” Obstructie bij een pacificatiemaatregel (1566-1567)’, *Bijdragen en mededelingen betreffende de geschiedenis der Nederlanden*, 2004, 309-328.

41 Soen, ‘C’estoit comme songe’, 312.

42 A.M.J.A. Berkvens, ‘... Want remicteren es princelic?’ Enkele opmerkingen over het remissierecht in het Overkwartier van Gelre ten tijde van de Aartshertogen’, in: A.M.J.A. Berkvens en G.H.A. Venner (red.), *Om daarmede vrijelijk te doen naer wil ende welgevallen: rechtshistorische opstellen aangeboden aan prof. mr. A.Fl. Gehlen*. Werken uitgegeven door Limburgs geschied- en oudheidkundig genootschap, dl. 16, Maastricht, 1998, 95-123.

renlange versterking van de vorstelijke macht inzake gratieaangelegenheden maar eerder de aanzet daartoe.

In 1996 publiceerden Hugo De Schepper en Marjan Vrolijk een artikel over het gratierecht in de vroegmoderne Nederlanden waarin, naast de monarchale staatsvorm, ook aandacht werd besteed aan de remissiepraktijk in de Republiek der Verenigde Nederlanden. Hun conclusies over het genaderecht in de Noordelijke Nederlanden zijn veelzeggend voor de politieke implicaties die remissiebrieven konden hebben. In een republikeinse staatsvorm was het, aldus de auteurs, van groot belang dat de burger zich kon identificeren met het gezag. Dit had tot gevolg dat ook beslissingen inzake remissieaangelegenheden in overeenstemming moesten zijn met het rechtsgevoel van de inwoners van de Republiek. Als men in deze politieke constellatie naar believen gratie zou schenken aan zware misdadigers, bestond de mogelijkheid dat de bevolking zijn vertrouwen in de heersende staatsvorm zou verliezen.<sup>43</sup>

Onder rechtshistorici was er ook een groeiende aandacht merkbaar voor de adviezen die de lokale justitieraden in gratiezaken gaven aan de centrale overheid. Vrolijk nam deze adviezen voor Holland, Zeeland en Vlaanderen in de periode 1531-1567 onder de loep in een artikel uit 1999.<sup>44</sup> Ze stelt vast dat de Geheime Raad het in ongeveer de helft van de remissiezaken opportuun had geacht om het advies in te winnen van de gerechtsofficieren van de plaats waar het misdrijf had plaatsgevonden. De meeste van deze magistraten, aldus Vrolijk, beschreven het misdrijf in neutrale termen en kozen daarbij meestal de kant van de suppliant. Met stereotiepe formuleringen, die de auteur telkens weer ziet opduiken in de adviezen, benadrukten de lokale officieren vooral de positieve eigenschappen van de misdadiger. Ze beschreven hem als een goed echtgenoot en als een katholiek en trouw onderdaan van de vorst. Volgens Vrolijk bestonden er in de vroegmoderne periode geen regels waarop de magistraten zich konden beroepen om al dan niet een gratieverlening aan te bevelen aan de Geheime Raad. Vermoedelijk berustte hun advies zowel op hun persoonlijke kennis van de levenswandel van de suppliant als op hun eigen gezond verstand. Vrolijk merkt op dat, ondanks de toe-eigening van het gratierecht door de vorst, de inmening van de lokale magistraten door de raadsleden van de Geheime Raad niet als hinderlijk werd ervaren.<sup>45</sup>

In navolging van De Schepper en Vrolijk onderzochten ook Xavier Rousseaux en Éli-se Mertens de Wilmars het vorstelijke genaderecht, niet alleen als *'la forme suprême du pouvoir'*, maar ook als *'un mode de gestion – une politique – de la régulation des conflits et des tensions sociales'*.<sup>46</sup> Beide auteurs willen het onderzoek dat door De Schepper en Vrolijk werd ver-

43 De Schepper en Vrolijk, 'Vrede en orde door gratie', 98-117.

44 Vrolijk, 'Les avis' 373-384.

45 Vrolijk, 'Les avis', 385.

46 Rousseaux en Mertens de Wilmars, "'Concurrence" du pardon', 385-417: 'Het vorstelijke genaderecht is niet alleen een vorm van de hoogste machtsuitoefening maar ook een vorm van conflictbeheersing, een politiek om sociale spanningen te temperen.'

richt voor Holland, Zeeland en Vlaanderen aanvullen met een studie van het gratierecht in Brabant. De ‘soevereine raden’ van de Zuidelijke Nederlanden zoals de Raad van Brabant en het Hof van Gelre bleven gedurende lange tijd remissiebrieven verstrekken ondanks protesten van de Geheime Raad die – vooral in de tweede helft van de achttiende eeuw – de macht van deze raden wilde indammen.<sup>47</sup> Net zoals Texier stellen Rousseaux en Mertens de Wilmars vast dat het verlenen van genade altijd plaatsvond in verschillende gradaties: op een persoonlijk, spiritueel, regionaal, territoriaal en vorstelijk niveau. Het gratierecht wordt op die manier haast herleid tot een ritueel waarbij verschillende ‘ceremoniële’ stappen moeten doorlopen worden om genade te verkrijgen.

Het wordt meteen duidelijk dat een rechtshistorische en institutionele benadering van het remissierecht bij de meeste van de genoemde auteurs primeert. De Schepper en Vrolijk schrijven expliciet dat men pas zicht krijgt op het belang van deze bron ‘door het instrument van gratieverlening als studie-object te nemen.’<sup>48</sup> Daarnaast hernemen ze de kritiek van Pineau dat de remissiebrieven een soort van *petite histoire* vormen. De informatie die ze bevatten over het dagelijkse leven in het verleden kan het niveau van anekdotische geschiedschrijving niet overstijgen, aldus de auteurs. Tenzij ze echt op grote schaal onderzocht worden, laten de remissiebrieven niet toe om universele conclusies te trekken over het alledaagse leven in het verleden, aldus De Schepper en Vrolijk. De remissiebrief kan alleen van nut zijn wanneer hij onderzocht wordt binnen de context van het recht, de rechtspleging en het rechtsgevoel.

Toch kan men opmerken dat een aantal verworvenheden van de mentaliteits- en cultuurgeschiedenis ook een plaats hebben gekregen in de studies van deze historici. De Schepper beschrijft de supplianten immers als actoren die zelf het heft in handen nemen en zich tot de vorst wenden wanneer hun dat goed uitkomt. Ook de bevindingen van Rousseaux en Mertens de Wilmars liggen in de lijn van die van Pascal Texier. Rechtshistorici zijn zich dus ook bewust van de sociale dimensie van remissieverlening die, op een symbolische manier, de rust in de maatschappij moet doen wederkeren zonder dat er nood is aan verdere bloedwraak of vervolging.

## 6 Naar een nieuwe synthese

In de recente historiografie is er sprake van een toenadering tussen de politieke, culturele, sociale en juridische interpretaties van de gratieverlening. In navolging van Zemon Davis wordt er meer aandacht besteed aan de rol van de suppliant in het remissieproces. Gratie wordt niet alleen gezien als een politieke strategie om de macht van de vorst te vergroten, maar ook als het logisch gevolg van een toenemende bewustwording bij de bevolking. Ver-

47 Berkvens, ‘... Want remicteren’, 28.

48 De Schepper en Vrolijk, ‘Vrede en orde door gratie’, 112.

der blijft de remissiebrief een belangrijke bron om onderwerpen als jongerencriminaliteit, huwelijksstrategieën en genderpatronen in de middeleeuwen en vroegmoderne tijd te bestuderen.

Daarnaast blijft het rechtshistorisch onderzoek naar remissiebrieven onverminderd doorgaan. In deze categorie is vooral het werk *Recht door gratie* (2004) van de hand van Marjan Vrolijk een belangrijk referentiewerk. Het geeft een zeer goed inzicht in het verloop van gratieprocedures en alle daarbij betrokken partijen. Vrolijk geeft daarnaast een waardevol kwantitatief en kwalitatief overzicht van alle soorten gewelddaden die in de remissiebrieven aan bod komen alsook van de verschillende soorten gratiemiddelen die de vorst kon aanwenden in Vlaanderen, Holland en Zeeland. In haar besluit wijst ze enerzijds op het belang van een linguïstische studie, waarbij de taal van de remissiebrieven vergeleken wordt met die van literaire bronnen om een beter zicht te krijgen op de emotionele inhoud van de brieven. Anderzijds blijft ze toch sceptisch ten opzichte van de remissiebrief als bron voor de geschiedenis van het dagelijks leven. Vrolijk is van mening dat ‘gratieverzoeken voornamelijk juridische documenten zijn en geen verhandelingen over sociale, maatschappelijke en psychologische zaken.’<sup>49</sup> Daar waar bij Vrolijk de rechtshistorische aanpak nog steeds primeert, kent Corien Glaudemans, in een publicatie uit hetzelfde jaar, een belangrijkere plaats toe aan het sociale en culturele luik van het gratierecht.<sup>50</sup> In haar studie over laat-middeleeuwse vetes en verzoeningen in Holland en Zeeland beschrijft ze onder meer hoe rituelen een belangrijke rol speelden in het afhandelen van conflicten. Ze heeft ook aandacht voor de status van ballingen en het praktische verloop van hun terugkeer naar huis.

Een vernieuwende studie over het institutionele en politieke belang van het remissierecht is van de hand van David Potter, die het onderzoek van Paresys over de vijftiende eeuw overdeed voor de veertiende eeuw.<sup>51</sup> Net zoals Paresys stelt hij vast dat er in Picardië veel meer remissiebrieven werden uitgevaardigd dan in andere Franse streken in dezelfde periode. In tegenstelling tot Paresys ziet hij hierin geen bevestiging van een sterke vorst die sneller geneigd was tot gratie voor een door oorlog geplaagde streek; de hoge remissiecijfers tonen volgens hem aan dat er in deze regio gewoon meer remissieverzoeken waren dan elders. Hij formuleert zijn conclusie als volgt: ‘*The demand for remissions came from below rather than being a symptom of more effective law enforcement.*’<sup>52</sup>

Marie-Sylvie Dupont-Bouchat herhaalt de visie van de meeste rechtshistorici wanneer ze stelt dat het gratierecht beschouwd kan worden als een soort humanisering van het straf-

49 Vrolijk, *Recht door Gratie*, 458.

50 C. Glaudemans, *Om die wrake wille. Eigenrichting, veten en verzoening in laat-middeleeuws Holland en Zeeland*. Hollandse Studiën, dl. 41, Hilversum, 2004.

51 D. Potter, “‘Rigueur de justice’: crime, murder and the law in Picardy, fifteenth to sixteenth centuries”, *French History*, 1997, 265-309.

52 Potter, “‘Rigueur de Justice’”, 308: “De vraag naar remissie kwam van onderuit eerder dan dat het een symptoom was van een meer effectieve wetshandhaving.”

recht: ‘Punir et pardonner constituent les deux faces complémentaires de la justice royale.’<sup>53</sup> Belangrijk is dat ze het heeft over ‘justice’ en niet over ‘politique’. Het bestaan van het remissierecht is volgens haar een overblijfsel van het middeleeuwse compositierecht waarin de verzoening tussen dader en slachtoffer centraal stond. Net als Potter ziet ze de remissiebriefven niet als onderdeel van een strategie die van bovenaf werd opgelegd om de vorstelijke soevereiniteit te onderstrepen, maar als het gevolg van de constante stroom van genadeverzoeken vanwege misdadigers die geen kans onbenut lieten om gratie te verkrijgen. Het voordeel dat de vorst kon bekomen via de uitoefening van zijn gratierecht valt niet zozeer te situeren op politiek dan wel op financieel vlak. In tijden van geldnood kon de uitoefening van het remissierecht de vorstelijke schatkist spijzen.<sup>54</sup>

Ook Michel Nassiet kende in zijn studie over de remissiepraktijk in het zestiende-eeuwse Bretagne een grotere rol toe aan de supplianten dan aan de vorst.<sup>55</sup> Hij stelde vast dat er veel meer remissiebriefven werden verleend in 1518 en 1532, jaren waarin de koning persoonlijk aanwezig was in Bretagne. Het was geen moedwillige politiek van de vorst om op deze momenten gratie te verlenen, maar het waren de gewone mensen zelf die het persoonlijk contact met de Franse koning aangrepen om hun remissieverzoek in te dienen. Sommigen gaven zich zelfs vrijwillig gevangen tijdens een blijde intrede om dan vrijgelaten te kunnen worden dankzij een koninklijk pardon.<sup>56</sup> Nassiet stelt, opnieuw in navolging van Zemon Davis en Gauvard, dat de bevolking dit deed vanuit een soort religieuze inspiratie. Verhalen over miraculeuze reddingen tijdens executies, die wijdverspreid waren in Bretagne, werden verbonden met de persoon van de vorst die op het laatste moment het verschil kon maken tussen leven en dood.<sup>57</sup>

Nassiet onderzocht, samen met Aude Musin, ook de remissiepraktijk in Anjou van de vijftiende tot de achttiende eeuw.<sup>58</sup> Met dit *longue durée*-perspectief beantwoordden zij ook aan de kritiek, die onder meer door De Schepper en Vrolijk geformuleerd werd, dat de remissiebriefven alleen van betekenis konden zijn voor het historisch onderzoek als ze op grotere schaal werden onderzocht. De auteurs merken op dat Zemon Davis zich sterk had geconcentreerd op het narratieve karakter van de remissiebrief, daar waar rechtshistorici veeleer belang hechten aan de juridische argumentatie ervan. Het gaat bij dat laatste vooral over het aanhalen van verzachtende omstandigheden. Volgens Musin en Nassiet veranderden de formulering en de inhoud van deze juridische argumentatie sterk door de eeuwen

53 M.S. Dupont-Bouchat, ‘Le crime pardonné: la justice réparatrice sous l’Ancien Régime (XVIe-XVIIIe siècles)’, *Criminologie*, 1999, 40: ‘Straffen en vergeven vormen de twee complementaire gezichten van het koninklijke rechtswezen’.

54 M.S. Dupont-Bouchat en V. Noël, ‘“Le crime pardonné” Les lettres de rémission du Conseil Provincial de Namur au XVII<sup>e</sup> siècle’, in: M.S. Dupont-Bouchat en X. Rousseaux (red.), *Crimes, pouvoirs et sociétés (1400-1800): anciens Pays-Bas et principauté de Liège*. Standen en Landen, dl. 104, Heule, 2001, 219-271.

55 M. Nassiet, ‘Brittany and the French Monarchy in the Sixteenth Century: The Evidence of The Letters of Remission’, *French History*, 2003, 425-439.

56 Nassiet, ‘Brittany and the French monarchy’, 435.

57 Nassiet, ‘Brittany and the French monarchy’, 439.

58 A. Musin en M. Nassiet, ‘Les récits de rémission dans la longue durée. Le cas de l’Anjou du XVe au XVIIIe siècle’, *Revue d’Histoire Moderne & Contemporaine*, 2010, 51-70.



heen. De manier waarop de supplianten hun daden verantwoordden, was altijd gebaseerd op wat de vorst en zijn raad als aanvaardbaar gedrag beschouwden. Het was precies deze norm die onderhevig was aan verandering en die een invloed had op de manier waarop supplianten hun misdrijf in een rekest omschreven. Terwijl het in de zestiende eeuw nefast was om te vermelden dat men iemand had gedood uit wraak, werd het in de latere eeuwen even erg om te beweren dat men iemand had verwond in een dronken bui.

Men zou kunnen denken dat Musin en Nassiet hier Norbert Elias volgen in diens civi-  
lisatiethese, waarbij de gewenste normen en waarden geleidelijk aan doorsijpelen van de rijkste naar de armste lagen van de bevolking. Toch zetten Musin en Nassiet zich af tegen dit model. Ze vermoeden dat de supplianten hun echte motieven voor een misdrijf trachten te verhullen door in hun remissieverzoek alleen maar ‘aanvaard gedrag’ te beschrijven. Dit verklaart ook waarom remissiebrieven zulk een stereotiep karakter hebben. Supplianten konden dus wel beweren dat ze uit zelfverdediging handelden, om hun kans op gratie te vergroten, maar in realiteit was er in de meeste gevallen kwaad opzet in het spel.

Al deze auteurs geven veel meer krediet aan de aanvragers van remissie als mensen die hun lot in eigen handen nemen en er niet voor terugdeinzen om de vorst om een gunst te vragen. Hier lijkt het alsof de vorst herleid is tot een zwakke en passieve speler in het gratieproces. Deze grotere aandacht voor de gewone man opende een wereld van mogelijkheden voor het sociaal- en cultuurhistorisch onderzoek. Zo gebruikt Danièle Alexandre-Bidon de remissiebrieven om de manier waarop vaders in de middeleeuwen werden gerepresenteerd beter te begrijpen. De meeste bronnen zijn zeer spaarzaam met informatie over de rol van vaders in de opvoeding van hun kroost. Op basis van religieuze en iconografische bronnen toont Alexandre-Bidon aan dat de middeleeuwse representaties van vaders varieerden van het ideaaltype van de heilige Jozef tot de wrede en straffende vader. Zij heeft een grote appreciatie voor remissiebrieven omdat die de stereotiepe beschrijvingen van middeleeuwse vaders gemakkelijk kunnen doorbreken.<sup>59</sup>

Niet alleen de relatie tussen ouders en kinderen, maar ook die tussen man en vrouw wordt vaak levendig beschreven in de remissiebrieven. Dit ontging ook Geneviève Ribordy niet die de brieven gebruikte in haar onderzoek naar aristocratische schakingen tijdens de Honderdjarige Oorlog. Ze stelt vast dat de Franse wetgeving schaking niet beschouwde als een strafbaar feit, wat het kleine aantal vervolgingen verklaart. Een schaking kon alleen aanleiding geven tot een proces als iemand een klacht indiende. Om aan zulke rechtszaken te ontsnappen, dienden verschillende echtgenoten een remissieverzoek in waarin de omstandigheden van de huwelijksluitingen gedetailleerd worden uitgelegd. Zo stelt Ribordy vast dat huwelijken na een schaking doorgaans aanvaard werden door de families van beide partners. In één van de remissiebrieven die de auteur beschrijft, ontstonden de problemen pas nadat de kersverse echtgenoot een erfenis claimde die eigenlijk aan zijn vrouw

59 D. Alexandre-Bidon, ‘Images du père de famille au Moyen-Âge’, *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, 1997, <http://crm.revues.org/963>.

toebehoorde, waardoor zijn schoonfamilie prompt een proces tegen hem startte.<sup>60</sup>

Dat remissiebrieven een meerwaarde kunnen betekenen in de studie van het gezinsleven in vroegere eeuwen tonen ook Aude Musin en Élise Mertens de Wilmars aan in hun onderzoek naar geweld bij jongeren. Eerst en vooral stellen ze vast dat de jongeren hun leeftijd altijd in hun voordeel proberen uit te spelen als een verzachtende omstandigheid voor hun misdrijf. Ze besteden daarbij ook aandacht aan de woordenschat die in de remissiebrieven werd gebruikt om te omschrijven wat het precies inhield om een jongere te zijn in de vroegmoderne periode. In de ogen van de maatschappij was het ‘normaal’ dat jonge mensen de regels overtraden en op die manier de gemeenschap op de proef stelden. De jongeren die echter buiten die gemeenschap stonden, kwamen amper voor in de remissiebrieven omdat ze niet over voldoende sociaal kapitaal beschikten om gratie te verkrijgen.<sup>61</sup> Beide auteurs besluiten echter dat er geen specifiek crimineel gedrag kan worden toegeschreven aan de jongeren. Ze begingen met andere woorden dezelfde misdrijven als volwassenen en werden ook op eenzelfde manier gestraft.

Ook de studie van Adrien Dubois over de rol van de vrouw in de vijftiende-eeuwse Franse remissiebrieven verdient hier aandacht. Meestal komen vrouwen alleen aan bod als slachtoffers van voornamelijk mannelijk geweld. Als gevolg daarvan lijken ze in de remissieverzoeken weinig meer te zijn dan passieve en hulpeloze wezens. Een verkrachter die om gratie vroeg, verwees in zijn rekest zo goed als altijd naar de losbandigheid van zijn slachtoffer of noemde haar eenvoudigweg een prostituee. Toch laten de remissiebrieven ook een andere klok luiden. Zo bestaan er verschillende brieven waarin de vrouw zich wel verzet tegen de dominantie van het andere geslacht. Vooral de weigering tot geslachtsgemeenschap ziet Dubois als tekenend voor het sterke vrouwelijke zelfbewustzijn. Toch bleef de leidersrol van de man en de passiviteit van de vrouw het laatmiddeleeuwse discours beheersen. Indien een vrouw zich had verzet tegen de wil van haar man, dan kon ze dat in een eventueel gratieverzoek niet met zoveel woorden zeggen omdat dit gezien werd als onaanvaardbaar gedrag. Wat we in de remissiebrieven lezen over de positie van de vrouw moeten we, nog steeds aldus Dubois, steeds met een korrel zout nemen. De passiviteit van het ‘zwakke geslacht’ voert de boventoon in de meeste laat-middeleeuwse bronnen, maar die enkele verhalen van opstandige vrouwen geven aan dat er achter de bronnen een andere realiteit schuilgaat.<sup>62</sup>

Rudy Chaulet biedt een aantal verfrissende inzichten in zijn studie over gratie in Castilië tijdens de Spaanse Gouden Eeuw. Daar waar auteurs als Alexandre-Bidon of Dubois leeftijd, gender, sociale en culturele fenomenen los van elkaar onderzoeken, betreft Chaulet

60 G. Ribordy, ‘Mariage aristocratique et doctrine ecclésiastique: le témoignage du rapt au Parlement de Paris pendant la Guerre de Cent Ans’, *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies*, 1998, <http://chs.revues.org/index990.html>.

61 A. Musin en É. Mertens de Wilmars, ‘“Consideré son joesne eage ...” Jeunesse, violence et précarité sociale dans les Pays-Bas bourguignons et habsbourgeois (XIV<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècles)’, *Revue d’histoire de l’enfance «irrégulière»*, 2007, <http://rhei.revues.org/index2022.html>.

62 A. Dubois, ‘La « grève » féminine du sexe dans la France du XVe siècle, un exemple de révolte impossible contre la domination masculine ? », *Genre, sexualité & société*, 2009, <http://gss.revues.org/index303.html>.

ze samen in één uitgebreide analyse. Anderen hadden al eerder aandacht voor de spirituele en symbolische functies van genadeverlening, maar Chaulet is één van de eersten die de factor ‘religie’ uitdrukkelijk aan bod laat komen. Hij onderstreept onder meer dat de angst voor het eigen zielenheil voor velen een niet onbelangrijke reden was om een remissieverzoek in te dienen.<sup>63</sup>

Tot slot willen we hier een recente studie van Reynald Abad aanhalen over de gratiebrieven die verleend werden door de Franse koning in de achttiende eeuw. Dit werk biedt een synthese van de belangrijkste sociale, juridische en administratieve implicaties van gratieverlening tijdens de Verlichting. Met de Franse Revolutie gingen een groot deel van de remissiebrieven, uitgevaardigd door de *Grande Chancellerie de France*, verloren. De archieven van de procureur-generaal van het *Parlement de Paris*, die bevoegd was voor gratieaanvragen voor zware criminele feiten, lieten Abad echter toe om de vorstelijke gratie nader te onderzoeken.

Vernieuwend is dat de auteur zijn onderzoek verbindt met het achttiende-eeuwse filosofische gedachtegoed. Daar waar de Italiaanse filosoof en politicus Cesare Beccaria het gratierecht zag als een vorm van ongestraftheid, beschouwde Charles de Montesquieu het als het mooiste attribuut van de vorstelijke soevereiniteit.<sup>64</sup>

## 7 Besluit

Naargelang de achtergrond van de onderzoeker is gratie een maatregel om sociale rust te bevorderen, een manier om politiek leiderschap door te drukken, een teken van vorstelijke welwillendheid of een aanwijzing voor een zelfbewuste bevolking. Voor sommige auteurs is de remissiebrief een uitzonderlijke bron voor historisch onderzoek die ons een inkijk geeft in de belangrijkste sociale en culturele gebruiken. Daartegenover staat de kritiek van andere wetenschappers dat de remissiebrieven stereotype, door praktizijnen opgestelde bronnen zijn, die geen waardevolle bijdrage kunnen leveren aan de geschiedeniswetenschap. Rechtshistorici onderzochten remissiebrieven in het kader van de evolutie van het recht en het rechtsgevoel met nadruk op de procedure die men moest volgen om gratie en verzoening te bereiken. De instellingengeschiedenis, zoals bedreven door historici als De Schepper en Boone, ziet het gratierecht ook als een politiek wapen dat de vorst hanteerde om het vertrouwen van zijn onderdanen te winnen en zijn invloed te vergroten. De meeste cultuurhistorici beschouwen remissiebrieven niet als een strategie die van bovenaf werd opgelegd om de vorstelijke macht te vergroten, maar eerder als het gevolg van een niet aflatende stroom gratieverzoeken ‘van onder uit’. Enerzijds was het gratierecht een soort wapen van het volk, een redmiddel om een straf te ontlopen. Anderzijds was het

63 R. Chaulet, *Crimes, rixes et bruits d'épées. Homicides pardonnés en Castille au Siècle d'or. Espagne médiévale et moderne*, dl. 11, Montpellier, 2007.

64 Reynald Abad, *La grâce du roi. Les lettres de clémence de la Grande Chancellerie au XVIIIe siècle*, Parijs, 2011.

recht evenzeer een wapen van de vorst die door het al dan niet toekennen van gratie een politiek statement kon maken.

Al deze studies blijven echter sterk beïnvloed door de idee dat de westerse samenleving een evolutie meemaakte van een soort kindertijd, waarbij de mens vooral beheerst werd door zijn emoties, naar volwassenheid, waarin de rede en het verstand de bovenhand haalden. Hoe waardevol de studies die uit deze theorie zijn voortgekomen ook zijn, in de 21ste eeuw lijkt dit paradigma definitief achterhaald. De publicaties van onder meer Potter, Musin en Nassiet kaderen duidelijk in een deconstructie van een geschiedenis die herleid wordt tot evolutie – de vorst die zijn macht uitbreidt en de mens die minder gewelddadig wordt. Potter benadrukt dat de niet-aflatende vraag van de bevolking naar gratie verantwoordelijk is voor het groeiend aantal verleende remissiebriefven. In zijn visie heeft het gratierecht dus maar weinig te maken met een groeiende vorstelijke impact maar alles met de wil van het volk. De analyse van Musin en Nassiet lijkt dan weer sterk beïnvloed door *The consumption of justice* van Daniel Smail, die de stelling verdedigt dat bloedwraak niet uit de samenleving verdween met de opkomst van de moderne mens, maar dat die op allerlei manieren werd geïncorporeerd in de wetgeving en in de juridische praktijken. Musin en Nassiet hanteren eenzelfde benadering door te argumenteren dat de suppliant zijn motieven voor een moord verzweeg en in de plaats daarvan zelfverdediging of een andere vorm van gewenst gedrag omschreef als de aanzet voor het ongelukkige voorval. Ook Musin en Nassiet stellen dus dat extreem geweld en bloedwraak niet verdwenen uit de maatschappij, ze verdwenen alleen uit de bronnen.

De remissiebrief is een belangrijke bron binnen het domein van de rechtsgeschiedenis, maar de grote uitdagingen lijken zich toch eerder te situeren in dat van de mentaliteitsgeschiedenis. Ondanks de traditionele achterdocht van rechtshistorici tonen heel wat recente artikels en monografieën aan dat de remissiebriefven een belangrijke bijdrage kunnen leveren tot de cultuurgeschiedenis en de geschiedenis van de criminaliteit. Cultuurhistorici van hun kant moeten in hun onderzoek ook rekening houden met de juridische en institutionele context waarin de remissiebrief is ontstaan. Het einde van het geloof in een ‘westers civilisatieproces’ bracht een reeks nieuwe onderzoeksvragen en -perspectieven met zich, die verder gaan dan deconstructie. Alexandre-Bidon en Dubois wijzen op het belang van de remissiebrief in het onderzoek naar respectievelijk de representatie van vaders en de rol van vrouwen in de middeleeuwen en vroegmoderne tijd. Fenomenen die in andere bronnen nauwelijks of niet vermeld worden, komen vaak uitgebreid aan bod in remissiebriefven. Is die tegenstelling vooral voor de middeleeuwen zeer frappant, dan vormen remissiebriefven ook voor de – veel rijker gedocumenteerde – vroegmoderne tijd de bronnen bij uitstek om diverse vormen van historisch onderzoek te nuanceren of tegen te spreken. Of zoals Danièle Alexandre-Bidon het treffend uitdrukte: elke historicus zou bezorgd moeten zijn ‘*d’être un jour démentie par l’incontournable réalisme de quelque lettre de rémission*’.<sup>65</sup>

‘Elke historicus zou bezorgd moeten zijn dat zijn onderzoeksresultaten op een dag tegengesproken worden door het onmiskenbare realisme van één of andere remissiebrief.’

### **Abstract**

This article offers an overview of the Belgian, Dutch and French historical research on medieval and early modern letters of remission, i.e. grace or pardon. It focuses predominantly on the discrepancies between the findings of legal historians on the one hand and cultural historians on the other. Legal historians tend to interpret the royal right of clemency as a political and judicial instrument of power, whereas historians of mentalities pay more attention to the social and cultural circumstances and implications of a letter of remission. In recent years there has been a rapprochement between these two theories of history which subsequently led to a series of publications offering a fresh insight into the right of mercy. Now, more than ever, historians are aware of the importance of the letters of remission in the study of gender, family life and religion; while at the same time taking into account that the letters are in fact judicial sources which require an appropriate methodology.

### **Keywords**

Letter of remission, pardon, right of mercy, historiography, Belgian, French, Dutch.

# NAKOMING IN HUWELIJKS- EN HANDELSRECHT TIJDENS HET LEGISME

## 1 Inleiding\*

Tussen 1838 en 1900 kan de Nederlandse rechtswetenschap gekenmerkt worden als legistisch.<sup>1</sup> Volgens het legisme is in beginsel de wet de enige formele rechtsbron en bestaat de taak van de jurist uit de letterlijke exegese van de wet.<sup>2</sup>

In de eerste decennia na de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 was de rechtswetenschap echter minder sterk gericht op de letter van de wet, als wel op de bedoeling van de wetgever. Hoewel de wet voor bijvoorbeeld Gerardus Diephuis (1817-1892) de enige formele rechtsbron was, zocht hij in zijn eerste commentaren ook naar de bedoeling van de wetgever.<sup>3</sup> Vanaf 1870 echter leek aan de woorden van de wet zelfstandige betekenis te worden gegeven, zelfs in strijd met de bedoeling van de wetgever.<sup>4</sup> Vooral vanaf 1880 werd stevige kritiek geuit op deze vorm van legisme en na 1900 waren de hoogtijdagen van het legisme in Nederland wel zo ongeveer over. In de rechtspraak stierf de methode een langzamere dood, met het arrest van de Hoge Raad van 10 juni 1910 inzake de Zutphense juffrouw als een van de laatste heftige stuiptrekkingen.<sup>5</sup>

\* Dit artikel behandelt een onderwerp dat geen zelfstandige aandacht heeft gekregen in mijn proefschrift (J. Oosterhuis, *Specific performance in German, French and Dutch law in the nineteenth century: remedies in an age of fundamental rights and industrialisation*, Leiden, 2011, 448-449) en is mede geschreven naar aanleiding van een voordracht voor *Forum Romanum* (Amsterdam, 26 april 2011).

1 Voor een afgewogen oordeel over het Nederlandse legisme en zijn oorsprong, zie A.J.B. Sirks, 'Van Code Napoléon tot NBW', in: D. Heirbaut en G. Martyn (red.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België. Un héritage Napoléonien: bicentenaire du Code civil en Belgique*, Mechelen, 2005, 323-336, in het bijzonder 327-332. Zie ook P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap. Legisme in de Nederlandse privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, Deventer, 1992, 10-11. Omstreeks dezelfde tijd kende men vergelijkbaar formalisme in Frankrijk en ook Engeland: P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.

2 Kop, *Legisme*, 2; T.J.H. Veen, 'En voor berisping is hier ruime stof': over codificatie van het burgerlijk recht, legistische rechtsbeschouwing en herziening van het Nederlandse privaatrecht in de 19de en de 20ste eeuw', *Pro Memoria*, 2001, extra bijlage, 27.

3 G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, Groningen, 1856. Zie ook J.H.A. Lokin, *Tekst en uitleg. Opstellen over codificatie en interpretatie naar aanleiding van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Groningen, 1994, 150-152.

4 Lokin, *Tekst en uitleg*, 150-152; Veen, 'En voor berisping', 28.

5 Hoge Raad (HR) 10 juni 1910, *Weekblad van het Regt (W.)*, 1910, nr. 9038, waarover uitvoerig G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen, 1999, en in het algemeen E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht, 1994, 39-1; Kop, *Legisme*, 29-44; Sirks, 'Van Code Napoléon', 329-332; E. van Dievoet, *Het Burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940: de rechtsbronnen*, Antwerpen, 1943, 110-113; Veen, 'En voor berisping', 27-37.



In dit artikel zal ik niet die ondergang, maar juist de opkomst van een legistische interpretatie in de rechtspraak proberen aan te wijzen. Meer bepaald zal ik de eerste wending van het legisme – van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet – proberen na te gaan aan de hand van twee situaties die niet in de wet waren geregeld:

- 1 de tenuitvoerlegging van verbintenissen om persoonlijk iets te doen, in het bijzonder van de verplichting tot huwelijkse samenwoning en de uitoefening van de ouderlijke macht, en
- 2 de rechtsgevolgen van de niet-nakoming van een handelskoop van soortzaken met wisselende marktprijzen met een vaste aflevertermijn.

De eerste situatie – het gebrek aan maatregelen om persoonlijke handelingen te executeren – bestond al sinds het van kracht worden van de *Code civil* en de *Code de procédure civile* in Noord-Nederland in 1811. Met de invoering van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 1838 was deze situatie blijven bestaan.

De tweede situatie – wat te doen bij verzuim van een handelskoop met een vaste aflevertermijn? – was weldegelijk geregeld in het Burgerlijk Wetboek, in de artikelen 1302 en 1303.<sup>6</sup> In de loop van de negentiende eeuw wensten handelaren echter andere gevolgen aan dit verzuim te verbinden. Uiteindelijk betekende het niet tijdig leveren van soortzaken met wisselende marktprijzen dat de handelskoop van rechtswege ontbonden was. Een dergelijk rechtsgevolg was echter niet voorzien in het Burgerlijk Wetboek.

Voor beide situaties zal ik achtereenvolgens eerst het probleem verder uitwerken. Aan de hand van een aantal geschillen zal ik nagaan of ook de rechter tot ongeveer 1870 – mede – zocht naar de bedoeling van de wetgever om tot een oplossing te komen<sup>7</sup> of dat al in deze periode vastgehouden werd aan een letterlijke uitleg van de wet.<sup>8</sup> Vervolgens zie ik of vanaf 1870 de aandacht verschoof naar de woorden van de wet. Als in die tweede periode van het legisme aan de woorden van de wet inderdaad zelfstandige betekenis werd toegekend, is de vraag welke betekenis dat precies was en of die afweek van die eerdere bedoeling van de wetgever. Ten slotte zal ik de rechterlijke omgang met deze beide ongeregelde situaties naast elkaar leggen en een conclusie trekken over de opkomst van het legisme in de Nederlandse rechtspraak.

6 Art. 1302 Burgerlijk Wetboek (BW) (deels overeenkomend met art. 1094 Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNH) en art. 1184 *Code civil* (CC)): 'De ontbindende voorwaarde wordt altijd voorondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, in geval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet. In dat geval, is de overeenkomst niet van regtswege ontbonden, maar moet de ontbinding in regten gevraagd worden. Deze aanvraag moet ook plaats hebben, zelfs indien de ontbindende voorwaarde wegens het niet nakomen der verplichting in de overeenkomst mogt zijn uitgedrukt. Indien de ontbindende voorwaarde niet in de overeenkomst is uitgedrukt, staat het den regter vrij om, naar gelang der omstandigheden, aan den vervreemder, op deszelfs verzoek, eenen termijn te gunnen om alsnog aan zijne verplichting te voldoen, welke termijn echter den tijd van ééne maand niet mag te boven gaan.' Art. 1303 BW (deels overeenkomend met art. 1094 WNH en art. 1184 CC): 'Degene te wiens opzigte de verbindtenis niet is nagekomen, heeft de keus om of de andere partij, indien zulks mogelijk is, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken, of derzelve ontbinding te vorderen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen.'

7 Zie Lokin, *Tekst en uitleg*, 150-152.

8 Zie Florijn, *Ontstaan*, 37-39.

## 2 Afdwingen van huwelijkse samenwoning en ouderlijke macht

Niet-nakoming van verbintenissen om iets te doen leidde tot de verplichting tot vergoeding van de schade (de verbintenis ‘loste op in schadevergoeding’), zo bepaalden achtereenvolgens het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* van 1809, de *Code civil* en het Burgerlijk Wetboek van 1838.<sup>9</sup> Het onderliggende beginsel was dat niemand gedwongen kon worden iets te doen, *nemo praecise cogi ad factum*.<sup>10</sup> In elk geval voor Arnoldus Vinnius (1588-1657), Robert Joseph Pothier (1699-1772), Johannes van der Linden (1756-1835) en Pierre Thomas Nicolai (1763-1836) had dit beginsel een zekere normatieve lading: het afdwingen van een persoonlijk handelen druiste in tegen de vrijheid van het individu.<sup>11</sup> In Nederland had de bescherming van de persoon politieke erkenning gekregen in verschillende verklaringen kort voor en gedurende de negentiende eeuw, zoals de *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk* van 1798.<sup>12</sup>

### 2.1 Generieke handelingen

Bij de nakoming van verbintenissen om iets generieks te doen speelde het conflict met het recht op persoonlijke vrijheid niet. Dit soort verbintenissen kon ook worden uitgevoerd door een derde, zoals was voorzien in artikelen 1276 en 1277 van het Burgerlijk Wetboek.<sup>13</sup> Het herstellen van een lekkende waterleiding kon door een ander dan de eigenaar gedaan worden: het afdwingen van dergelijke generieke handelingen maakte geen inbreuk op de lichamelijke integriteit van de eigenaar van de waterleiding.<sup>14</sup> Als een verhuurder of huurder zijn reparatie- respectievelijk onderhoudsverplichtingen weigerde na te komen, werden deze over het algemeen afgedwongen door ze door een derde te laten voldoen.<sup>15</sup> Nakoming door een derde was ook een gebruikelijke maatregel om de bouw van een huis of

9 Art. 1057 WNH; art. 1142 CC; art. 1275 BW: ‘Alle verbindtenissen om iets te doen, of niet te doen worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, ingeval de schuldenaar niet aan zijne verpligting voldoet.’

10 Zie voor de oorsprong van dit beginsel Oosterhuis, *Specific performance*, 34-86.

11 Zie Oosterhuis, *Specific performance*, 46-47, 71, 194-195 en 214-215.

12 Zie artikel 1 van de *Staatsregeling*: ‘Het oogmerk der maatschappelijke vereeniging is beveiliging van Persoon, Leven, Eer en Goederen, en beschaving van verstand en zeden.’ Zie P.C. Kop, *Mens en burger, een geschiedenis van de grondrechten*, Zutphen, 2009, 140; J. Rosendaal, *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk 1798: de eerste grondwet van Nederland*, Nijmegen, 2005, 60.

13 Art. 1276 BW (equivalent van art. 1143 CC): ‘Niettemin heeft de schuldeiser het regt om de vernietiging te vorderen van hetgeen strijdig met de verbindtenis verrigt is, en hij kan zich door den regter doen magtigen om, ten koste van den schuldenaar, het gedane te doen vernietigen; onverminderd de vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden bestaan.’ Art. 1277 BW (equivalent van art. 1144 CC): ‘De schuldeiser kan ook, in geval de verbindtenis niet ten uitvoer wordt gebracht, gemagtigd worden om zelf die verbindtenis te doen uitvoeren ten koste van den schuldenaar.’

14 Bv. Arrondissementsrechtbank (ARb.) Maastricht 18 december 1856, *W.*, 1860, nr. 2142; Oosterhuis, *Specific performance*, 466-472. Overigens werden dergelijke verbintenissen halverwege de negentiende eeuw ook door cumulerende schadevergoedingen afgedwongen, bv. ARb. Maastricht 23 november 1854, *W.*, 1855, nr. 1622.

15 Bv. ARb. Amsterdam 20 maart 1890, *W.*, 1890, nr. 5889 en ARb. Rotterdam 28 juni 1880, *W.*, 1880, nr. 4557. Oosterhuis, *Specific performance*, 461-466.

de aanleg van een weg af te dwingen.<sup>16</sup> Bij verzuim door een aannemer werd slechts zelden vervangende schadevergoeding in plaats van nakoming gevorderd.<sup>17</sup> Om een tijdige nakoming van aannemingsovereenkomsten te waarborgen, werden overigens tegen het eind van de negentiende eeuw steeds vaker boetebedingen opgenomen.<sup>18</sup> In geschillen over de nakoming van deze verbintenissen om iets te doen speelde een conflict met een recht op persoonlijke vrijheid geen rol.

## 2.2 Unieke handelingen

De persoonlijke vrijheid kwam vooral in het gedrang als een schuldeiser nakoming vorderde van verbintenissen om iets te doen waarbij de schuldenaar de enige bron van nakoming was en de executie bovendien ingreep op zijn of haar persoonlijke levenssfeer. Volgens Diephuis was het onmogelijk om iemand direct te dwingen tot een bepaalde handeling en werd in Nederland, uit respect voor de individuele vrijheid, ook niemand indirect gedwongen iets te doen door middel van lijfswang of iets dergelijks: *nemo praecise cogi potest ad factum*.<sup>19</sup> Niettemin liet hij de mogelijkheid open voor een vordering tot nakoming van verbintenissen om persoonlijk iets te doen, maar stelde dat de uiteindelijke veroordeling moest zijn tot schadevergoeding. Die schadevergoeding was niet het object van de verbintenis om iets te doen, maar diende slechts ter vervanging. Artikel 1275 van het Burgerlijk Wetboek veranderde dus niet het wezen van een verbintenis om iets te doen.<sup>20</sup>

Inderdaad werden in de Nederlandse rechtspraktijk vorderingen tot nakoming van verbintenissen om persoonlijk iets te doen – bijvoorbeeld op basis van een engagement tussen theater en acteur, een non-concurrentiebeding of een huwelijk – niet op voorhand afgewezen. Een schuldenaar kon tot nakoming worden veroordeeld en pas als een eventuele executie vruchteloos bleek en de schuldenaar weigerde na te komen, was hij verplicht tot schadevergoeding. De eventuele executie van verbintenissen om persoonlijk iets te doen en te laten was echter problematisch, omdat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet voorzag in algemene maatregelen om deze verbintenissen af te dwingen. Anders dan onder het Rooms-Hollandse recht was gijzeling niet meer de algemene dwangmaatregel. Gijzeling was nog slechts beperkt toegelaten, bijvoorbeeld om de betaling van geldschulden af te dwingen.<sup>21</sup> Waarschijnlijk mede vanwege dit gebrek aan dwangmaatregelen werden overeenkomsten tussen theaters en acteurs, maar ook non-concurrentiebedingen,

<sup>16</sup> Bv. ARb. Amsterdam 3 september 1872, W., 1873, nr. 3576 en ARb. Hoorn 5 juni 1850, W., 1851, nr. 1139; Oosterhuis, *Specific performance*, 456-461.

<sup>17</sup> Bv. ARb. Maastricht 18 februari 1858, W., 1858, nr. 2013; Oosterhuis, *Specific performance*, 458-459.

<sup>18</sup> Bv. ARb. Rotterdam 24 juni 1882, W., 1882, nr. 4807; Oosterhuis, *Specific performance*, 460-461.

<sup>19</sup> Diephuis, *Burgerlijk Wetboek*, dl. 6, nr. 62, 32-33.

<sup>20</sup> Diephuis, *Burgerlijk Wetboek*, dl. 6, nr. 65, 34 (onder verwijzing naar A. Duranton, *Cours de droit Français suivant le Code civil*, dl. 10, Brussel, 1834, nr. 458 en K.S. Zachariae von Lingenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, dl. 1, Heidelberg, 1837, § 299, 304, n. 5).

<sup>21</sup> Zie bv. art. 585, 586 en 839 Rv.; Oosterhuis, *Specific performance*, 451 en 453-454.

vrijwel standaard voorzien van een boetebeding. Dergelijke bedingen moesten een behoorlijke nakoming bevorderen en op voorhand de gevolgen van niet-nakoming regelen.<sup>22</sup>

### 2.3 Indirecte executie van de huwelijkse samenwoning

Dat lag anders bij wettelijke verplichtingen zoals die tot huwelijkse samenwoning en het uitoefenen van de ouderlijke macht over kinderen.<sup>23</sup> Wanneer een schuldeiser – meestal de man en vader – nakoming van deze verplichtingen vorderde, moesten rechters voor een eventuele tenuitvoerlegging maatregelen verlenen die niet bij wet waren voorzien, meestal lijfswang ('aanhouding') of cumulerende schadevergoedingen ('poenale sancties').

In een geschil uit 1854 vorderde een man dat zijn weggelopen vrouw zou worden veroordeeld tot de huwelijkse samenwoning en – zolang zij weigerde terug te keren – tot de betaling van een 'voortdurende schadepenning'. De vrouw stelde dat dit een alternatieve vordering was, hetgeen in strijd was met artikel 1303 van het Burgerlijk Wetboek. Volgens een letterlijke lezing van dit artikel kon een schuldeiser namelijk of nakoming of ontbinding met schadevergoeding vorderen, maar niet allebei. De rechtbank overwoog echter dat de vordering tot schadevergoeding geen alternatieve vordering was, naast die tot nakoming – wat inderdaad strijdig zou zijn met de destijds gangbare uitleg van artikel 1303 –, maar daaraan ondergeschikt, namelijk voor het geval zijn vrouw zou weigeren met hem samen te wonen. Bovendien was het volgens de rechtbank volkomen in overeenstemming met het recht om naast vervulling van de overeenkomst ook vergoeding te vorderen van de schade veroorzaakt door een nalatige schuldenaar.<sup>24</sup> Daarnaast had de cumulerende dagelijkse schadevergoeding het karakter van een dwangmaatregel. Anders zou het vonnis voor niets worden gegeven en zou een schuldeiser zijn overgeleverd aan de willekeur van zijn schuldenaar. De rechtbank overwoog dat volgens rechtspraak en jurisprudentie het de rechter vrij stond om maatregelen te verlenen om het vonnis af te dwingen als de wet daarin niet voorzag.<sup>25</sup> Vooral de laatste overweging – dat de rechtbank, bij het zwijgen van de wet, vrij is om zelf een effectieve tenuitvoerlegging te bepalen – was niet bepaald gericht op de woorden van de wet, of zelfs op de bedoeling van de wetgever. De rechtsbron is hier niet de wet, maar de rechtspraak en jurisprudentie. Onduidelijk is echter naar welke rechtspraak en jurisprudentie de rechtbank ter ondersteuning verwees. In de literatuur werd door sommigen, zoals Lucas Oldenhuis Gratama (1815-1887), rechterlijke discretie bij het zwijgen van de wet wel verdedigd.<sup>26</sup> De rechtbank van Zutphen veroordeelde de weggelo-

22 Oosterhuis, *Specific performance*, 472-475.

23 Zie art. 161 resp. 355 en 356 BW.

24 In andere rechterlijke uitspraken werd een vordering tot nakoming gecombineerd met die tot schadevergoeding overigens wel degelijk afgewezen, bijvoorbeeld HR 16 april 1869, *W.*, 1869, nr. 3115; Oosterhuis, *Specific performance*, 487-488. Overigens werd in 1869 de enkele vordering tot schadevergoeding alsnog geaccepteerd door de Hoge Raad, HR 25 november 1870, *W.*, 1870, nr. 3268; uitvoerig daarover Oosterhuis, *Specific performance*, 481-500.

25 Arb. Zutphen 21 december 1854, *W.*, 1855, nr. 1637; Oosterhuis, *Specific performance*, 476.

26 L. Oldenhuis Gratama, 'Een woord over de middelen van tenuitvoerlegging van vonnissen', *Opmerkingen en mededeelin-*

pen vrouw uiteindelijk om zich binnen de acht dagen na betekening van het vonnis bij haar man te voegen en om een schadevergoeding van anderhalve gulden per dag te betalen, zolang zij naliet of weigerde met hem samen te wonen.<sup>27</sup>

In appel overwoog het hof Gelderland dat, hoewel het huwelijk een eigen karakter heeft, op de verplichtingen daaruit niettemin de algemene beginselen voor verbintenissen toepasselijk zijn, in casu dat iedere verbintenis om te doen bij niet-nakoming ‘oplost’ in de verplichting tot schadevergoeding. Als een vrouw weigerde samen te leven met haar man, kon de laatste dus worden veroordeeld tot vergoeding van de daardoor ontstane schade. Hoewel een echtgenoot op grond van kwaadwillige verlating ook de echtscheiding kon vorderen, behield hij niettemin het recht ‘om op eene andere wijze zijne vrouw te noodzaken, aan de haar bij de wet opgelegde verplichtingen te voldoen’ – hier kennelijk door een (cumulerende) schadevergoeding. Het hof achtte zich echter niet in staat de schade op voorhand te beoordelen en wees de veroordeling tot een cumulerende schadepening van anderhalve gulden per dag af. Niettemin bevestigde het hof Gelderland het vonnis waar het ging om de veroordeling tot samenwoning, en veroordeelde haar bij weigering tot een schadevergoeding nader op te maken bij staat.<sup>28</sup>

Hoewel de schadevergoeding de vrouw misschien zou noodzaken om zich weer bij haar man te voegen, leek het hof, in tegenstelling tot de rechtbank, de veroordeling daartoe niet te beschouwen als een dwangmaatregel. De schadevergoeding mocht de werkelijke schade immers niet overstijgen. De overweging van de rechtbank dat als de wet zwijgt, het de rechter vrij staat om dwangmaatregelen toe te passen, werd door het hof genegeerd. Veel meer dan de rechtbank redeneerde het hof dus langs de lijnen van de wet. Het legde geen dwangmaatregelen op, maar bepaalde slechts dat bij weigering van de vrouw de verplichting tot samenwoning zich ‘oploste’ in schadevergoeding, geheel in overeenstemming met artikel 1275 van het Burgerlijk Wetboek.

#### 2.4 Directe executie van de huwelijkse samenwoning?

Daar waar de vrouw in haar huwelijk geen eigen vermogen had behouden, had een vordering en veroordeling tot een (cumulerende) schadevergoeding weinig zin. In 1860 wees de rechtbank Den Haag een vonnis waarin een man werd toegestaan om zijn vrouw en kinderen te dwingen om terug te keren naar de echtelijke woning, daarbij eventueel geholpen door de politie. Indien noodzakelijk, werd bovendien toestemming verleend om haar huidige verblijfplaats te betreden. De rechtbank overwoog ‘dat bij den wetgever niet kan wor-

gen, 1851, 191-196; in dezelfde zin E.N. Pigeau, *Traité de la procédure civile, 6e éd., augm. de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence de France et de Belgique, jusqu'en 1840, par Crivelli*, dl. 1, Brussel, 1840, nr. 516, 297.

<sup>27</sup> Kennelijk was dit echtpaar niet in gemeenschap van goederen getrouwd, anders zou deze schadevergoeding geen zin gehad hebben.

<sup>28</sup> Provinciaal Gerechtshof (Prov.Gh.) van Gelderland 27 december 1855, *W.*, 1856, nr. 1737; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 476-477.

den verondersteld eene verpligting op te leggen, zonder tevens de middelen vrij te laten om hem, die nalatig is dezelve na te komen, daartoe te noodzaken'.<sup>29</sup> Met een beroep op de veronderstelde bedoeling van de wetgever leidde deze interpretatie tot een vergaande inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de vrouw. Ze stond veraf van het adagium *nemo potest cogi ad factum*, wat beschouwd kan worden als de wil van de wetgever in een dergelijk geval, aldus Nicolai.<sup>30</sup>

In 1863 stelde H. Cohen een vergelijkbare vordering in als die in het zojuist genoemde Haagse geschil. Hij vorderde namelijk dat de rechtbank zijn vrouw, R. Helmstad, zou veroordelen om binnen acht dagen na betekening van het vonnis terug te keren in de gemeenschappelijke woning met hun minderjarige zoon Henri en, bij haar weigering, haar desnoods door de 'sterken arm te noodzaken'. De rechtbank van Amsterdam overwoog dat de vrouw inderdaad verplicht was tot de huwelijkse samenwoning, 'dat echter, op grond van het individuele vrijheidsregt van ieder Nederlandsch burger, hem door de Grondwet gewaarborgd, in verband met den regel: *nemo ad factum praecise cogitur*, het regt van den eischer tegen de gedaagde tot nakoming van harer verpligting zich oplost in schadevergoeding'. Ook op grond van artikelen 1302 en 1303 had de man geen recht op een keuze tussen nakoming en ontbinding met schadevergoeding. Een dergelijke keuze miskende het onderscheid tussen wederkerige overeenkomsten en eenzijdige verbintenissen als *species* en *genus*. De artikelen 1302 en 1303 zagen op wederkerige overeenkomsten en niet op eenzijdige *obligationes ad factum praestandum*, zoals de plicht tot huwelijkse samenwoning. Een beroep op artikel 1277 van het Burgerlijk Wetboek kon de man evenmin baten, omdat dan een machtiging tot lijfswang zou moeten worden gegeven. Aangezien die niet bij enig wetsartikel was voorgeschreven, zou dat resulteren in een ongeoorloofde aanhouding ('strafbare sequestratie'). De vrouw kon zich dus beperken tot haar eerdere aanbod tot terugkeer naar de echtelijke woning. Een veroordeling daartoe zou echter doelloos zijn 'omdat de poenale sanctie op het niet-voldoen aan zoodanige veroordeeling, door den wetgever in art. 1275 B.W. bepaald, niet is ingeroepen, en ambtshalve in *civilibus* niet mag worden toegepast'. De rechtbank veroordeelde de vrouw overigens wel tot afgifte van hun zoon Henri binnen acht dagen na betekening van het vonnis. Bij weigering tot afgifte werd de man gemachtigd om haar daartoe te dwingen met hulp van de sterke arm.<sup>31</sup>

De rechtbank wees in dit vonnis de vordering tot nakoming van de huwelijkse samenwoning weliswaar af, maar alleen waar het ging om de *directe* executie van die verbintenis. Het direct afdwingen van de terugkeer naar de echtelijke woning zou leiden tot de aanhouding van de vrouw, wat in strijd zou zijn met het grondwettelijk vrijheidsrecht.<sup>32</sup> Maar dit vrij-

29 Arb. 's-Gravenhage 8 juni 1860, W., 1860, nr. 2197, 2-3; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 477.

30 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, dl. 5, Utrecht, 1838, 20-21; J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek*, dl. 1, 's-Gravenhage, 1878, 26.

31 Arb. Amsterdam 18 maart 1863, W., 1863, nr. 2493.

32 Welk vrijheidsrecht de rechtbank precies bedoelde, is onduidelijk. Van de Grondwet van 1848 lijken in aanmerking te komen de artikelen 3 ('Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hetzij ingezetenen of vreemdelingen, heb-



heidsrecht bood alleen bescherming tegen een *directe* dwang tot een handelen, wat volgens de rechtbank kennelijk de betekenis was van het adagium *nemo praecise cogi ad factum*.<sup>33</sup> Het recht op nakoming – expliciet gegeven in de artikelen 1302 en 1303 – impliceerde kennelijk een vorm van *directe* executie. Anders was de rechtbank niet tot de enigszins gezochte uitleg gekomen dat het recht op nakoming genoemd in de artikelen 1302 en 1303 niet van toepassing was op eenzijdige verbintenissen, omdat die artikelen zich zouden beperken tot wederkerige overeenkomsten. Op de afwijzing van de uitvoering door een derde, in dit geval de politie, op basis van artikel 1277 is weinig aan te merken. Daar zou lijfsdwang inderdaad leiden tot een ongeoorloofde aanhouding, omdat een dergelijke aanhouding niet in het Wetboek voor Strafvordering was geregeld. Maar volgens de rechtbank stond niets in de weg aan een veroordeling tot terugkeer naar de echtelijke woning, als deze *indirect* kon worden afgedwongen door middel van de ‘poenale sanctie’ uit artikel 1275, namelijk een dwangsom. Hoewel het ‘oplossen in schadevergoeding’ uitleggen als het ‘veroordelen tot een poenale sanctie’ binnen de letterlijke grenzen van artikel 1275 blijft, lijkt ook deze *indirecte* vorm van executie strijdig met de oorspronkelijke bedoeling van dit artikel, namelijk de bescherming van de persoonlijke vrijheid.<sup>34</sup> De rechtbank richtte zich dus meer op de letterlijke tekst van artikel 1275 in combinatie met een veronderstelde bedoeling van de wetgever – effectieve tenuitvoerlegging –, dan op de werkelijke bedoeling van de wetgever – bescherming van de persoonlijke vrijheid.

De rechtbank van Amsterdam beschouwde een mogelijke veroordeling tot de betaling aan de man van een (cumulerend) geldbedrag voor elke dag dat niet aan de hoofdveroordeling tot nakoming werd voldaan, dus niet alleen als schadevergoeding maar ook als middel om de vrouw *indirect* tot nakoming van haar verplichting te dwingen. Dergelijke cumulerende geldbedragen werden gedurende de negentiende eeuw overigens niet alleen gecombineerd met een veroordeling tot een persoonlijke handeling, maar ook om een recht van overpad af te dwingen, een trein een halteplaats te laten aandoen of een leveringsakte op te maken.<sup>35</sup> In 1864, in een ander geschil over een wettelijke verplichting – het afleggen van de eed na het verzegelen van een huis en het opmaken van een inventaris – bepaalde de Hoge Raad echter dat dergelijke cumulerende bedragen moesten worden beschouwd als een voorlopige schatting van de schade en niet als een strafbepaling om nakoming van een vonnis af te dwingen.<sup>36</sup> Het effect was overigens hetzelfde, namelijk dat een schuldenaar

ben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen.’) of 151 (‘Buiten de gevallen in de wet bepaald, mag niemand in hechtenis worden genomen, dan op een bevel van den regter, inhoudende de redenen der gedane aanhouding. Dit bevel moet bij, of zoo spoedig mogelijk na de aanhouding betekend worden aan dengene, tegen wien het is gericht. De wet bepaalt den vorm van dit bevel, en den tijd, binnen welken alle aangeklaagden moeten worden verhoord.’).

33 Overigens was deze terughoudendheid beperkt: wanbetalende huurders konden met hun hele hebben en houden door deurwaarder en politie op straat worden gezet en dat kon eventueel gepaard gaan met een behoorlijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid, zie Oosterhuis, *Specific performance*, 513-514. De invloed op de rechtspraak van een fundamenteel recht op vrijheid op het afdwingen van verbintenissen om iets te doen was dus gering.

34 Zie opnieuw Nicolai, in Voorduin, *Geschiedenis*, dl. 5, 20-21; Noordziek, *Beraadslagingen*, dl. 1, 26.

35 Zie Oosterhuis, *Specific performance*, 468, 492-498 en 534-537.

36 HR 21 oktober 1864, *W.*, 1864, nr. 2636.

indirect werd gedwongen tot nakoming van zijn verplichting. Na dit arrest classificeerden rechtbanken en hoven eventuele cumulerende bedragen in geval van niet-nakoming zorgvuldig als ‘schadevergoeding’.<sup>37</sup>

### 2.5 Directe executie van de vaderlijke macht

Ondertussen kreeg de procedure tussen Cohen en Helmstad een vervolg. De laatstgenoemde ging in hoger beroep vanwege de veroordeling tot directe executie van de terugkeer van hun zoon Henri onder de ouderlijke (lees vaderlijke) macht. Een van de aangevoerde grieven was dat een eventuele executie door de sterke arm onwettig was. In 1864 overwoog het hof van Noord-Holland dat, hoewel de wet niet voorzag in middelen om een dergelijk vonnis ten uitvoer te leggen, executie dan niet automatisch onmogelijk of onwettig was. Het was onaannemelijk te veronderstellen dat de wetgever de bedoeling zou hebben gehad om rechterlijke uitspraken onuitgevoerd te laten, vooral niet die tot nakoming van wettelijke verplichtingen. Dergelijke verplichtingen, zoals het verblijf onder de ouderlijke macht uit artikel 356 van het Burgerlijk Wetboek, waren immers in het belang van minderjarigen en van de publieke orde. Bovendien, als de wet geen executiemiddelen voorschreef, was daarmee de rechter de bevoegdheid verleend om zelf in dergelijke middelen te voorzien. Om artikel 356 niet volledig illusoir te maken, was de rechtbank dus bevoegd om de vader te machtigen zijn zoon Henri bij hem terug te nemen, eventueel met hulp van de sterke arm. Wanneer de uitvoering van vonnissen langs directe (‘feitelijken’) weg moest plaatsvinden, was de sterke arm daartoe speciaal aangewezen, om eigenrichting te voorkomen.<sup>38</sup>

De uitoefening van de ouderlijke macht rechtvaardigde dus het gebruik van directe dwang tegen Henri en zijn moeder. Het kind kon onder politiedwang van haar worden weggenomen. Het argument dat het gebruik van dergelijke dwang elke wettelijke basis ontbeerde en daarom niet was toegelaten, werd verworpen met opnieuw een beroep op de veronderstelde bedoeling van de wetgever. Het kon, op basis van het bijzondere belang van de betrokken minderjarigen en van het algemeen belang van de publieke orde, niet de bedoeling zijn geweest om vonnissen onuitgevoerd te laten: zonder directe executie werd de uitoefening van de ouderlijke macht onmogelijk gemaakt. Het opmerkelijke is dat in dezelfde procedure de rechtbank een jaar eerder de directe tenuitvoerlegging van de huwelijkse samenwoning juist had afgewezen met hetzelfde, typisch legistische argument: directe executie zou neerkomen op gijzeling en daarvoor was geen wettelijke basis. Rechtbank en hof verbonden dus geen eenduidig gevolg aan het gebrek van een wettelijke basis voor maatregelen om verbintenissen om persoonlijk iets te doen af te dwingen. Ze lieten de directe of indirecte executie van die verbintenissen afhangen van bepaalde achterlig-

<sup>37</sup> Zie Oosterhuis, *Specific performance*, 481.

<sup>38</sup> Prov.Gh. Noord-Holland 23 juni 1864, W., 1865, nr. 2667.

gende doelen als de vrijheid van het individu, het belang van minderjarigen en de publieke orde.

Een paar jaar later, in 1869, vond de rechtbank van Groningen in artikel 1277 van het Burgerlijk Wetboek een wettelijke grondslag voor de veroordeling om kinderen terug te brengen onder de vaderlijke macht. De rechtbank veroordeelde een moeder om binnen de acht dagen na het vonnis de kinderen af te geven aan hun vader. Als ze weigerde, was de vader gemachtigd om op basis van artikel 1277 de kinderen onder zijn hoede te nemen, daarbij vergezeld door een deurwaarder, eventueel met assistentie van de ‘sterken arm van het gerecht’.<sup>39</sup> Deze uitleg van artikel 1277 bevreemdt. De teruggave van de kinderen kan namelijk maar door één persoon gebeuren, de ouder of persoon onder wiens toezicht de kinderen zich bevinden. Bij het teruggeven van een kind kan dus geen sprake zijn van een generieke handeling, zoals het bouwen van een huis of het aanleggen van een weg. Hier werd de letter van artikel 1277 gebruikt als wettelijke basis voor de directe tenuitvoerlegging – de machtiging van een derde tot uitvoering van de prestatie – terwijl werd voorbij gegaan aan de bedoeling van de wetgever, zoals verwoord door Nicolai – het afdwingen van een generieke handeling.<sup>40</sup>

In dit vonnis stond de rechter hetzelfde doel voor ogen als de rechtbank van Amsterdam en het hof van Noord-Holland, namelijk een effectieve tenuitvoerlegging van een veroordeling tot de uitoefening van de ouderlijke macht. Waar de Hollandse rechtbanken een wettelijke basis in het midden lieten, nam de Groningse rechtbank met artikel 1277 de letterlijke tekst van de wet als uitgangspunt, maar miskende daarbij de bedoeling van de wetgever. De Groningse rechtbank leek zich dus te wenden van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet. Niettemin bleef het resultaat, een effectieve tenuitvoerlegging, hetzelfde. Wat betreft de tenuitvoerlegging van huwelijk en ouderlijke macht valt een doorzetten van de wending van wetgever naar wet in het *Weekblad van het Regt* moeilijk aan te tonen. Na het vonnis uit 1869 bleven verdere relevante vonnissen uit.

## 2.6 Effectieve tenuitvoerlegging als doel

In alle bovenstaande geschillen over huwelijkse samenwoning en ouderlijke macht ontstond discussie over de tenuitvoerlegging. Daarbij richtten rechtbanken en hoven zich op een effectieve tenuitvoerlegging, zowel van de huwelijkse samenwoning als van de uitoefening van de ouderlijke macht. Tot ongeveer 1870 werd die effectieve tenuitvoerlegging expliciet genoemd als de veronderstelde bedoeling van de wetgever.

Het afdwingen van de huwelijkse samenwoning gebeurde, waar mogelijk, via cumulerende geldbedragen en sporadisch door middel van directe lijfswang. Over het algemeen werd directe dwang afgewezen met een beroep op de vrijheid van het individu. Een wette-

39 ARb. Groningen 28 mei 1869, bevestigd door Prov.Gh. Groningen 5 april 1870, W., 1870, nr. 3244.

40 Zie Voorduin, *Geschiedenis*, dl. 5, 20-21; Noordziek, *Beraadslagingen*, dl. 1, 26.

lijke basis voor de veroordeling tot de betaling van cumulerende geldbedragen werd gevonden in artikel 1275, dat bepaalde dat alle verbintenissen om iets te doen verplichten tot vergoeding van de schade bij niet-nakoming. De bedoeling van de wetgever met dit artikel – het voorkomen van het afdwingen van een persoonlijk handelen – werd door rechtbanken genegeerd. Het hof van Noord-Holland (en later de Hoge Raad) overwoog weliswaar dat dergelijke cumulerende bedragen bij niet-nakoming moesten worden beschouwd als schadevergoeding, maar *de facto* functioneerden de veroordeling tot deze bedragen als dwangmaatregel.

De terugkeer van kinderen onder het ouderlijk (vaderlijk) gezag werd wel direct afgedwongen. Daartoe beriepen rechters zich op de veronderstelde bedoeling van de wetgever, namelijk een effectieve tenuitvoerlegging. Daarnaast refereerden ze aan de publieke orde en het belang van minderjarigen ter legitimatie van deze rechtstreeks afgedwongen tenuitvoerlegging. Rond 1870 werd hiervoor artikel 1277 als wettelijke basis gegeven, hoewel dat artikel de tenuitvoerlegging van generieke handelingen door een derde regelde. Dit markeert de wending van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet, althans formeel. De politiedwang om een kind terug te halen bleef dezelfde, alleen werd nu een wettelijke basis gevonden door een letterlijke uitleg van artikel 1277.

### 3 Nakoming van handelsovereenkomsten

De industriële revolutie resulteerde in een efficiënter transportnetwerk en mede daardoor in een toename van de handel in soortzaken zoals graan en steenkool.<sup>41</sup> Handelstransacties betroffen steeds vaker de levering van dit type soortzaken. In veel gevallen bleek *tijdige* levering essentieel. Onder die omstandigheden voldeed de vordering tot nakoming in *specie* niet langer als primair rechtsmiddel. De praktijk om een ontbindende voorwaarde, na verloop waarvan een schuldeiser schadevergoeding en ontbinding kon vorderen, in een contract op te nemen bestond vanzelfsprekend al veel langer. Aan het begin van de negentiende eeuw bleek het opnemen van deze voorwaarden, die expliciet moesten worden overeengekomen, echter nog eerder uitzondering dan regel.<sup>42</sup>

#### 3.1 Van nakoming naar schadevergoeding

De rechtspraak in de negentiende eeuw laat zien dat gedurende de negentiende eeuw de vordering tot schadevergoeding het meest gebruikte rechtsmiddel werd in geval van niet-nakoming van verbintenissen tot leveren van soortzaken. Voor de levering van soortzaken

<sup>41</sup> M.J. Wintle, *An economic and social history of the Netherlands, 1800-1920: demographic, economic, and social transition*, Cambridge, 2000, 118-119 en 188-194.

<sup>42</sup> C. Brom, *Urteilsbegründungen im "Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland" am Beispiel des Kaufrechts im zeitraum 1704-1787*, Frankfurt am Main, 2008, 153-156; Oosterhuis, *Specific performance*, 52.

met een wisselende marktprijs werd de vordering van schadevergoeding zelfs het primaire rechtsmiddel. Zodra een verkoper niet op de afgesproken termijn had geleverd, werd de overeenkomst van rechtswege als ontbonden beschouwd. De koper kon geen levering meer vorderen, maar enkel het prijsverschil tussen de marktprijs op de afleverdatum en de oorspronkelijke koopprijs. De verkoper kon niet meer bevrijdend leveren maar was vanaf dat moment verplicht het prijsverschil te betalen.<sup>43</sup>

Deze verandering voltrok zich geleidelijk in de rechtspraktijk. Aan het begin van de negentiende eeuw bleken kopers van soortzaken, zoals meekrap,<sup>44</sup> vooral nakoming te vorderen.<sup>45</sup> Vanaf de jaren vijftig echter lieten kopers, als een verkoper niet tijdig leverde, hun vordering tot nakoming standaard vergezeld gaan van een subsidiaire vordering tot schadevergoeding.<sup>46</sup> Wilde een koper in die tijd ontbinding met schadevergoeding kunnen vorderen, dan diende de verkoper eerst in verzuim te worden gesteld, tenzij uitdrukkelijk was overeengekomen dat het overschrijden van de aflevertermijn verzuim opleverde.<sup>47</sup> Vanaf de jaren zestig werd een schuldenaar als onmiddellijk in verzuim beschouwd als hij niet tijdig leverde en kon een schuldeiser vanaf dat moment schadevergoeding vorderen.<sup>48</sup> Aan het eind van de negentiende eeuw werd het vaste rechtspraak dat bij het overschrijden van een aflevertermijn van een handelskoop van soortzaken met wisselende marktprijzen de overeenkomst van rechtswege ontbonden was. In dat geval kon de koper enkel nog schadevergoeding vorderen, tenzij hij onmiddellijk na het verstrijken van de aflevertermijn alsnog nakoming vorderde.<sup>49</sup> In het eerste geval bestond de schadevergoeding uit het prijsverschil tussen de marktprijs van de waar op de afleverdatum en de oorspronkelijke koopprijs.<sup>50</sup>

Van de dogmatische problemen die zich tijdens deze verschuiving hebben voorgedaan, licht ik er hier twee uit: de vraag wanneer überhaupt ontbinding met schadevergoeding mocht worden gevorderd en het probleem of de ontbinding *ipso jure* kon plaats vinden.

### 3.2 Opeisbaarheid na eigen prestatie

De eerste vraag is of een schuldeiser eerst zelf moet presteren voordat hij ontbinding met schadevergoeding mag vorderen. In 1842 kwam die vraag bij de Hoge Raad terecht. Op vordering van een schipper had de rechtbank van Maastricht een bevrachtingsovereenkomst (om een partij pijpen van Maastricht naar Gouda te vervoeren) ontbonden omdat

43 Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze ontwikkeling in Nederland, maar ook in de Duitse gebieden en Frankrijk, hoofdstuk 4 van mijn proefschrift *Specific performance*.

44 Hoog Gerechtshof 's-Gravenhage 4 november 1815, hoger beroep van Rb. Goes 20 februari 1815, W.Y. van Hamelsveld, *Verzameling van gewijsden van het Hoog Gerechtshof te 's-Gravenhage*, Delft, 1832, reeks 2, dl. 3, 29-37; zie ook H.F.W.D. Fischer, *De geschiedenis van de reële executie bij koop*, Haarlem, 1934, 329-332.

45 Oosterhuis, *Specific performance*, 216-219.

46 Oosterhuis, *Specific performance*, 329-333.

47 Oosterhuis, *Specific performance*, 333-346.

48 Oosterhuis, *Specific performance*, 352-361.

49 Oosterhuis, *Specific performance*, 369-374.

50 Oosterhuis, *Specific performance*, 364-369.

de bevrachter weigerde een vrachtbrief af te geven. In hoger beroep vernietigde het Limburgse hof het vonnis omdat de schipper naast de vrachtbrief – ten onrechte – ook om een voorschot had gevraagd en de niet-uitvoering van het contract dus aan beide partijen lag. Daarom liet het hof de overeenkomst intact en gaf het op grond van artikel 1302 beide partijen een termijn om na te komen. Wanneer een van de partijen alsnog nalatig bleef, werd de ontbinding alleen tegen haar uitgesproken. De Hoge Raad verwierp de eis tot cassatie en overwoog dat artikel 1302 uitdrukkelijk bepaalde dat alleen als een van de partijen nalatig was, het de ander vrij stond om nakoming of ontbinding met schadevergoeding te vorderen. Hier waren beide partijen in gebreke en was artikel 1302 dus niet van toepassing. Het hof had zich overigens ten onrechte op dit artikel beroepen bij het verlenen van een termijn om alsnog na te komen, maar had niets anders gedaan ‘dan, naar den aard der zaak, uit krachte van algemeene rechtsbeginselen [...] aan beide partijen een korte morele tijd te laten, om alsnog elk aan zijn verplichting te voldoen’.<sup>51</sup>

Voor de afwijzing van de vordering tot ontbinding beperkte de Hoge Raad zich tot een strikt grammaticale uitleg van artikel 1302, zonder uit te leggen waarom partijen bij een overeenkomst geen ontbinding met schadevergoeding konden vorderen als ze beiden in gebreke waren, in tegenstelling tot als slechts één van hen in verzuim was. Voor de veroordeling tot nakoming en het geven van een termijn daartoe, beriep de Hoge Raad zich op de aard van de zaak en algemene rechtsbeginselen, zonder deze laatste te expliciteren. De Hoge Raad lijkt hier echter te duiden op het beginsel dat overeenkomsten gericht zijn op nakoming – de aard van de zaak – en dat nakoming het primaire rechtsmiddel van een schuldeiser is, zoals ook verwoord in het vroegmoderne Natuurrecht.<sup>52</sup> Met deze uitleg week de Hoge Raad dus af van de wet als enige rechtsbron.

Met de strikt grammaticale uitleg van artikel 1302 week de Hoge Raad ook af van de bedoeling van de wetgever, zoals bleek uit een bespreking in het *Weekblad van het Regt*. Naar aanleiding van dit arrest besprak de redactie namelijk kort een drietal opvattingen over de afdwingbaarheid van verbintenissen uit overeenkomst. Pothier had de zaak in het midden gelaten: een nalatige partij kon zelf geen nakoming vorderen, maar (waarschijnlijk) wel ontbinding met schadevergoeding.<sup>53</sup> Justinus van der Bruggen (1804-1863), een rechter uit Nijmegen, had in 1838 betoogd dat een partij enkel nakoming of ontbinding kon vorderen indien hij zelf had nagekomen. Zonder voorafgaande prestatie was een overeenkomst niet afdwingbaar, maar slechts een *pactum nudum*.<sup>54</sup> Deze toepassing van klassiek Romeinse concepten op het moderne recht paste veel meer bij het Pandectisme in de Duitse rechts-

51 HR 30 december 1842, *W.*, 1843, nr. 362, 1.

52 Zie Oosterhuis, *Specific performance*, 78-84.

53 R.J. Pothier, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, dl. 2, Parijs, 1845, v° Obligations, nr. 672, en dl. 4, Parijs, 1847, v° Louage, nr. 405.

54 J.J.L. van der Bruggen, ‘Bedenkingen over de redenen der verbindbaarheid der overeenkomsten’, *Bijdragen tot regtsgeleerdheid en wetgeving*, 1837, 489-529; 1838, 29-108, in het bijzonder 100-101. De opvatting dat overeenkomsten pas afdwingbaar zijn als ze (deels) nagekomen zijn, doet, los van de doctrinaire achtergrond, sterk denken aan het onderscheid dat Atiyah maakt voor de common law in diezelfde periode tussen *executory contracts* en *part executed contracts*, Atiyah, *Contract*, 139-142, 194-198 en 419-424.



geleerdheid, dan bij een rechtsgeleerdheid die uitging van de wet als enige formele rechtsbron.<sup>55</sup> Abraham de Pinto (1811-1874) had daarentegen betoogd dat het verzuim van een van de partijen niet afdeed aan de opeisbaarheid van hun wederzijdse verplichtingen en slechts recht gaf op een mogelijke reconventionele vordering of een latere vordering tot ontbinding.<sup>56</sup> De uitleg van artikel 1302 door de Hoge Raad hield in dat de eigen prestatie diende vooraf te gaan aan een vordering tot ontbinding met schadevergoeding. Deze uitleg ligt het dichtst aan tegen die van Van der Bruggen, namelijk dat überhaupt de opeisbaarheid van een verbintenis afhangt van de eigen voorafgaande prestatie. Voor het achterhalen van de bedoeling van de wetgever had echter de opvatting van Pothier, als belangrijke bron voor de *Code civil* en dus indirect voor het Burgerlijk Wetboek, richtinggevend moeten zijn. In dit geschil was de Hoge Raad dus meer gericht op de letterlijke tekst van de wet dan op de bedoeling van de wetgever. De eigen opvatting van de Hoge Raad – verbintenissen zijn er in de eerste plaats om na te komen – overheerste hier. Pas in 1863 aanvaardde de Hoge Raad de opvatting dat een schuldeiser, ook als hijzelf in verzuim was, niettemin ontbinding met schadevergoeding van zijn nalatige schuldeiser kon vorderen.<sup>57</sup>

Achter dit geschil over de afdwingbaarheid van de verplichtingen uit een overeenkomst lijkt een veel fundamenteeler geschil schuil te gaan, namelijk over het doel van een overeenkomst: de daadwerkelijke nakoming of het behalen van winst. Vanouds was het vanzelfsprekende doel van een koop om iets te kopen en te behouden. Het verbintenissenrecht is dan een hulpstuk bij het goederenrecht. Het doel van een handelskoop was echter niet beperkt tot kopen om iets te behouden, maar vooral gericht op het met winst doorverkopen van goederen.<sup>58</sup> Bij beurshandel was dat zelfs het voornaamste, hoewel begin negentiende eeuw nog omstreden, doel. In 1841 argumenteerde een verkoper dat de koper enkel de daadwerkelijke levering van 200 vaten raapolie had gevorderd, om de onderhavige beurstransactie behandeld te zien als een reële koop en niet als een vorm van speculatie. Kansspelen waren immers niet afdwingbaar.<sup>59</sup> In dit licht staat het arrest van de Hoge Raad uit 1842 over de nakoming van een bevrachtingsovereenkomst aan het begin van een ontwikkeling waarin de handelsovereenkomst een prominentere rol ging spelen in het verbintenissenrecht, waardoor dit laatste een meer zelfstandige positie kreeg ten opzichte van het goederenrecht.

55 Oosterhuis, *Specific performance*, 92-93.

56 A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, dl. 2, Zwolle, 1838, § 698.

57 Oosterhuis, *Specific performance*, 337.

58 Waarover later voor de Duitse handelspraktijk Johann Caspar Bluntschli (1808-1881), in *Blätter für Rechtsanwendung*, 1852, 356, en voor de Nederlandse rechtspraktijk Willem Th.C. van Doorn (1853-1921), in *Handelingen der Nederlandsche Juristenvereniging*, 1900, dl. 1, 109-111 en dl. 2, 64-65 en 95; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 249 en 374.

59 ARb. Amsterdam 12 november 1841, W., 1842, nr. 248, bevestigd door Prov.Gh. Holland 31 december 1841, W., 1842, nr., 254; Oosterhuis, *Specific performance*, 327-328.

### 3.3 Ontbinding van rechtswege

Het sluitstuk van de ontwikkeling van nakoming naar schadevergoeding, althans voor de negentiende eeuw, was de ontbinding *ipso jure*. Zoals gezegd werden in de laatste twee decennia van de negentiende eeuw handelskopen van soortzaken met wisselende marktprijzen van rechtswege als ontbonden beschouwd zodra de verkoper in verzuim was.<sup>60</sup> De ontbinding *ipso jure* gold dus voor bepaalde verbintenissen onder bepaalde omstandigheden. De consequentie hiervan was dat de koper geen nakoming meer kon vorderen, enkel schadevergoeding, en ook de verkoper niet meer bevrijdend kon leveren, maar enkel het verschil moest vergoeden tussen de marktprijs op de overeengekomen afleverdatum en de oorspronkelijke koopprijs.<sup>61</sup>

Een voorafgaande stap in die ontwikkeling was het beschouwen van de afleveringsdatum als fatale termijn waardoor een verkoper onmiddellijk in verzuim was, zonder dat daarvoor verdere stappen van de koper nodig waren. In 1866 overwoog de rechtbank van Amsterdam dat als partijen, althans in handelszaken, een vaste afleverdatum waren overeengekomen en aflevering niet plaatsvond voor deze termijn, de overeenkomst als ontbonden diende te worden beschouwd op grond van deze voorwaarde. De verplichting tot aflevering hield dus op te bestaan als ze niet tijdig was nagekomen. Dit was in tegenstelling tot normale koopovereenkomsten waarin de ontbindende voorwaarde slechts door de wet verondersteld werd en de verplichting tot aflevering bleef bestaan tot de rechterlijke ontbinding. In beide gevallen kon een koper ontbinding met schadevergoeding vorderen, maar in geval van een handelskoop met een vaste aflevertermijn mocht de rechter de verkoper geen extra termijn geven om alsnog na te komen en was de koper ook niet verplicht om de ontbinding in rechte te vorderen.<sup>62</sup> Eerder had Diephuis al betoogd dat de ontbinding *ipso jure* mogelijk was op grond van het intreden van een ontbindende voorwaarde, hoewel volgens hem onenigheid van partijen over de vervulling van een dergelijke voorwaarde een rechterlijke beslissing nodig kon maken.<sup>63</sup>

Kennelijk ging dit vonnis de Amsterdamse rechtbank zelf ook wel erg ver, want enige maanden later nuanceerde de rechtbank in een ander geschil de gevolgen van een niet-tijdige aflevering. Als een verkoper in *mora* was omdat hij niet voor een bepaalde termijn had afgeleverd, betekende dit niet dat de hele koop ontbonden was, maar alleen dat de koper niet verplicht was om de verlate aflevering te accepteren. De verplichting van de verkoper tot aflevering bestond dus nog steeds, maar de koper kon kiezen tussen nakoming en ontbinding met schadevergoeding. Anders zou de keuze om tijdig af te leveren, en daarmee de vraag of een verplichting nagekomen diende te worden, volledig afhangen van de verkoper. Artikel 1139 van de *Code civil* – de koper in deze overeenkomst was gevestigd in Le

60 Oosterhuis, *Specific performance*, 369-374.

61 Oosterhuis, *Specific performance*, 364-369.

62 ARb. Amsterdam 3 januari 1866, W., 1866, nr. 2783.

63 Diephuis, *Burgerlijk Wetboek*, dl. 6, nr. 183, 73-74.

Havre – en *mutatis mutandis* ook artikel 1274 van het Burgerlijk Wetboek moest niet zo worden uitgelegd alsof de wetgever zou hebben geëist dat voor overeenkomsten die afgesloten werden door koopmansbrieven, het verzuim uitdrukkelijk bij de afleverdatum moest worden overeengekomen.<sup>64</sup> Als dat het geval was geweest, had de wetgever dat wel uitdrukkelijk bepaald, omdat een dergelijk vereiste tegengesteld was aan de handelsgeest, die altijd streefde naar efficiëntie. Een dergelijke voorwaarde (van onmiddellijk verzuim) moest daarom worden verondersteld in de bepaling om tijdig af te leveren. Als in handelstransacties een aflevertermijn was overeengekomen, dan moest dus de voorwaarde om binnen een bepaalde termijn af te leveren worden beschouwd als ontbindende voorwaarde, ook al was het contract daardoor niet van rechtswege ontbonden. In dit geschil verklaarde de rechtbank de koop van 300.000 kokosnoten ontbonden en zij veroordeelde de verkoper tot schadevergoeding.<sup>65</sup> Maatgevend was dus uiteindelijk niet de bedoeling van de wetgever – waarvan het maar de vraag was of die gewild had dat het enkele bepalen van een termijn zou gelden als een ‘stilzwijgende’ ingebrekestelling – maar de gebruiken in het handelsverkeer. Formeel was de wet rechtsbron, maar in dit geschil *de facto* was de handelsgewoonte.

Tussen 1865 en 1880 bestond onduidelijkheid over de precieze gevolgen van het verlopen van een afleveringstermijn. Volgens sommige rechters kon de verkoper de goederen afleveren tot de ontbinding in rechte, maar anderen beschouwden een koopovereenkomst van rechtswege ontbonden na verloop van de afleveringstermijn. In het laatste geval was alleen de ontbinding *ex tunc* onderwerp van een rechtelijke procedure, zoals het hof van Den Haag in 1876 besliste.<sup>66</sup> In tegenstelling tot Diephuis, verwierp Cornelis Willem Opzoomer (1821-1892) de mogelijkheid van ontbinding van rechtswege. Een schuldeiser zou dan namelijk door middel van een *lex commissoria* of ontbindende voorwaarde kunnen afzien van zijn recht op nakoming en dat zou een ‘zeer eigenaardige wijziging’ van de *lex commissoria* betekenen.<sup>67</sup> In essentie was dit een wat reactionaire opvatting. Kennelijk had Opzoomer moeite om zich de nieuwe rol van het verbintenisrecht in het handelsverkeer van die tijd eigen te maken. De rechtspraak liet zich weinig gelegen liggen aan dit soort opvattingen.<sup>68</sup> In 1892 erkende ook de Hoge Raad de ontbinding *ipso jure*, zonder dat overigens met zoveel woorden toe te geven. Bij verzuim op grond van een vaste afleveringstermijn stelde de rechter enkel de ontbinding vast, maar hij ontbond niet zelf. De overeenkomst was al ontbonden. Een en ander volgde uit de samenhang van de artikelen 1301 en 1302. Hier be-

64 Art. 1274 BW (equivalent van art. 1139 CC, dat op de onderhavige handelskoop van toepassing was): ‘De schuldenaar wordt in gebreke gesteld, het zij door een bevel of andere soortgelijke akte, het zij uit kracht der verbintenis zelve, wanneer deze medebrengt, dat de schuldenaar in gebreke zal zijn, door het enkel verloop van de den bepaalden termijn.’

65 ARb. Amsterdam 21 maart 1866, W., 1866, nr. 2809.

66 ARb. Rotterdam 16 juni 1875, bevestigd Gh. 's-Gravenhage 12 juni 1876, W., 1876, nr. 4008, bevestigd door HR 19 januari 1877, W., 1877, nr. 4078; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 359.

67 C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek, verklaard door Mr. C.W. Opzoomer*, dl. 5, Amsterdam, 1879, 178, n. 1; Oosterhuis, *Specific performance*, 359-360.

68 Bijvoorbeeld Gh. Amsterdam 11 maart 1881, W., 1881, nr. 4661 en Gh. Arnhem 16 februari 1881, W., 1881, nr. 4646; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 360.

perkte de Hoge Raad zich dus tot de wet als rechtsbron.<sup>69</sup> In dit laatste arrest is opnieuw de wending van wetgever naar wet zichtbaar, althans formeel. In 1866 had de Amsterdamse rechtbank zich ter rechtvaardiging van een onmiddellijk verzuim door te late aflevering nog beroepen op de veronderstelde bedoeling van de wetgever om het handelsverkeer niet te belemmeren. De Hoge Raad in 1892 stelde dat de ontbinding van rechtswege ook bij het schenden van een fatale termijn mogelijk was, simpelweg omdat een en ander zou blijken uit de systematiek van de wet. Het faciliteren van het handelsverkeer leek overigens ook bij dit laatste arrest de achterliggende bedoeling te zijn geweest.

### 3.4 Handel als doel

In 1842, aan het begin van de opkomst van de handelsovereenkomst (of van de ontwikkeling van nakoming naar schadevergoeding in het verbintenissenrecht), legt de Hoge Raad artikel 1302 letterlijk uit: een partij kan slechts nakoming of ontbinding vorderen wanneer hijzelf niet in verzuim is. De waarschijnlijke bedoeling van de wetgever met dat artikel – verzuim van een der partijen geeft de andere partij het recht om ontbinding te vorderen, zelfs al is hijzelf ook in verzuim – werd daarbij genegeerd. De Hoge Raad richtte zich dus op de tekst van de wet en niet op de bedoeling van de wetgever, maar streefde een eigen doel na: de daadwerkelijke nakoming van overeenkomsten. De nieuwe rol die het verbintenissenrecht in de veranderende handelseconomie begon te spelen, werd daarbij miskend.

In de tweede helft van de negentiende eeuw onderkenden de rechtbank van Amsterdam en ook de Hoge Raad juist wel het belang van een soepel lopend handelsverkeer. In 1866 beschouwde de Amsterdamse rechtbank een afleveringsdatum als een fatale termijn, zonder dat uitdrukkelijk in de overeenkomst hoefde te worden opgenomen dat de verkoper bij overschrijding in verzuim was. In 1892 stelde de Hoge Raad dat bij het verstrijken van de afleveringstermijn de overeenkomst als van rechtswege ontbonden diende te worden beschouwd. Los van de mogelijke bedoeling van de wetgever met de artikelen 1302 en 1303, werd de tekst vrij geïnterpreteerd. Het vereiste van rechterlijke ontbinding bleek niet te gelden voor handelsovereenkomsten van soortzaken met wisselende marktprijzen. Noch de bedoeling van de wetgever, noch de tekst van de wet, maar een soepel lopend handelsverkeer bleek maatgevend.

<sup>69</sup> HR 30 december 1892, W., 1893, nr. 6330, 1-2: 'O. dat echter uit den samenhang der artt. 1301 en 1302 BW volgt, dat het rechtsgelov van art. 1301 zoowel aan de bedongen als aan de wettelijk onderstelde ontbindende voorwaarde verbonden is, zonder dat het voorschrift tot aanvraag van een vonnis op deze algemeene werking der ontbindende voorwaarde inbreuk maakt; dat dan ook zoodanige uitspraak niet strekt om de onderstelde ontbindende voorwaarde te doen ontstaan, maar, evenals in den regel de uitspraak van den rechter, om het bestaan van de ontbinding ten gevolge van het vervuld zijn der voorwaarde vast te stellen;'

## 4 Conclusie

Tussen 1838 en 1900 beschouwden de meeste rechtsgeleerden de wet als de enige formele rechtsbron. Soms vertoonde de wet echter lacunes, zoals door het ontbreken van maatregelen ter executie van verbintenissen om persoonlijk iets te doen, of door het plaatsvinden van nieuwe ontwikkelingen, zoals de ontbinding van rechtswege van een handelskoop. In die gevallen steunden rechters niet alleen op de wet, maar ook op andere rechtsbronnen, zoals algemene rechtsbeginselen of handesgewoonten. Bovendien werd in deze situaties uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij doelen die niet noodzakelijkerwijs overeenkwamen met de bedoeling van de wetgever, zoals effectieve rechtspleging, de vrijheid van het individu, het belang van minderjarigen, de publieke orde en efficiëntie in handel.

In de rechtspraak over huwelijkse samenwoning en ouderlijke macht valt rond 1865 inderdaad een wending van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet aan te wijzen. Deze wending is echter betrekkelijk. Voor 1865 werd een effectieve tenuitvoerlegging als veronderstelde bedoeling van de wetgever uitdrukkelijk benoemd. Na 1865 bleef, ook bij een letterlijke exegese, die effectieve tenuitvoerlegging het uiteindelijke doel. Bovendien werd ook voor 1870 bij de uitleg van bepaalde artikelen de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever genegeerd. De wetgever bedoelde met artikel 1275 het afdwingen van een persoonlijk handelen tegen te gaan: *nemo potest praecise cogi ad factum*. In de rechtspraak, ook voor 1870, werd dit artikel echter gebruikt om cumulerende geldbedragen te sanctioneren, met andere woorden om een persoonlijk handelen indirect af te dwingen.

In de rechtspraak over ontbinding van handelsovereenkomsten valt een wending van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet moeilijker aan te wijzen. Al in 1842 kwam de Hoge Raad met een letterlijke interpretatie van artikel 1302, waarbij bovendien een eigen doel werd nagestreefd: daadwerkelijke nakoming van overeenkomsten. Rond 1865 viel weliswaar een wending waar te nemen, maar die was niet van wetgever naar wet. Deze wending had de Hoge Raad in wezen al in 1842 gemaakt. Vanaf 1865 werden echter de gebruiken in het handelsverkeer maatgevend bij de uitleg van de artikelen 1302 en 1303. De uitleg zelf werd echter minder letterlijk, en meer systematisch.

Voor de rechtspraak over huwelijk en handel tijdens de negentiende eeuw is het beeld dus genuanceerd. Rechters hadden een scherp oog voor de maatschappelijke functie van het recht, bijvoorbeeld waar het ging om een effectieve tenuitvoerlegging en het faciliteren van het handelsverkeer. Als er daarbij al legistisch geïnterpreteerd werd, dan was het vooral om die doelen na te streven.

## Summary

Nineteenth century judicial interpretation in the Netherlands has been characterized as legalistic. This article deals with the question whether this legalistic interpretation wit-

nessed a shift in emphasis during the nineteenth century: from the legislature's intention of a legal rule to focusing on the literal wording of a statutory rule. Such possible shift from legislature to code has been investigated for judicial decisions about the enforcement of marital duties and parental authority and about the rescission of trade sales. It appears that in both marital and commercial cases, any judicial method of interpretation eventually sought to serve particular purposes identified by the judiciary itself, such as effective enforcement in marital cases and a proper functioning market in commercial cases, which did not coincide with either the legislature's intention or the literal wording of a provision.

### **Keywords**

Nineteenth century, legalism (formalism), judicial interpretation, law of obligations, marriage, trade sales, specific performance



## MOEDER MARCKX MAAKT GEEN BASTAARD!\*

### I Inleiding

Op 1 maart 2011 organiseerde de alumnivereniging van de rechtsfaculteit van de Universiteit Gent een studieavond onder de noemer *Het arrest Marckx doorgelicht*.<sup>1</sup> Verschillende sprekers analyseerden het in België beroemde arrest Marckx uit 1979, vanuit een rechts-historische, juridische en persoonlijke invalshoek.<sup>2</sup> Hoogtepunt van de avond was zonder twijfel de persoonlijke getuigenis van Paula Marckx.<sup>3</sup> In een aangrijpend betoog vertelde deze krasse 85-jarige dame over de procedure voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die geleid heeft tot het arrest dat haar onsterfelijk zou maken.<sup>4</sup>

Het arrest Marckx vormt onbetwistbaar een mijlpaal in de Belgische rechtsgeschiedenis. Het zorgde voor een juridische aardverschuiving, niet enkel in België overigens, maar ook in andere Europese landen, doordat de achterhaalde discriminatoire wetgeving over natuurlijke kinderen aangepast moest worden. Niet verwonderlijk wordt het arrest daarom nog steeds uitgebreid besproken in de colleges familierecht en privaatrechtsgeschiedenis.<sup>5</sup>

Het talrijk opgekomen publiek kreeg de unieke kans om een levend monument van de eigentijdse rechtsgeschiedenis aan het woord te horen. Dit artikel breidt hier een vervolg

\* Dit artikel kwam tot stand in het kader van het onderzoeksprogramma Interuniversitaire Attractiepool P6/01 'Justice and Society: sociopolitical history of justice administration in Belgium (1795-2005)', Programma Interuniversitaire attractiepoolen – Belgische Staat – Programmatorische federale dienst Wetenschapsbeleid.

1 Deze studieavond werd georganiseerd door Gandaius Alumni VZW, de alumnivereniging van de rechtsfaculteit van de Universiteit Gent.

2 De rechtshistorische lezing werd gegeven door de auteur, terwijl de juridische lezingen verzorgd werden door professor Gerd Verschelden, hoofddocent familierecht aan de UGent, en Alfons Heyvaert, emeritus hoogleraar van de Universiteit Antwerpen.

3 Deze getuigenis was in essentie een parafrasering van haar verhaal dat al gepubliceerd werd. Voor dit artikel hebben wij vooral geput uit de autobiografie van Paula Marckx, geschreven met behulp van Anne Gies, radiojournaliste bij de Vlaamse Radio en Televisie. Haar verhaal is ook terug te vinden in M.D. Goldhaber, *A people's history of the European Court of Human Rights*, New Jersey, 2007, 15-25. In 2010 verscheen een Engelstalige bewerking van de autobiografie, waarbij ze nogmaals de feiten uit de doeken deed: P. Marckx, *The perfect mistress, for small men with large ambitions*, Bloomington, 2010, 100-112. Dit boek kreeg grote weerklank in de populaire Belgische pers, vooral omwille van het smeuge verhaal waarin Paula Marckx getuigde over de seksuele relatie die zij als 83-jarige had in het Zuiden van Frankrijk met de veel jongere plastische chirurg Jef Hoeybrechts, bekend van televisie.

4 'Ik ben er ook van overtuigd dat zonder mijn specifieke voorgeschiedenis er geen arrest Marckx was geweest. Het een is uit het andere voortgekomen; het ene heeft het andere almaar beïnvloed', uit A. Gies, *Paula Marckx helemaal bloot*, Antwerpen, 2006, 301.

5 D. Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, 2005, 203; G. Verschelden, *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, 2010, 7-9.



De sprekers en hoofdpersonages van de studieavond: van links naar rechts Bruno Debaenst, Alexandra Marckx, Paula Marckx, Alfons Heyvaert, Gerd Verschelden en Philip Traest.

aan, door een beknopte rechtshistorische analyse te maken van het arrest Marckx, met de nodige aandacht voor de contextuele factoren.

## 2 Alexandra Marckx: een gediscrimineerde baby

Begin 1973 raakte Paula Marckx, een ongehuwde dame van 47, eerder onverwacht zwanger. Haar dochter Alexandra werd geboren op 16 oktober 1973 te Wilrijk.<sup>6</sup> Mevrouw Marckx moest het bed houden, waardoor een verpleegster officieel aangifte deed van het kind bij de ambtenaar van de burgerlijke stand.<sup>7</sup> Aangezien het om een kind ging dat buiten het huwelijk geboren was – een zogenaamd natuurlijk, onwettig of buitenhuwelijks kind – werd de vrederechter hiervan op de hoogte gebracht.<sup>8</sup> Op 26 oktober 1973 werd Paula Marckx opgeroepen om te verschijnen voor de vrederechter, om de nodige regelingen te treffen in verband met de voogdij over de kleine Alexandra.<sup>9</sup> Daarenboven werd haar in deze brief meegedeeld dat haar kind ook nog gediscrimineerd zou worden bij de erfenis.<sup>10</sup> De mede-

6 Hof Mensenrechten 13 juni 1979 (verder ‘arrest Marckx’), paragraaf 8, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

7 Gies, *Paula Marckx*, 141.

8 Conform art. 57bis BW (van kracht tot 1987).

9 Arrest Marckx, paragraaf 9; art. 405 BW.

10 Art. 756 BW.

deling kwam als een donderslag bij heldere hemel en schoot bij Paula Marckx in het verkeerde keelgat.<sup>11</sup> Op 29 oktober 1973 ging zij naar het vrederecht, ‘vastbesloten hen daar eens te vertellen wat zij van de heren en dames in toga en hun wetten dacht’.<sup>12</sup> Zij werd er vriendelijk ontvangen door de vrouwelijke vrederechter. Paula Marckx erkende haar kind, waardoor zij automatisch de voogd ervan werd.<sup>13</sup> Om de negatieve erfrechtelijke gevolgen van het buitenechtelijk karakter van haar dochter op te vangen, besloot mevrouw Marckx op 30 oktober 1974 een adoptieprocedure op te starten.<sup>14</sup> Op 18 april 1975 volgde het vonnis dat de adoptie bekrachtigde.<sup>15</sup>

Mevrouw Marckx werd als ongehuwde moeder dus geconfronteerd met een aantal discriminatoire bepalingen ten aanzien van haar onwettige dochter Alexandra. Vanuit rechts-historisch perspectief hoeft dit niet te verwonderen, want onwettige kinderen werden doorheen de eeuwen systematisch gediscrimineerd door het recht.

### 3 De historische wortels van de discriminatie van ‘bastaarden’<sup>16</sup>

De discriminatie van natuurlijke kinderen, of bastaarden zoals ze vroeger genoemd werden, is altijd de regel geweest in de rechtsgeschiedenis, niet de uitzondering. Het feit dat de term ‘bastaard’ nog steeds een uitgesproken negatieve connotatie heeft in ons taalgebruik is hiervan een stille getuige.<sup>17</sup> Vooral de Kerk hield niet van bastaarden, omdat zij de negatie vormden van het huwelijk als een van de zeven sacramenten en omdat de Kerk van oordeel was dat alle seksuele verkeer binnen het huwelijk moest plaatsvinden.<sup>18</sup> De Kerk had niettemin oog voor de realiteit en het canonieke recht ontwikkelde een pragmatische oplossing voor de kinderen die het resultaat waren van een voorhuwelijks ongelukje. De gewone bastaarden, ook wel ‘speelkinderen’ genoemd, konden namelijk ‘witgewassen’ worden door hun natuurlijke ouders te laten huwen. Tijdens de huwelijksceremonie werden de bruid en bruidegom dan bedekt met een sluier of mantel, waaronder ook de kleine

11 ‘Bij elk woord dat ik las nam mijn verbazing toe. Dit is het toppunt, dacht ik, dit kan niet waar zijn! Niet dat er bij mij veel te erven viel, maar er zijn grenzen. De brief eindigde met het bericht dat ik bij de vrederechter werd verwacht. Ik was razend’, Gies, *Paula Marckx*, 141.

12 In haar memoires uit 2006 beweert mevrouw Marckx dat zij op 10 december 1973, *Human Rights Day*, naar het vrederecht trok, maar dit stemt niet overeen met de feitelijkheden zoals vervat in het arrest Marckx. Daar staat namelijk te lezen dat zij op 29 oktober 1973 voor de vrederechter verscheen, Gies, *Paula Marckx*, 141.

13 Art. 334 BW juncto art. 396bis BW.

14 Art. 349 BW. In haar memoires uit 2006 verwacht mevrouw Marckx de erkenning met de adoptieprocedure. De erkenning gebeurde al bij haar verschijning voor de vrederechter, Gies, *Paula Marckx*, 147-149.

15 Arrest Marckx, paragraaf 11.

16 Het is niet de bedoeling om hier de hele geschiedenis van de discriminatie van bastaarden exhaustief te beschrijven, maar enkel summier de historische context te schetsen van de discriminatoire maatregelen waaraan Alexandra Marckx blootgesteld werd als onwettig kind in de jaren 1970 in België.

17 Ook in het Engels heeft het die negatieve connotatie. *Bastard* is een populair scheldwoord. ‘Bastaard’ wordt vandaag vooral gebruikt voor dieren, zoals honden of paarden, om aan te geven dat het om rasonzuivere mengvormen gaat.

18 J. Monballyu, *Geschiedenis van het familierecht van de late middeleeuwen tot heden*, Leuven, 2006, 91.

bastaardjes plaats namen. Het ritueel leidde tot de bijnaam ‘mantelkinderen’.<sup>19</sup> De zonde werd op die manier ‘met de mantel der liefde bedekt’. Helaas was deze vorm van regularisatie niet voor alle bastaarden mogelijk, zoals voor overspelige,<sup>20</sup> bloedschennige<sup>21</sup> of heiligschennende<sup>22</sup> bastaarden. In bepaalde gevallen bestond wel de mogelijkheid om het kind te laten legitimeren door de wereldlijke vorst.<sup>23</sup>

De discriminatie van bastaarden nam vele vormen aan.<sup>24</sup> Zo bezat een bastaard doorgaans de status van een politiek onbekwame, die geen openbaar ambt als schepen of rechter kon uitoefenen, geen priester kon worden, in vele gevallen niet kon toetreden tot een ambacht enz. De voornaamste discriminatie lag echter in het erfrecht, wat een ramp betekende in een agrarische maatschappij waarin de overgang van grond van generatie op generatie letterlijk van levensbelang was.<sup>25</sup> Alhoewel de discriminatie van bastaarden de regel was in de rechtsgeschiedenis, bestonden hierop wel een aantal uitzonderingen. Om te beginnen was er de hogere adel, die zoals vaak boven de wet stond. Er kan hierbij verwezen worden naar de vele bastaarden van keizer Karel V, zoals Margaretha van Parma<sup>26</sup> en Don Juan van Oostenrijk.<sup>27</sup> Meestal werden deze adellijke bastaarden feitelijk gerehabiliteerd door hen een belangrijke titel en dito ambt te bezorgen.<sup>28</sup> Er waren ook regionale temperingen op de discriminatie van bastaarden. In het Vlaanderen van het Ancien Régime bijvoorbeeld gold het adagium ‘moeder maakt geen bastaard’, wat inhield dat bastaarden altijd konden erven van hun moeder.<sup>29</sup>

19 Ik schrijf hier ‘kleine’, maar in theorie zou het ook mogelijk zijn dat volwassen bastaarden op die manier geregulariseerd werden, al is dit weinig waarschijnlijk.

20 Het gaat hierbij dan om kinderen verwekt door een getrouwde man bij een ongehuwde vrouw. In het geval dat een getrouwde vrouw een kind had met een andere man dan haar echtgenoot, ging het niet om een bastaard, aangezien het kind binnen het huwelijk geboren was en de echtgenoot automatisch als voor de vader aangezien werd (*pater is est quem nuptiae demonstrant*, D. 2, 4, 5). Dit rechtsvermoeden werd in de dertiende eeuw door Philippe de Beaumanoir overgenomen en is op die manier in het Burgerlijk Wetboek verzeild geraakt in artikel 312: ‘Het kind dat tijdens het huwelijk verwekt is, heeft de man tot vader’, J. Gilissen, *Historische inleiding tot het recht*, Antwerpen, 1981, 569.

21 Bloedschennige of incestueuze bastaarden zijn kinderen die verwekt zijn uit twee personen die in een verboden verwantschapsgraad met elkaar staan (bijvoorbeeld broer en zus of vader en dochter).

22 Heiligschennende bastaarden zijn kinderen die een ouder hebben die een gelofte van kuisheid afgelegd heeft, zoals een priester of een kloosternon.

23 De zogenaamde *legitimatio per rescriptum principis* behoorde tot de vorstelijke regalia. De oorsprong hiervan lag bij Justinianus in de Novelle 74, Gilissen, *Historische inleiding*, 571.

24 Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis*, 202.

25 A. Lefebvre-Teillard, ‘L’enfant naturel dans l’ancien droit français’, in: *L’enfant. II. Europe médiévale et moderne*. Recueils de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions 36, Brussel, 1976, 266-267.

26 Margaretha van Parma (1522-1586) was een buitenechtelijk kind van keizer Karel V en Johanna van der Gheynst, de dochter van een tapijtvorkoper uit Nukerke bij Oudenaarde. Van 1559 tot 1567 was zij landvoogdes van de Nederlanden.

27 Don Juan van Oostenrijk (1547-1578) was landvoogd van de Nederlanden in de periode 1576-1578, aan het begin van de Tachtigjarige Oorlog.

28 Volgens de regels van de heraldiek moesten zij wel een zogenaamde *brisure* of schuine streep aanbrengen op hun wapenschild. Niettemin was het beter een adellijke bastaard te zijn dan een niet-adellijk wettig kind.

29 Gilissen, *Historische inleiding*, Antwerpen, 1981, 571. Voor een concrete toepassing van dit principe, zie: J. Monballyu, ‘De toepassing van de regel “Moeder maakt geen bastaard” in de interpretatie van een schenkingsakte. De zaak Philips Despieres, alias van der Poorte, contra Jan de Grendele (1580-1587)’, in: A.M.J.A. Berkvens en G.H.A. Venner (red.), “Om daarmede vrijelijk te doen naer wil ende welgevallen” Rechtshistorische opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A. Fl. Gehlen. Werken Limburgs Geschiedkundig en Oudheidkundig Genootschap, dl. 16, Maastricht, 1998, 76-84.

Met het tijdperk van de Verlichting kwam er niet onmiddellijk verbetering in de houding ten aanzien van bastaarden. De latere revolutionair Robespierre bijvoorbeeld stelde in 1786 in verband met de bastaarden weliswaar voor ‘de modifier, dans un sens plus conforme à l’humanité, des lois empreintes de barbaries d’un autre âge’, maar voegde er wel aan toe: ‘pour l’intérêt des mœurs, pour la dignité du lien conjugal, il convient de lui accorder aucun droit de famille’.<sup>30</sup> Toch zou de Franse revolutie de hemel enkele jaren later doen opklaren voor de bastaarden. De almacht van de Kerk werd gebroken en de revolutionaire idealen van vrijheid, broederlijkheid en vooral gelijkheid (*égalité*) zorgden ervoor dat het niet langer *bon ton* was om onwettige kinderen te discrimineren. In de Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1789 luidde het in het eerste artikel klaar en duidelijk: ‘Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits’.<sup>31</sup> De beroemde Cambacérés<sup>32</sup> stelde in 1793 de afschaffing voor van ‘toute distinction inhumaine d’enfants illégitimes, bâtards simples, adultérins, incestueux, enfants trouvés, enfants de la Pitié; tous les enfants sont naturels, légitimes, enfants de la Patrie’.<sup>33</sup> Deze ideeën vonden een neerslag in de wet van 12 brumaire jaar II (2 november 1793), waarin bijna alle onwettige kinderen gelijkgesteld werden met wettige.<sup>34</sup> Het weerspiegelde de visie van de revolutionairen die de familie niet langer zagen als een gesloten entiteit op basis van wettige geboorte, maar wel als een instelling die open stond voor zij die er tot dan toe van uitgesloten waren. Er was sprake van een individualistische opvatting van het familierecht, waarbij elke mens een zo groot mogelijke vrijheid moest krijgen bij de organisatie van zijn of haar privéleven. Een discriminatie van bastaarden paste niet meer binnen dit plaatje.

De wet van 1793 kreeg grote kritiek, vooral van wettige kinderen die een stuk van hun erfenis in rook zagen opgaan en van allen die gehecht waren aan de familiale tradities van het ancien régime. In zijn bespreking van de *Code civil* van 1804 veroordeelde Locré<sup>35</sup> in krachtige termen de ‘immorele’ wet van 1793, die volgens hem het huwelijk in de vernieling hielp door de afschaffing van het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen.<sup>36</sup> In het Napoleontische wetboek werd de familie dan ook in ere hersteld, ten koste van de bastaarden, die opnieuw gediscrimineerd werden.<sup>37</sup> De afstamming van een bastaard stond niet vast en de ongehuwde moeder moest haar buitenhuwelijks kind expliciet er-

30 R. Szmankiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Parijs, 1995, 86.

31 Dit werd nogmaals herhaald in artikel 6, waar te lezen stond dat alle burgers gelijk waren voor de wet.

32 Jean-Jacques-Régis de Cambacérés (1753-1824), tweede consul naast Napoléon, is vooral bekend van zijn rol bij het tot stand komen van de *Code civil*.

33 P. Archambault, *Les enfants de familles désunies en France: leurs trajectoires, leur devenir*, Parijs, 2007, 32.

34 Er werd immers een uitzondering gemaakt voor de overspelige kinderen, omwille van het respect voor de maatschappelijke zeden en omdat zij een uiting van een te grote inbreuk op de huwelijksrouw vormden. Toch konden zij volgens de nieuwe wet nog aanspraak maken op een derde van het wettig erfdeel, A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Parijs, 1996, 326-334.

35 Jean Guillaume Locré de Roissy (1758-1840) was een Franse jurist die vooral bekend werd door zijn aandeel in de opmaak van de *Code civil* en de latere bespreking ervan.

36 J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, dl. 3, Parijs, 1827, 141.

37 Voor een overzicht van de discriminaties, zie J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Parijs, 2001, 100-101.

kennen. In het geval van overspelige of incestueuze kinderen was zelfs dit niet mogelijk.<sup>38</sup>

Aangezien onze gewesten op dat ogenblik deel uitmaakten van het Franse imperium, werd het Burgerlijk Wetboek er onverkort van kracht, wat in feite een achteruitgang betekende voor de bastaarden in vergelijking met de situatie in het Ancien Régime.<sup>39</sup> De machtswisselingen in 1813-1815 en 1830 veranderden niets aan de juridische toestand van de bastaarden, aangezien het Franse wetboek behouden bleef.<sup>40</sup> Een lichtpuntje kwam er op het einde van de negentiende eeuw, toen de progressieve Gentse hoogleraar François Laurent<sup>41</sup> de opdracht kreeg een ontwerp van nieuw burgerlijk wetboek op te stellen.<sup>42</sup> In zijn *projet* voorzag hij in de gelijkheid van natuurlijke en wettige kinderen.<sup>43</sup> Helaas was zijn ontwerp op veel vlakken al te vooruitstrevend en was het politieke klimaat veranderd, waardoor zijn radicale plannen in de prullenmand verdwenen.<sup>44</sup>

In de twintigste eeuw werd een begin gemaakt met de geleidelijke wegwerking van de ergste discriminaties. Zo liet een wet van 6 april 1908 de erkenning toe door de moeder van incestueuze kinderen van wie de ouders op het ogenblik van de verwekking konden huwen mits dispensatie.<sup>45</sup> Een wet van 10 februari 1958, aangevuld door een wet van 1 juli 1974, bepaalde dat een overspelig kind onder bepaalde voorwaarden erkend en gewettigd kon worden.<sup>46</sup> Dit gemorrel in de marge veranderde evenwel niets aan de essentie, namelijk dat het Burgerlijk Wetboek in de jaren 1970 in België nog steeds discriminatoir was ten aanzien van kinderen die geboren werden buiten het huwelijk, zoals Alexandra Marckx.

#### 4 De weg naar Straatsburg

Naar eigen zeggen kreeg Paula Marckx het idee om de nodige stappen te ondernemen tegen de discriminatie van haar onwettige dochter Alexandra door een televisietoespraak van

<sup>38</sup> Zie art. 334-335 BW.

<sup>39</sup> De regel 'moeder maakt geen bastaard' was immers vervallen. Zoals in de zaak Marckx duidelijk werd, moest de moeder haar kind expliciet erkennen om het recht te geven op een erfdeel.

<sup>40</sup> Er waren wel plannen voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, maar door de afscheiding van het Zuiden werd het nieuwe burgerlijke wetboek in 1838 enkel in het Noorden ingevoerd. Niet dat het veel verschil zou uitgemaakt hebben, aangezien bastaarden ook in het nieuwe wetboek gediscrimineerd werden.

<sup>41</sup> Over François Laurent, zie: J. Erauw, B. Bouckaert, H. Bocken, H. Gaus en M. Storme, *Liber memorialis François Laurent 1810-1887*, Brussel, 1989.

<sup>42</sup> F. Laurent, *Avant-projet de révision du code civil rédigé*, 6 dln., Brussel, 1882-1885.

<sup>43</sup> J. Gerlo, 'Is hercodificatie van het familierecht wenselijk?', in: Erauw *et al.*, *Liber memorialis*, 517.

<sup>44</sup> De verkiezingen van 1884 werden namelijk gewonnen door de katholieken, waardoor het ontwerp van de anticlericale Laurent per definitie geen kans meer maakte. Maar zelfs onder een liberale regering zou het ontwerp hoogstwaarschijnlijk te vooruitstrevend geweest zijn om enige kans gemaakt te hebben.

<sup>45</sup> Wet 6 april 1908 op het onderzoek naar het vaderschap en het moederschap van het natuurlijk kind, *Belgisch Staatsblad*, 26 april 1908, 2337; *Pasinomie*, 1908, 181-434.

<sup>46</sup> Wet 10 februari 1958 tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (Boek I, Titels VII en VIII), betreffende het vaderschap, de afstamming en de aanneming van kinderen, *Belgisch Staatsblad*, 20 februari 1958, 1020; Wet 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en het Gerechtelijk Wetboek, betreffende de echtscheiding, *Belgisch Staatsblad*, 17 augustus 1974, 10249.



minister Herman Vanderpoorten op 10 december 1973, naar aanleiding van Human Rights Day.<sup>47</sup> Het inspireerde haar om de *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* te lezen. Vooral artikel 8 interesseerde haar.<sup>48</sup> Paula Marckx vond dat de Belgische staat zich niet te moeien had met haar gezinsleven<sup>49</sup> en er ook niets mee te maken had dat zij als ongetrouwde vrouw ervoor gekozen had een kind te krijgen. Ze schreef een brief naar de secretaris-generaal van de Raad van Europa, maar die antwoordde dat haar rechten niet geschonden waren. Hierop kreeg mevrouw Marckx de ingeving om op 18 oktober 1974 een nieuwe brief te schrijven, ditmaal in naam van haar dochter Alexandra:<sup>50</sup>

*Je suis un bébé Belge, habitant à Anvers, et depuis mon enfance l'état Belge s'est permis de se mêler de ma vie privée d'une manière aussi dangereuse qu'inadmissible. Je porte plainte contre l'état Belge. Je crois, monsieur, pouvoir compter sur vous et sur les autres membres de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, pour défendre les droits qui, bien que la demande vient d'un enfant illégitime sont légitime [sic], Pr Alexandra Marckx*

Ditmaal werd de klacht wel ernstig genomen en werd een dossier geopend bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg. De moeilijkste klip was genomen en vanaf nu verliep alles van een leien dakje. De pers kreeg al snel lucht van het feit dat een baby een procedure begonnen was tegen België, waardoor de zaak niet enkel juridisch uitgevochten werd, maar ook via de media. Op juridisch vlak kreeg mevrouw Marckx bijstand van een jonge advocate en assistente familierecht aan de Katholieke Universiteit Leuven, Moni Van Look. In de aanloop van de zitting probeerde de Belgische staat mevrouw Marckx er nog van te overtuigen om de procedure tegen vergoeding van de kosten stop te zetten, 'aangezien de wetgeving binnenkort toch aangepast zou worden', maar zij was niet te vermurwen. Op 24 oktober 1978 werd de zitting gehouden, die bijzonder goed meeviel, zoals blijkt uit de hiernavolgende getuigenis:<sup>51</sup>

De rechters kwamen binnen, achttien in totaal, één voor elk land dat het protocol had ondertekend. Hun aantal maakte indruk, maar toen ik de heren van dichterbij bekeek moest ik toch even slikken: tegenover deze bejaarden leek Sinterklaas wel een puber. Eén is zelfs tijdens het proces in slaap gevallen. Uiteindelijk vielen de oudjes wel mee; het leek zelfs alsof ze meteen aan mijn kant stonden. De rechters uit Noord-Europa kwamen het leukst uit de hoek toen ze Moni vroegen: 'Meester, is het werkelijk waar dat België nog zulke wetten heeft?'

47 Gies, Paula Marckx, 142.

48 Everyone has the right for respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of these rights except such as is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedom of others.

49 Hier doet zich een taalprobleem voor, aangezien family in het Engels niet hetzelfde betekent als ons (ruimere) begrip 'familie'. Veeleer wordt er het gezin mee bedoeld. In het Frans is er bovendien sprake van *vie familiale*, wat nog een andere betekenis heeft. Hierbij ligt namelijk eerder de nadruk op het samen beleven van de vrije tijd met het gezin, de familie en de dichtste vrienden, wat in tegenstelling staat tot het beroepsleven (*vie professionnelle*).

50 Gies, Paula Marckx, 144-145.

51 Gies, Paula Marckx, 150.

De toon was gezet. Het was dan ook geen verrassing toen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens België op 13 juni 1979 veroordeelde wegens discriminatie van een baby. Het arrest Marckx was geboren.

## 5 Het arrest Marckx<sup>52</sup>

In het arrest verduidelijkte het Hof allereerst de woorden ‘*respect for ... private and family life*’.<sup>53</sup> Het Hof oordeelde dat er tussen Paula en Alexandra een effectief gezinsleven bestond<sup>54</sup> en dat de staat ervoor moest zorgen dat zij een normaal gezinsleven konden leiden.<sup>55</sup> Dit hield onder andere in dat België zich van een discriminatie op grond van geboorte moest onthouden.<sup>56</sup> Het was vanuit die optiek onbehoorlijk dat een ongehuwde moeder haar kind expliciet moest erkennen om de moederschapband vast te laten stellen, terwijl dit bij een gehuwde moeder niet nodig was. Ook de discriminatie op het vlak van de patrimoniale rechten (beperkingen in het erfrecht) vormde een inbreuk op een normaal gezinsleven.

Via het arrest Marckx tikte het Europees Hof voor de Rechten van de Mens België dus op de vingers omdat de wetgeving discriminatoir was voor een bepaald type van gezin, namelijk dat van een ongehuwde moeder met kind. Frappant is dat die discriminatie in oorsprong eigenlijk bedoeld was om een ander type van gezin te verdedigen, namelijk het ‘traditionele’ gezin bestaande uit een gehuwde man en vrouw en hun kinderen. In beide gevallen sprong het recht dus in de bres om een gezin te beschermen, al was de inhoud en finaliteit ervan wel verschillend.

Het Napoleontische gezin vormde het prototype van het patriarchale type, met een almachtige vader en een ondergeschikte vrouw en kinderen. Elke *pater familias* was hierbij een kleine Napoleon die als een heuse dictator over de bewoners van zijn haard kon regeren.<sup>57</sup> Heel het familierecht was erop georiënteerd om dit model te bestendigen, via de

52 Het is hier niet de bedoeling heel het arrest Marckx in geuren en kleuren uit de doeken te doen, aangezien dit ons te ver zou leiden. De geïnteresseerde lezer verwijzen wij graag naar de volgende literatuur: M. Bossuyt, ‘Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx’, *Rechtskundig Weekblad*, 1979-80, 929-947; F. Rigaux, ‘La loi condamnée’, *Journal des Tribunaux*, 1979, 513-524; A. Heyvaert en H. Willekens, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest. De theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Antwerpen, 1981.

53 Arrest Marckx, paragraaf 30 en volgende.

54 Paula Marckx had de verantwoordelijkheid genomen voor haar dochter sinds haar geboorte en er sindsdien onophoudelijk voor gezorgd, waardoor er een echt familieleven bestond tussen hen. Artikel 8 van het Verdrag maakt overigens geen onderscheid tussen een ‘wettig’ en een ‘onwettig’ gezin (*the legitimate and the illegitimate family*). De commissie beschouwde overigens al eerder een alleenstaande vrouw en haar kind als een vorm van gezin die niet minderwaardig was aan andere vormen, arrest Marckx, paragraaf 31.

55 ‘This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life’, arrest Marckx, paragraaf 31.

56 Arrest Marckx, paragraaf 34.

57 Deze mooie beeldspraak is afkomstig van de Gentse hoogleraar Dirk Heirbaut, zie zijn bijdrage ‘De vrouwen(on) rechtsgeschiedenis van Napoleon tot vandaag: een verhaal van voortdurende vooruitgang’, in: E. Brems en L. Stevens, *Recht en gender in België*, Brugge, 2011, 28.

dwangbuis van het huwelijk, dat de man de nodige instrumenten ter dominantie aanreikte. Om te beginnen werd de vrouw met het huwelijk juridisch monddood gemaakt, via een geïnstitutionaliseerde handelingsonbekwaamheid: ‘*husband and wife are one and the husband is that one*’.<sup>58</sup> De man bezat ook het recht op geslachtsverkeer, al dan niet met de toestemming van de vrouw, waardoor verkrachting binnen het huwelijk legaal was.<sup>59</sup> Wat de kinderen betreft, was het eveneens bijzonder eenvoudig. De kinderen geboren binnen het huwelijk waren automatisch onderworpen aan het vaderlijk gezag, waarbij zij overgeleverd waren aan diens willekeur.<sup>60</sup>

Het patriarchale type van gezin werd beschermd door het recht, wat inhield dat iedereen die erbuiten viel gediscrimineerd werd door het recht.<sup>61</sup> Een voorbeeld vormt het strafrechtelijk misdrijf van het overspel, dat – haast vanzelfsprekend – voornamelijk tegen de vrouw gericht was.<sup>62</sup> Ook de discriminatie van bastaarden was logisch vanuit deze optiek. Het minst getroffen werden de gewone bastaarden. Voor hen bestond de mogelijkheid tot regularisatie via de toetreding van zijn biologische ouders tot het instituut van het huwelijk.<sup>63</sup> Overspelige bastaarden daarentegen werden niet getolereerd. Het was eenvoudig onmogelijk voor een gehuwde man om een bastaard te erkennen die hij buiten het huwelijk verwekt had, of omgekeerd, voor een bastaard om zijn natuurlijke vader te dwingen hem te erkennen (waardoor een recht kon ontstaan op onderhoudsgeld en erfenis). De overspelige bastaard werd gewoon genegeerd door het recht.

Dit archaische, patriarchale model kwam in de twintigste eeuw langzaam maar zeker onder druk te staan door de wijzigende tijdsgeest. De rol van de vrouw werd belangrijker, wat zich bijvoorbeeld vertaalde in de wet van 1958, die de maritale macht in beginsel afschafte en de vrouw handelingsbekwaam maakte.<sup>64</sup> In mei 1968 ging de lont in het maatschappelijke kruitvat. Alle tot dan vaste waarden, zoals de Kerk en het huwelijk, werden

58 Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis*, 196.

59 Dit is ondertussen gelukkig veranderd. In België is verkrachting binnen het huwelijk strafbaar sinds 1989, zie Wet 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, *Belgisch Staatsblad*, 18 juli 1989. Het werd eerder al erkend door een uitspraak van het hof van beroep van Brussel van 21 juni 1979, zie L. Versluys, ‘Voor je scheiding is trouwen beter dan samenwonen’, in: Brems en Stevens, *Recht en gender*, 110.

60 Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis*, 209.

61 Professor Pauwels, die de grondslag legde voor het wetsontwerp Van Elslande (zie verder) was van mening dat kinderen het best in een stabiel gezin werden geboren. Op zich was hier niets fout mee. Wel moest dit ideaal op een andere manier gepropageerd worden dan door kinderen die erbuiten geboren waren te discrimineren en sanctioneren, zie J.M. Pauwels, ‘Het wetsontwerp-Van Elslande betreffende afstamming en adoptie’, *Rechtskundig Weekblad*, 1978-79, 1203.

62 De strafwet was inderdaad strenger voor vrouwen die overspel pleegden dan voor mannen die overspel pleegden. Mannen waren voor overspel slechts strafbaar als ze hun bijzit ook effectief onderhielden, terwijl die vereiste bij overspelige vrouwen niet gesteld werd. Tijdens de Franse Revolutie was de bestraffing van het overspel nochtans afgeschaft, zie Monballyu, *Geschiedenis van het familierecht*, 54.

63 Art. 331 *Code civil*: ‘*Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d’un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu’ils les reconnaîtront dans l’acte même de célébration.*’ Het wetboek sloot daarmee aan bij de praktijk van het Ancien Régime, zoals wij hierboven vermeld hebben. Het was niet mogelijk om kinderen nadien nog te erkennen, op uitdrukkelijk verzoek van Napoléon, zie E.M. Theeuwen, *Napoléons Anteil am Code civil*, Berlijn, 1991, 158-159.

64 Heirbaut, ‘De vrouwen(on)rechtsgeschiedenis’, 25-56; zie ook Monballyu, *Geschiedenis van het familierecht*, 57-59.

gecontesteerd. Het hoeft geen betoog dat in het tijdperk van de vrije liefde een grotere tolerantie ontstond ten aanzien van buitenhuwelijkse kinderen. Hun aantal steeg weliswaar niet spectaculair: in de naoorlogse periode schommelde dat tot het einde van de jaren 1970 rond de drie- à vierduizend kinderen per jaar, twee à drie procent van het totale aantal kinderen.<sup>65</sup> De explosie van het aantal natuurlijke kinderen, ten gevolge van een daling van het aantal huwelijken, een toename van het buitenhuwelijkse samenleven en een stijging van het aantal echtscheidingen, vond pas plaats in de jaren 1980, dus na de episode Marckx.<sup>66</sup> Belangrijk is echter dat de houding ten aanzien van dergelijke kinderen veranderde. Zij werden niet langer gezien als een schande waarover best gezwegen werd, maar in de eerste plaats als kinderen.

## 6 Epiloog

Zoals vaak volgde het wettelijke kader met vertraging op de maatschappelijke ontwikkelingen. Het België van de jaren 1970 was vanuit juridisch oogpunt op heel veel vlakken een ‘achterlijk’ land, met tal van verouderde wetten, die meestal nog uit de Napoleontische tijd stamden. Deze wetgeving zou waarschijnlijk ooit wel eens aangepast worden, het was alleen de vraag wanneer. In het geval van België kon dit wel een tijdje duren, leerde de ervaring. *In tempore non suspecto*, in 1972-73, pleitte bijvoorbeeld een jonge Johan Gerlo, later professor familierecht aan de Universiteit Gent, al voor de invoering van een principiële gelijkheid tussen kinderen op het vlak van hun afstamming.<sup>67</sup> In het wetsontwerp Van Elslande (1977-78) werd deze keuze geëxpliciteerd: ‘Het ontwerp beoogt in de eerste plaats rechtsgelijkheid voor alle kinderen.’<sup>68</sup> Op dat ogenblik voelde men natuurlijk de bui uit Straatsburg al hangen. Het feit dat het uiteindelijk nog tot 1987 duurde voor er een nieuwe afstammingswet kwam, toont in ieder geval duidelijk aan dat de weerstand tegen een hervorming van het recht op dat ogenblik nog erg groot was.<sup>69</sup>

Toch was er geen ontkomen aan, door het duidelijke signaal vanuit Straatsburg. Het arrest Marckx moet dan ook terecht gezien worden als een versneller van het proces waarbij de discriminatoire relicten van het oude patriarchale systeem een voor een opgeruimd werden. Alle ingrediënten voor deze explosieve cocktail waren aanwezig: een veranderde tijdsgeest, een verouderde wetgeving, een supranationaal hof met het nodige gezag om morele tikken uit te delen en, misschien wel het belangrijkste, een strijdvaardige dame, Paula Marckx.

65 Ter illustratie enkele cijfers: 5.560 kinderen of 4,26% in 1945; 3.169 of 2,12% in 1955; 3.677 of 2,36% in 1965 en 3.730 of 3,12% in 1975, G. Verschelden, *Afstamming*, Mechelen, Kluwer, 2004, 29.

66 5.126 of 4,12% in 1980, 8.067 of 7,07% in 1985, 14.373 of 11,61% in 1990 en 19.961 of 17,28% in 1995, Verschelden, 29.

67 J. Gerlo, ‘Hiërarchie der afstammings of gelijkheid van statuten’, *Rechtskundig Weekblad*, 1972-73, 1889-1914.

68 Wetsontwerp Van Elslande, Parl. St. Senaat, 1977-78, nr. 305/1, 3.

69 Wet 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *Belgisch Staatsblad*, 27 mei 1987, 8250.

## **Summary**

In the 1979 Marckx ruling, Belgium was condemned by the European Court for Human Rights because of its discriminatory legislation on illegitimate children. The article discusses the historical, legal and personal context of this famous ruling.

## **Keywords**

Illegitimate children, Marckx, human rights, discrimination.

# ÜBER DIE METHODE

BIJ DE VERSCHIJNING VAN EEN INTELLECTUELE BIOGRAFIE VAN HENK HOETINK  
(1900-1963)

## I Geschiedtheorie en rechtsgeschiedenis

Op 15 oktober 1874 hield de ordinarius voor Romeinse geschiedenis aan de Berlijnse Friedrich-Wilhelms-Universität Theodor Mommsen (1817-1903), bij de aanvaarding van het rectoraat, een rede waarin hij onder meer inging op de studie van de geschiedenis.<sup>1</sup> ‘Die Geschichtskunde’, aldus Mommsen, ‘gehört zu den Gebieten der Wissenschaft, die nicht unmittelbar durch Lehren und Lernen erworben werden können’. Het historisch onderzoek onderscheidt zich in die zin van andere disciplines, aldus de redenaar, dat zij niet in staat is zichzelf theoretisch te ontwikkelen. Kennis van de taal en kennis van het recht vormen de grondslagen van het historisch begrip, niet de theorie. De geschiedschrijver, zo stelt Mommsen, is wellicht eerder te beschouwen als een kunstenaar dan als een geleerde. Van de historicus kan men met meer recht dan van de filoloog of de wiskundige zeggen ‘... daß er nicht gebildet wird, sondern geboren, nicht erzogen wird, sondern sich erzieht’. In zijn eenvoudige opvatting van het werk van de historicus was Mommsen een kind van zijn tijd. Had de grondlegger van de wetenschappelijke studie van de geschiedenis en tijdgenoot Leopold von Ranke (1795-1886) immers de historicus niet simpelweg getypeerd als degene die vertelt hoe het eigenlijk is geweest?<sup>2</sup>

Negentiende-eeuws is deze naïef-realistische benadering van de geschiedschrijving zeker. Maar nog steeds actueel! In een discussiebijdrage over de historische methode in het *Journal of Contemporary History* van 1996 schrijft de Australische historicus Christopher Lloyd: ‘It seems to me that many historians are by instinctive inclination hostile to philosophical and methodological criticism of their work, often wishing to rely instead on “common sense”’. Hij vervolgt met een uitspraak die lijkt ontleend te zijn aan Mommsen: ‘Orthodox historians are mostly born rather than made and have a natural tendency to privilege sensory perception over intellectuality’. Deze orthodoxe historici, aldus Lloyd, zijn blind voor de fundamentele maar niet nader onderzochte rol van filosofische en methodologische aannames die verweven zijn in hun werk.<sup>3</sup>

1 Th. Mommsen, ‘Rede bei Antritt des Rektorates 15. Oktober 1874’, in: Idem, *Reden und Aufsätze*, Berlin, 1905, 3-16, in het bijzonder 10-11 (geraadpleegd is de fotografische herdruk Hildesheim en New York, 1976). Vgl. daarnaast S. Rebenich, *Theodor Mommsen. Eine Biographie*, München, 2002, 128-129.

2 ‘Man hat der Historie das Amt, die Vergangenheit zu richten, die Mitwelt zum Nutzen zukünftiger Jahre zu belehren, beigemessen: so hoher Aemter unterwindet sich gegenwärtiger Versuch nicht: er will bloss sagen wie es eigentlich gewesen’. Deze passage is afkomstig uit de voorrede van Rankes eerste boek *Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1535*, dl. 1, 1824. Het citaat heb ik overgenomen uit E.H. Kossmann, ‘Een kennismaking met Ranke (1795-1886)’, in: Idem (red.), *Vergankelijkheid en continuïteit. Opstellen over geschiedenis*, Amsterdam, 1995, 160-191, in het bijzonder 172.

3 Chr. Lloyd, ‘For realism and against the inadequacies of common sense. A response to Arthur Marwick’, *Journal of con-*



Geldt de uitspraak van Lloyd ook de beoefenaren van de rechtsgeschiedenis? Brengt de schatplicht die iedere rechtshistoricus voelt jegens Mommsen met zich dat hij de theorie links laat liggen? Ontmoet men bij rechtshistorici ook een welhaast aangeboren vijandigheid jegens vraagstukken van methode? Ik vermoed dat iedereen die de beoefening van de rechtshistorische discipline na de Tweede Wereldoorlog enigszins kan overzien, deze vraag negatief zal beantwoorden. Niet dat binnen de rechtshistorische wetenschap de theorie van de geschiedenis veel expliciete aandacht krijgt of dat rechtshistorische proefschriften of artikelen standaard een doorwrochte verantwoording bevatten van de toegepaste historische methode en van de geschiedtheoretische (on)mogelijkheden van het bestudeerde bronnenmateriaal.<sup>4</sup> Nee, het methodebewustzijn in de rechtsgeschiedenis komt niet zozeer voort uit een gezochte belangstelling voor de geschiedtheorie als wel uit haar hybride karakter: zij is immers tegelijk rechtsgeleerdheid én geschiedwetenschap. De systematische en terminologische continuïteit van de Europese rechtsontwikkeling heeft de historicus van het recht opgezadeld met het in letterlijke zin eigenaardige probleem van het begripsgebruik. Deze continuïteit heeft ervoor gezorgd dat het geldend recht veel termen kent die al eeuwenlang behoren tot het vocabulaire van juristen. Kan de rechtshistoricus deze woorden wel gebruiken om het rechtsverleden voor de moderne lezer te beschrijven zonder daarvan een verkeerde voorstelling te geven?<sup>5</sup> Zowel spontane rechtsontwikkeling als (bewuste) breuken in de rechtsgeschiedenis hebben juridische begrippen in de loop der eeuwen een andere betekenis gegeven, waardoor het verschillende begrippen zijn geworden. Een rechtshistoricus die onder meer voor dit geschiedtheoretische probleem nadrukkelijk de aandacht heeft gevraagd, was H.R. Hoetink, van 1934 tot 1960 *ordinarius* voor Romeins recht aan de Universiteit van Amsterdam.<sup>6</sup> Van hem is onlangs een biografie verschenen, geschreven door de Rotterdamse emeritus-hoogleraar 'Theorie en methoden van de maatschappijgeschiedenis' P.B.M. (Piet) Blaas.<sup>7</sup>

temporary history, 1996, 191-207, in het bijzonder 192. Lloyd verwijst niet naar Mommsen. Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat deze postmoderne Australische economisch historicus vertrouwd is met het werk van Mommsen. Voor de context van Lloyds discussiebijdrage, zie R.J. Evans, *In defence of history*, Londen, 2000, 1-14. Kossmann, 'Een kennismaking met Ranke', 191, benadert de verhouding van de geschiedschrijving tot de theorievorming wat genuanceerder wanneer hij wijst op de 'onzelfstandigheid' van de historische discipline. 'Zij ontwikkelt zich slechts voor een deel uit eigen impulsen. Vaak dankt zij vernieuwingen, zowel in de gebruikte methoden als in de interpretatie en waardering van de gebeurtenissen, aan externe invloeden.'

4 Rechtshistorici grijpen oraties overigens wel dikwijls aan voor de bespreking van vraagstukken van methode. Ik noem er hier slechts twee: L.C. Winkel, *Themis en Clio, bondgenoten of vijanden? Een beschouwing over waarheid in recht en geschiedenis*, oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, Deventer, 1994 en Th. Veen, *Met dank aan Du Perron. Over terminologie, begripsvorming en het vermijden van anachronistische redeneringen in het rechtshistorisch bedrijf*, oratie Universiteit van Amsterdam, Zwolle, 1996. Daarnaast is er natuurlijk de hierna te bespreken oratie van Hoetink uit 1929.

5 Onlangs is deze problematiek nog een keer aangesneden in dit tijdschrift door M.W.J. de Bruijn, 'De middeleeuwen kenden geen eigendom. Het gebruik van anachronistische begrippen voor de rechten op onroerend goed', *Pro Memoria*, 2011, 68-79.

6 Aanvankelijk viel onder de leeropdracht van Hoetink ook de burgerlijke rechtsvordering. In 1945 verdween dit vak uit zijn leeropdracht en werd de geschiedenis van het recht eraan toegevoegd.

7 P.B.M. Blaas, *Henk Hoetink (1900-1963), een intellectuele biografie. Recht en geschiedenis*, Hilversum 2010.

## 2 Een intellectuele biografie

In vergelijking met de Angelsaksische geschiedschrijving was de (auto)biografie hier te lande tot voor kort geen veel beoefend genre. De laatste decennia lijkt er echter een stijgende lijn in het aantal verschenen biografieën waarneembaar. Het gebeurt niettemin zelden dat er van een Nederlandse rechtshistoricus een biografie verschijnt. Behalve de biografie van H.J. Scheltema door E.W.A. Henssen kan ik geen voorbeeld noemen.<sup>8</sup> Natuurlijk zijn er in verschillende bundels levensschetsen van rechtshistorici verschenen en is er in dit tijdschrift veel aandacht voor leven en werk van rechtshistorici, maar de publicatie van een heuse biografie is uitzonderlijk. Wat deze biografie nog meer bijzonder maakt, is dat zij niet is geschreven door een rechtshistoricus of jurist, wat men zou verwachten bij de romanist Hoetink, maar door een beoefenaar van de theoretische geschiedenis. De auteur, in 1974 bij de Amsterdamse hoogleraar ‘Nieuwe geschiedenis’ Maarten Brands gepromoveerd op een historiografisch onderwerp,<sup>9</sup> heeft zich dit terdege gerealiseerd, zoals blijkt uit de openingszin van het Woord vooraf: ‘Het kan misschien enige bevreemding wekken dat een niet-jurist zich waagt aan een biografie over een rechtsgeleerde uit de eerste helft van de vorige eeuw’.<sup>10</sup> Wat heeft Blaas ertoe gebracht zich te verdiepen in leven en werk van Hoetink? In het Woord vooraf maakt Blaas dit eigenlijk pas in tweede instantie duidelijk. Nadat hij heeft gewezen op Hoetinks wetenschappelijke veelzijdigheid en zijn actieve stellingname bij politiek-maatschappelijke vraagstukken (‘een intellectueel in de oorspronkelijke en ruime betekenis van het woord’), komt hij te spreken over Hoetinks geschiedtheoretisch werk, dat voor hem, Blaas, bij de voorbereiding van zijn dissertatie een belangrijke leidraad was. Sindsdien heeft Hoetinks werk hem niet meer losgelaten, hetgeen uiteindelijk heeft geresulteerd in deze boeiende biografie. Een ‘intellectuele’ biografie, waarmee Blaas aangeeft dat in de levensbeschrijving het werk en niet de mens centraal staat.

Overziet men het werk van Hoetink, dan is daarin een sterke continuïteit aanwijsbaar. Al op het Stedelijk Gymnasium in Den Haag (1912-1919 – het eerste jaar deed hij over) liet Hoetink zich kennen als een leerling met een brede intellectuele belangstelling, die de grenzen van het curriculum ver overschreed. In het schoolblad *Spectemur Agendo*, waarvan hij in zijn laatste schooljaar redacteur was, schreef hij enkele bijdragen over ‘het begrip Renaissance’ waarin hij naar voren bracht dat historische feiten niet voor zich spreken. Het is de historicus die in zijn reconstructie van het verleden een betekenis geeft aan die feiten. Vijfentwintig jaar later zou hij dit onderwerp nog eens oppakken in het artikel ‘Het begrip feit in geschiedenis en rechtswetenschap’, dat verscheen in een *liber amicorum* voor de Amsterdamse historicus Jan Romein (1893-1962).<sup>11</sup> Dit opstel ‘behoort tot het beste wat Hoetink op dit

8 E.W.A. Henssen, *Langs zelfgekozen paden. Het leven van H.J. Scheltema*, N.E.M. Pareau & Mr. J.Jer. van Nes, Amsterdam, 1992.

9 *Continuity and anachronism: parliamentary and constitutional development in Whig historiography and in the anti-Whig reaction between 1890 and 1930*. International archives of the history of ideas, dl. 91, Den Haag, 1978.

10 Blaas, Henk Hoetink, 7.

11 H.J. Pos e.a. (red.), *Weerklank op het werk van Jan Romein. Liber amicorum*, Amsterdam, 1953, 55-63, herdrukt in: J.A. Ankum, H.J.N. Boskamp en J.L.P. Cahen (red.), *H.R. Hoetink, Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen, 1982, 297-306.

terrein geschreven heeft', aldus Blaas. Romein was indertijd niet minder enthousiast toen hij Hoetink schreef: 'Mijns inziens behoort je meesterlijk stuk tot de allerbeste uit de bundel'.<sup>12</sup> Deze continuïteit in belangstelling, het weer oppakken en het verder doordenken van problemen die eerder besproken waren, kenmerkt het oeuvre van Hoetink.

### 3 Academia: Hoetinks proefschrift als geloofsbrief

In het najaar van 1919 schreef Hoetink zich in voor een rechtenstudie in Leiden. In juni 1920 deed hij zijn kandidaatsexamen en op 2 juli 1923 behaalde hij zijn doctoraal diploma. Ook de student Hoetink legde een brede intellectuele belangstelling aan de dag, maar de constante factoren daarin waren steeds de geschiedenis en verschillende, al dan niet daarmee samenhangende, kennistheoretische vraagstukken. De rechtenstudie in Leiden bood hem volop mogelijkheden zijn zin voor de geschiedenis verder te ontwikkelen en te verdiepen. De rechtswetenschap was in die dagen nog een historisch-dogmatische discipline, waarin het Romeinse recht en het oud vaderlands recht (sinds 1921 een verplicht onderdeel van de studie) de belangrijkste plaatsen innamen. Hoetink bevond zich onder het gehoor van E.M. Meijers (1880-1954), A.S. de Blécourt (1873-1940) en A.H.M.J. van Kan (1877-1944), de oprichters in 1918 van het *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*. Meijers en Van Kan beschouwde Hoetink als zijn belangrijkste leermeesters uit die dagen. Tijdens zijn studie had Hoetink met negen andere studenten Meijers geassisteerd bij een publicatie over de eerste rechtsgeleerden aan de universiteit van Napels.<sup>13</sup> De studie werd in 1924 bij gelegenheid van de viering van het zevenhonderdjarig bestaan van de universiteit van Napels door de Nederlandse delegatie aan de Italiaanse koning aangeboden. Hoetink maakte van deze delegatie deel uit.

Al tijdens zijn studie was Hoetink repetitor geworden voor Romeins recht. Later kwamen daar ook nog burgerlijk recht en handelsrecht bij. Uit dit onderwijs stamden de door hem samengestelde arrestenbundels die veel aftrek vonden. Zijn hele leven heeft hij de uitgave daarvan verzorgd en na zijn overlijden is dit werk door anderen voortgezet. In oktober 1924 trad Hoetink in dienst bij de Nederlandse Spoorwegen (NS) waar hij uiteindelijk als inspecteur tweede klasse onder meer was belast met spoorwegtarieven en reizigersklachten. In diezelfde tijd begon hij te werken aan zijn proefschrift. Als promotor had hij de Utrechtse hoogleraar in het Romeinse recht en zijn geschiedenis J.C. Naber (1858-1950) aangezocht. Waarom Hoetink de wat zonderlinge Naber voor de begeleiding van zijn meesterproef had benaderd, wordt uit de biografie niet helemaal duidelijk. Blaas suggereert een verband met Hoetinks verhuizing naar Utrecht wegens zijn werk aldaar bij de NS. Toen Naber eerder dan was voorzien in de zomer van 1927 als hoogleraar aftrad, wendde

<sup>12</sup> Blaas, Henk Hoetink, 153.

<sup>13</sup> *Iuris interpretes saec. XIII. Curantibus scholaribus Leidensibus duce E.M. Meijers, Napels, 1924.*

Hoetink zich tot de Leidse hoogleraar in het Romeinse recht J.C. van Oven (1881-1963), bij wie hij op 9 maart 1928 *cum laude* promoveerde.

Met zijn proefschrift *Periculum est emptoris* (Het risico is voor de koper) – het onderwerp zou, aldus Blaas, door Naber zijn gesuggereerd - gaf Hoetink als het ware zijn wetenschappelijke geloofsbrief af. Het is een wetenschappelijke verhandeling over de historische methode, meer in het bijzonder over de bronnenkritiek. Het is niet een proefschrift dat pretendeert een bijdrage te zijn aan de kennis van het materiële Romeinse recht. Hoetink was zich daar blijkens de laatste regels van de inleiding terdege van bewust. ‘Mijn studie’, zo lezen we daar, draagt niet in de eerste plaats bij ‘tot vermeerdering van de positieve kennis omtrent den Romeinschen koop. Zij is daarop ook niet gericht geweest’.<sup>14</sup> Het lijkt onaanneemelijk dat hij zich hiervan bewust was, maar met deze regels formuleerde Hoetink het programma van zijn wetenschapsbeoefening voor de decennia die zouden volgen. De historische methode behield zijn grote en voortdurende belangstelling. De manier waarop men als historicus tot wetenschappelijk houdbare resultaten komt, boeide hem meer dan het historisch onderzoek zelf. Hoetinks belangstelling voor wetenschapstheoretische vraagstukken was in de jaren dat hij aan zijn proefschrift werkte sterk gestimuleerd door enkele bezoeken aan Hermann Kantorowicz (1877-1940) in Freiburg im Breisgau. In deze voorman van de *Freirechtswegung* trof Hoetink een vruchtbaar gesprekspartner voor rechtsmethodologische en -filosofische vraagstukken. Onder de Nederlandse rechtsgeleerden bestond hiervoor in die dagen nog weinig belangstelling. Het hoofdwerk van de Amsterdamse hoogleraar Paul Scholten (1875-1946), het *Algemeen Deel* van het Asser-commentaar (1931), zou hierin verandering brengen.

In de jaren dat Hoetink aan zijn proefschrift werkte, werd de Romeinsrechtelijke wetenschapsbeoefening beheerst door de interpolatiekritiek. Zoals bekend, waren er bij de totstandbrenging van de Justiniaanse wetboeken (528-534) door de juristen die met die taak waren belast, veranderingen aangebracht in de teksten – in het bijzonder in die van de klassieke Romeinse juristen – die in die codificatie werden opgenomen. Die tekstwijzigingen werden interpolaties genoemd. Sinds de zestiende eeuw was het opsporen van deze interpolaties, de zogenaamde interpolatiekritiek, vast onderdeel van de historische benadering van het *Corpus iuris civilis*. Nadat rond 1900 het Romeinse recht in Duitsland zijn positie als geldend recht was kwijtgeraakt, kwam de studie van het Romeinse recht in een wat ongebreidelde neo-humanistische fase terecht. Vele fragmenten in het *Corpus iuris*, hele leerstukken van het Romeinse recht, werden voor niet-klassiek gehouden en voor interpolaties aangezien. Zo had de Duitse romanist Franz Haymann in 1920 de stelling verdedigd dat de Romeinsrechtelijke regel dat de koper het verlies draagt van het tenietgaan van de gekochte maar nog niet geleverde zaak (*periculum est emptoris*) niet klassiek was. In zijn proefschrift wist Hoetink deze stelling overtuigend te weerleggen met een argumenta-

<sup>14</sup> *Periculum est emptoris*. Beschouwingen over de gegrondheid van den aanval op de classiciteit van dezen Romeinsch-rechtelijken regel, Haarlem, 1928, p. xv.

tie die zijn talent voor zuiver historische methode fraai illustreerde. Hoetink was hiermee de romanistiek van die dagen ver vooruit. Bij de presentatie van Hoetinks biografie op 10 december 2010 in Amsterdam memoreerde Hans Ankum dat de Duitse romanist Max Kaser (1906-1997) in 1967 op het congres van de *Società italiana di storia del diritto* in Venetië kritiek had geventileerd op de ongeremde zoektocht naar interpolaties.<sup>15</sup> Na afloop, aldus Ankum, moesten Robert Feenstra en hij tegenover elkaar vaststellen dat Hoetink een gelijklopende kritiek al in 1928 in zijn proefschrift onder woorden had gebracht.

#### 4 De Indische oratie: tussen zuiverheid en pragmatisme

Anderhalf jaar na zijn promotie werd Hoetink benoemd tot hoogleraar aan de in 1924 opgerichte Rechtshogeschool van Batavia (16 november 1929). Hij volgde daar zijn Leidse leermeester Van Kan op, die hem vermoedelijk ook als zijn opvolger had aanbevolen. Zijn leeropdracht bestond in hoofdzaak uit het Nederlands-Indisch privaatrecht. In de avond van 20 december 1929, drie weken na zijn aankomst in Indië, sprak Hoetink zijn oratie uit: *Over het verstaan van vreemd recht*.<sup>16</sup>

Hoewel de titel, gelet op de leeropdracht, de suggestie wekt dat Hoetink vooral ingaat op vragen die de studie van het Indisch recht (het adatrecht) oproept – een min of meer rechtsantropologische verhandeling dus –, bestaat de kern uit een beschouwing over de methodologie van de Europese rechtsgeschiedenis. Voor een rede met die inhoud lijkt de titel minder gelukkig gekozen. Kan men immers het Romeinse recht, het canonieke recht en het inheemse recht van Germaanse oorsprong, de drie belangrijkste historische bronnen waaruit het Europese recht zich heeft ontwikkeld, wel beschouwen als vreemd recht? Aan het slot van zijn rede ontkent Hoetink dit impliciet, wanneer hij zegt dat het verstaan van vreemd recht, nu in de zuivere zin van adatrecht, voor ons bijna onmogelijk is omdat men zich niet of nauwelijks los kan maken van ‘de juridische denkwijze, die ons door het Romeinse recht is ingeprent’.<sup>17</sup> Het is opmerkelijk dat Hoetink zich in 1929 bij de keuze van de titel van zijn oratie niet of onvoldoende lijkt te hebben gerealiseerd dat de Europese rechtsgeschiedenis, in ieder geval de fundamentele onderdelen daarvan, niet over vreemd recht gaat. Het is opmerkelijk omdat juist in zijn methodologische beschouwing over deze discipline de innige verwevenheid tussen heden en verleden in het recht een cruciale rol speelt.

In zijn rede stelt Hoetink twee rechtshistorische methodes tegenover elkaar. De zuiver historische tegenover de pragmatisch-teleologische. De laatste methode zou Hoetink

<sup>15</sup> ‘Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)’, in: *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, 291-370. Kaser heeft de lezing uitgewerkt in zijn boek *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wenen, 1972. Met dank aan Laurens Winkel voor de literatuurverwijzing.

<sup>16</sup> De rede is herdrukt in Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*, 21-61.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 49.

twee decennia later, in zijn rectoraatsrede van 1949, kortweg aanduiden als ‘historische interpretatie’. De zuiver historische methode, aldus Hoetink, benadert het rechtsverleden omwille van zichzelf. Wetenschappelijke belangstelling is de drijfveer. In die benadering heeft het verleden een absolute, zelfstandige waarde; iedere historische periode is uniek (hierin herkennen we elementen van het historisme). De geschiedenis van het recht dient in die benadering te worden beschreven in de context van de tijd.<sup>18</sup> Historici die deze vorm van integrale geschiedschrijving hebben groot gemaakt, aldus Hoetink, zijn Leopold von Ranke en Theodor Mommsen. Deze methode gebiedt dat de rechtshistoricus in zijn beschrijving van het oude recht de termen en begrippen hanteert die in de door hem beschreven periode werden gebruikt. Kennis van het geldende recht kan de historicus helpen bij zijn onderzoek van het oude recht. Ja, dikwijls kan hij er niet aan ontkomen om in zijn beschrijving van dit recht moderne terminologie te gebruiken om zich verstaanbaar te maken voor zijn publiek.<sup>19</sup> Hij zal dit publiek dan wel duidelijk moeten maken dat hij hier een (heuristisch) hulpmiddel gebruikt om zijn bevindingen over te brengen.

Deze zuiver historische methode veronderstelt bij de historicus een objectieve positie, een belangeloze benadering. Welnu, dat kan niet, aldus Hoetink, daarmee vraagt tevens plaatsend bij de houdbaarheid van de zuiver historische methode. De geschiedschrijver denkt en werkt immers altijd vanuit een belang en dit belang is niet anders dan het heden. Indien het belang van de rechtshistoricus de juiste toepassing van het geldende recht is, dan moeten we een andere historische methode hanteren dan de zuiver historische. Die andere, tweede methode, de pragmatisch-teleologische, stelt de beoefening van de rechtsgeschiedenis in dienst van het geldende recht. De actuele behoeftes aan rechtsvorming en rechtsbeoefening bepalen de vraagstelling. Rechtshistorisch onderzoek wordt dan verricht vanuit een hedendaags perspectief en de rechtshistoricus gebruikt daarbij moderne dogmatische inzichten en actuele begrippen. Bezien vanuit de optiek van de zuiver historische methode levert dit weliswaar historische vertekeningen op, maar het rechtsverleden wordt hierdoor wel praktisch bruikbaar in de vorming en toepassing van het geldende recht. In dit verband introduceerde Hoetink het gelukkige begrip ‘productief misverstaan’. De uitdrukking *produktives Missverstehen* had hij aange troffen in het werk van de theoloog en kerkhistoricus Erich Seeberg (1888-1945). Productief misverstaan is bij Hoetink het interpreteren van een tekst met het oog op bepaalde behoeftes of een bepaald doel, zonder acht te slaan op de context waarbinnen hij tot stand is gekomen, waardoor deze tekst in een argumentatie vruchtbaar wordt. Als voorbeeld van deze wijze van argumenteren verwijst Hoetink naar de werkwijze van middeleeuwse geleerde juristen. Dit productief misverstaan is hét kenmerk van de pragmatisch-teleologische benadering van de rechtsgeschiedenis. Aangezien iedere vorm van

18 Vgl. Kossmann, ‘Een kennismaking met Ranke’, 184-185.

19 Vgl. *ibidem*, 188: ‘Ook de geraffineerdste historicus kan zich alleen al daarom niet van zijn eigen ervaringswereld losmaken omdat hij zijn verhaal moet verwoorden in termen en begrippen die voor zijn lezers, of toehoorders ... toegankelijk zijn’.



geschiedschrijving een inleiding is tot het heden, zo Hoetink, kan de rechtsgeschiedenis niet anders zijn dan een inleiding ‘tot de rechtsdogmatiek van het heden en de rechtspolitiek der toekomst’.<sup>20</sup> Dit inzicht brengt hem tot de overtuiging dat de rechtsgeschiedenis een onderdeel is van de rechtswetenschappen en niet thuishoort bij de geesteswetenschappen.

Hoewel Hoetink uitdrukkelijk stelt dat geen van beide rechtshistorische methodes het alleenrecht heeft (‘beide methoden hebben hun recht van bestaan’<sup>21</sup>), is volkomen duidelijk dat voor hem in 1929 de pragmatisch-teleologische methode veruit de voorkeur geniet. Voor Hoetink als man van de historische methode was echter ook direct duidelijk voor welke begripsmatige problemen deze methode de rechtshistoricus plaatst. Het probleem van de begripsvorming loopt als een rode draad door de oratie. Hoe ordent de rechtshistoricus de rechtshistorische feiten? Met begrippen uit de eigen tijd of uit de tijd die het voorwerp is van studie? De keuze, aldus Hoetink, wordt bepaald door het doel dat de onderzoeker zich stelt. Een begrip is op zichzelf nooit juist of onjuist, het is alleen meer of minder doelmatig. Scherp verzet hij zich tegen diegenen die geloven dat er juiste of onjuiste begrippen bestaan. Deze praktische en genuanceerde benadering maakt dat Hoetink zich niet verzet tegen het gebruik van moderne begrippen in de pragmatisch-teleologische methode. Hij erkent dat er daardoor historische vertekeningen optreden, maar dit bezwaar weegt niet op tegen de resultaten die dit oplevert voor de ontwikkeling van het geldend recht. Voor de beoefenaar van de zuiver historische methode is dit uit den boze, maar deze stelt zich ook een ander doel voor ogen.

De problematiek van de begripsvorming zou Hoetink de rest van zijn leven bezig houden en het onderwerp nogmaals grondig bespreken in zijn rectoraatsrede van 1949. Blaas schrijft dat Hoetink zijn leven lang een overtuigd historicist is gebleven en dat dit historisme ook zijn rechtsfilosofie heeft bepaald.<sup>22</sup> Dit mag zo zijn waar het Hoetinks waardering van historische én van actuele maatschappelijke ontwikkelingen betreft, in de rechtshistorische methode van zijn voorkeur is dat historisme niet herkenbaar. Immers, wanneer men het recht uit het verleden ordent en beschrijft met een systeem en met begrippen die de moderne jurist weliswaar vertrouwd zijn, maar die in de beschreven periode misschien formeel wel werden gebruikt maar materieel een andere inhoud hadden, dan kan van historisme in eigenlijke zin nauwelijks sprake zijn. Hoetink had een nuchtere en praktische kijk op de zaken die hem bezighielden. Hij moet zich al snel hebben gerealiseerd dat het historisme de rechtsgeschiedenis als juridische discipline weinig te bieden had. De consequentie daarvan zou hij pas in 1949 verwoorden.

Hoetink had weinig met Indië. Hij koesterde ‘een grondige afkeer van het heele land en de sfeer’.<sup>23</sup> Zijn werk leed daar echter niet onder. De vijf jaar in Indië waren de produc-

20 Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*, 36.

21 *Ibidem*, 37.

22 Blaas, *Henk Hoetink*, 51.

23 Hoetinks woorden geciteerd *ibidem*, 47.

tiefste van zijn leven, aldus Blaas. Interessant en niet zonder actueel belang nu diens werk weer volop voorwerp is van studie, is Hoetinks reactie op het werk van Paul Scholten uit die jaren, in het bijzonder diens theses over de rechtsvinding door de rechter.<sup>24</sup> Hoetink had duidelijk moeite met de stelling van Scholten dat iedere rechterlijke beslissing uiteindelijk een gewetensbeslissing is en daardoor in hoge mate subjectief. De realist en rechtspositivist Hoetink had hier geen vrede mee, beducht als hij was voor willekeur. Was het rechterlijk oordeel toch niet in zoverre objectief dat de normen van de rechter uiteindelijk waren gevormd door de (rechts)gemeenschap? En bracht de hoofdtaak van de rechter, de handhaving van de maatschappelijke orde, niet met zich dat hij zijn beslissing toch ook aan die opdracht diende te toetsen? Evenals in zijn uiteenzetting over de rechtshistorische methode laat Hoetink zich hier kennen als een geleerde die de doelmatigheid, in dit geval dan van het recht en de rechtspraak, vooropstelt.

## 5 De Amsterdamse oratie: te ambitieus?

Op 30 december 1933 werd Hoetink de leerstoel Romeins recht aan de Gemeentelijke Universiteit van Amsterdam aangeboden als opvolger van I.H. Hijmans (1869-1937). Voor Hoetink kwam dit als een volslagen verrassing. Hij kende niemand in Amsterdam. Blaas veronderstelt dat het initiatief daartoe van Paul Scholten is uitgegaan. Scholten kende Hoetink door de correspondentie die beiden hadden gevoerd na het verschijnen van zijn *Algemeen deel* (1931). Op 28 januari 1935 oreerde Hoetink in de toenmalige aula van de Universiteit van Amsterdam (Oudemanshuispoort) over *De achtergrond van het Romeinse recht*. Het was niet de sterkste rede uit zijn carrière. Het is een verhandeling over de vraag welke disciplines en hulpwetenschappen de romanist idealiter moet inroepen om tot een volwaardig historisch-wetenschappelijke studie van het Romeinse recht te komen, uitmondend in een afweging van de (on)mogelijkheden van een alles omvattende antieke rechtsgeschiedenis. Hoetink schetst het onhaalbare ideaal van een integrale geschiedschrijving waarin het antieke Romeinse recht een plaats krijgt te midden van alle religieuze, sociaal-economische en culturele factoren die op de vorming van het recht hebben ingewerkt.<sup>25</sup> Terugkijkend vanuit het begin van de eenentwintigste eeuw maakt deze *tour d'horizon* een wat naïef-idealistische indruk; opmerkelijk bij een wetenschapsbeoefenaar die zich in zijn verdere werk laat kennen als methodisch scherp en realistisch.

Hoetink is op die middag in januari niet in topvorm. Wanneer hij in het laatste deel van zijn rede overschakelt naar het door hem geliefde terrein van de historische methode vergast hij zijn toehoorders op een uiteenzetting over continuïteit, waarover Blaas met enige

<sup>24</sup> Zie 'Rechtsregel en rechtsbeslissing', herdrukt in: Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*, 62-96 en 'Het standpunt van de rechter', *Themis*, 1935, 134-159.

<sup>25</sup> Laurens Winkel heeft in zijn oratie ook nog eens gewezen op de onhaalbaarheid van een integrale geschiedschrijving, zie Winkel, *Themis en Clio*, 30.

spijt moet vaststellen dat zij ‘moeilijk’, ‘raadselachtig’ en ‘niet helder’ is.<sup>26</sup> Hoetink was zich ervan bewust dat hij veel overhoop had gehaald: ‘Hebt gij u, zo zult ge vragen, niet schuldig gemaakt aan een verwarring van zeer uiteenlopende zaken?’, zo houdt hij zijn gehoor aan het eind van zijn rede voor.<sup>27</sup> Het heeft er alle schijn van dat de ambitie van de net benoemde hoogleraar om de beoefening van het Romeinse recht van een dogmatisch beoefende wetenschap naar een meer historisch-dogmatisch plan te verheffen de nuchterheid, die Hoetink anders zo eigen was, wat had verdrongen. Toch is Hoetinks rede niet zonder aansprekende observaties, bijvoorbeeld daar waar hij erop wijst dat men geen onderscheid kan maken tussen het Romeinse recht als historisch fenomeen en de studie ervan. Onze kennis van het verleden, ook het rechtsverleden, is gevangen in het beeld dat de historicus ervan schetst. Het is onmogelijk het antieke Romeinse recht te leren kennen zoals het aan het begin van onze jaartelling werd toegepast en zich verder ontwikkelde. Wij weten slechts wat de romanist ons doet kennen. Hoetink neemt hier afstand van het naïef realisme dat de geschiedschrijver zag als iemand die vertelt hoe het eigenlijk geweest is. Gaan we op Hoetinks woorden af, dan was in de jaren dertig deze benadering van het verleden onder rechtshistorici kennelijk nog gemeengoed. Hoetink concludeert dat men eigenlijk geen scheiding kan aanbrengen ‘tussen de geschiedenis als het gebeurde en de geschiedenis als wetenschap’ en ‘daarom scheidt iedere tijd van het Romeinse recht zijn eigen beeld’.<sup>28</sup> Deze observatie van Hoetink is vanuit een historiografisch oogpunt interessant. Zij laat ons namelijk zien hoeveel werk er sinds de Tweede Wereldoorlog is verzet in de rechtshistorische discipline. Sinds Koschaker in 1947 zijn vermaarde *Europa und das Römische recht* publiceerde en in zijn geest het Romeinse recht en zijn geschiedenis is bestudeerd door grote rechtshistorici als Franz Wieacker (1908-1994), Helmut Coing (1912-2000) en Robert Feenstra is iedere rechtshistoricus zich er ten diepste van bewust hoe tijdgebonden iedere interpretatie van het Romeinse recht is. In dat opzicht heeft de rechtsgeschiedenis in de halve eeuw die achter ons ligt een geweldige sprong gemaakt. Wanneer Blaas dan ook naar aanleiding van Hoetinks stelling over de tijdsbepaaldheid van onze kennis van het Romeinse recht opmerkt ‘Ik heb het weinig rechtshistorici hem na horen zeggen’, ver-raadt dit Blaas’ onbekendheid met de rechtshistorische literatuur.<sup>29</sup> Het is overigens een van de weinige *faux pas* van deze biograaf van Hoetink. Voor een niet-rechtshistoricus is dit een knappe prestatie.

26 Blaas, Henk Hoetink, 68.

27 ‘De achtergrond van het Romeinse recht’, herdrukt in: Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*, 115-152, in het bijzonder 144.

28 *Ibidem*, 146.

29 Blaas, Henk Hoetink, 70.

## 6 De oorlogsjaren

Hoetink voelde zich in Amsterdam snel thuis. Het hoogleraarsambt in de hoofdstad omschreef hij als ‘een der aangenaamste betrekkingen die men in het vaderland bekleeden kan’.<sup>30</sup> De politieke ontwikkelingen in Duitsland en in Nederland in die jaren lieten hem niet onberoerd. Voor het in 1936 opgerichte Comité van waakzaamheid van anti-nationaal-socialistische intellectuelen, dat zich keerde tegen de nazificatie van de Duitse universiteiten, wierf hij leden en sympathisanten. Bij verschillende gelegenheden nam Hoetink publiekelijk stelling tegen de verkrachting van de rechtsstaat en van de waarden van de vrije wetenschapsbeoefening in nazi-Duitsland. Overigens richtte hij daarbij zijn pijlen ook op de vergelijkbare toestanden in Stalins Sovjet-Unie. De oorlogsjaren hebben Hoetink diep



Henk Hoetink (1900-1963). Foto: Bijzondere Collecties, Universiteit van Amsterdam, inv.nr. 131.362

geraakt. Op 20 februari 1942 werd hij tegelijkertijd met mevrouw Hazewinkel-Suringa (1889-1970) en Paul Scholten ontslagen uit zijn hoogleraarsambt. Verschillende (joodse) collega's waren al eerder uit hun ambt gezet. Op 30 januari 1942 werd Hoetink samen met nog tachtig Amsterdammers (waaronder ook Jan Romein) door de bezetter bij wijze van represaille opgepakt en als straf-gijzelaar afgevoerd naar kamp Amersfoort. Op de verjaardag van de Führer, 20 april, werden ze weer vrijgelaten. Uit angst voor een nieuwe arrestatie leidde Hoetink van juli 1942 tot april 1943 een zwervend bestaan tussen verschillende onderduikadressen. Zijn zuster Dien, werkzaam op het Rijksbureau voor Voedselvoorziening in Oorlogstijd, werd op 3 augustus 1944 door de bezetter opgepakt. Zij stierf door ziekte en uitputting op 16 februari 1945 in Ravensbrück. Over hetgeen hem in de oorlogsjaren was overkomen liet Hoetink zich na 1945 zelden of nooit uit.

## 7 De rectoraatsrede: het probleem der objectiviteit

Na de oorlog pakte Hoetink de draad weer snel op. Op 13 augustus 1945 kon de Universiteit van Amsterdam haar deuren weer openen. Hoetink werd voorzitter van de juridische faculteit, een functie die hij ruim twee jaar vervulde. Niet lang was hij daarna vrij van bestuurlijke besognes. In het studiejaar 1948-1949 was hij rector magnificus. Het was voor Hoetink geen gemakkelijk jaar. Tijdens zijn rectoraat speelde de zogenaamde kwestie-Suys. Jef Suys (1897-1956) was voor de leerstoel Wetenschap van de politiek door de gemeenteraad van Amsterdam gepasseerd, terwijl hij eerste op de voordracht stond. Naar het oordeel van een deel van het Amsterdamse hooglerarencorps (waaronder Jan Romein) was Suys om politieke redenen gepasseerd. Heftige discussies en niet altijd even galante manoeuvres volgden. Hoetink hield zich in dit tumult goed staande, maar aangenaam was het natuurlijk allerminst.

Als rector hield Hoetink op 10 januari 1949 de diesrede. Van Hoetinks gehele oeuvre is het vermoedelijk deze rede, *Historische rechtsbeschouwing*,<sup>31</sup> die zijn *Nachleben* in de rechtshistorische wereld het sterkst heeft bepaald. Geen rechtshistoricus die schrijft over de rechtshistorische methode kan hetgeen Hoetink hierin te berde brengt, negeren. *Historische rechtsbeschouwing* is een uitwerking van *Over het verstaan van vreemd recht*, zijn Indische oratie uit 1929. In het eerste deel van zijn rede volgt hij twee lijnen. De eerste lijn bestaat uit een vergelijking tussen de rechtsgeschiedenis en de historische interpretatie en de tweede schetst het afnemende belang van de historische interpretatie in de jurisprudentie vanaf het eind van de negentiende eeuw. Evenals in 1929 stelt Hoetink de zuiver historische methode van de rechtsgeschiedenis tegenover de appreciërend-teleologische van de historische interpretatie. De rechtsgeschiedenis behelst objectief wetenschappelijk filologisch-historisch onderzoek; het is een zuiver opsporende, vaststellende activiteit. Hier tegenover staat de historische interpretatie die in het rechtsverleden zoekt naar een resultaat dat voor het heden bruikbaar is. Deze interpretatiemethode is niet objectief, niet onbevooroordeeld. Zij gaat integendeel uit van actuele rechtsbehoeften. Zij weegt en waardeert en ze werkt toe naar een gewenst resultaat. Ze zoekt door de uitleg van een in het verleden ontwikkelde juridische norm naar een richtsnoer voor ons gedrag. Deze methode – en dit is de tweede lijn in het begin van Hoetinks betoog – heeft vanaf het eind van de negentiende eeuw haar prominente plaats in de wetsuitleg verloren en moeten afstaan aan een interpretatiewijze die sterk rekening houdt met de algemene rechtsopvatting en de maatschappelijke overtuiging.

De vraag die Hoetink zich in zijn diesrede stelt, is of het onderscheid tussen de rechtsgeschiedenis, dit is de zuiver historische methode, en de historische interpretatie, nu wel zo groot is als tot nu toe – ook nog door Hoetink zelf in 1929 – wordt gesteld. Zijn de resultaten van het rechtshistorisch onderzoek nu wel zo objectief als wordt gezegd? Ge-

31 De rede is herdrukt in: Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*, 244-273.

schiedschrijving begint bij de selectie van historische bronnen. Die keuze wordt bepaald door het historisch belang. Het is de historicus die uitmaakt wat het historisch belang is. Bepalend voor de keuze van het onderzoeksmateriaal is daarmee een actuele, een hedendaagse opvatting. Doordat opvattingen veranderen, wijzigt ook het historisch belang van een gebeurtenis of ontwikkeling en daarmee ook de selectie van historische bronnen. Wat verderop in zijn rede spreekt Hoetink over de historische methode als ‘achteraf-vooruitziend’; slechts vanuit het heden kan de historicus het verleden verstaan. Wat Hoetink hiermee wil zeggen, is dat de geschiedschrijving, de rechtsgeschiedenis, net zo min als de historische interpretatie een objectieve intellectuele activiteit is. Hoetink constateert dat de rechtshistorici van zijn dagen het negentiende-eeuwse naïef realisme (Ranke’s ‘*wie es eigentlich gewesen*’) nog niet van zich hebben afgeschud. Hij citeert Heinrich Mitteis (1889-1952) uit zijn nog steeds lezenswaardige opstel *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*: ‘*Die Rechtsgeschichte ist sich selbst noch nicht zum Problem geworden*’.<sup>32</sup> Worden door deze constatering de verschillen tussen de rechtsgeschiedenis en de historische interpretatie niet veel kleiner, zo vraagt hij zich af. Ook doordat het historisch belang dat de historicus leidt bij zijn keuzes wordt bepaald door diens toekomstverwachtingen, onderscheidt geschiedschrijving zich niet of nauwelijks van het teleologisch-pragmatische karakter van de historische interpretatie. Een overeenkomst die, aldus Hoetink, nog wordt versterkt door het gegeven dat het zoeken naar continuïteit in de rechtsontwikkeling de grondslag vormt van de historische interpretatie.

Op dit punt in zijn rede aangekomen snijdt Hoetink het onderwerp aan waardoor *Historische rechtsbeschouwing* in rechtshistorische kring vermoedelijk de meeste – blijvende – aandacht heeft gekregen. Mogen de jurist en de rechtshistoricus, zo luidt dan de vraag, in hun beschrijving en verklaring van een historische rechtsontwikkeling gebruik maken van begrippen die zijn ontleend aan onze tijd? Mogen zij het hulpmiddel gebruiken van wat Hoetink de ‘anachronistische begripsvorming’ noemt? In 1929 had hij dit onderwerp ook aangesneden maar het begrip ‘anachronistische begripsvorming’ nog niet gebruikt. In 1929 concludeerde hij nog dat het de jurist die door historische interpretatie de voorliggende casus tot een bevredigende oplossing wil brengen, geoorloofd was gebruik te maken van hedendaagse begrippen, maar dat dit voor de beoefenaar van de zuiver historische methode, de rechtshistoricus, een euveldaad was.<sup>33</sup> In 1949 kijkt Hoetink hier anders tegenaan. Jurist noch historicus kunnen het stellen zonder het hulpmiddel van de anachronistische begripsvorming. Het verleden is slechts te vatten wanneer men het ordent en beschrijft in de taal van het heden. Historische interpretatie kan slechts bijdragen aan rechtsvinding en rechtsvorming wanneer het wordt gepresenteerd met het begrippenapparaat van het recht waaraan het dienstbaar is. De rechtshistoricus kan niet zonder omdat hij dan het instrument mist om vorm te geven aan het historische materiaal, om de geschiedenis verstaan-

32 Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*, 257. H. Mitteis, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar, 1947, 7.

33 Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*, 37.



baar te laten spreken. Deze conclusie is voor Hoetink geen vrijbrief voor anachronistische geschiedschrijving of ‘elke retrospectieve constructie’ die in het verleden de contouren van het heden waarneemt. Een pasklare oplossing voor het probleem heeft Hoetink niet, maar ‘een voorlopig aanvaardbare oplossing’ ziet hij in de benadering van Fritz Kern die in 1919 in zijn artikel ‘Recht und Verfassung im Mittelalter’ schreef: ‘So müssen wir denn, indem wir es vermeiden, die Begriffe unserer Zeit kritiklos und anachronistisch ins Mittelalter zurückzutragen, andererseits doch mit den Worten unserer Zeit die mittelalterlichen Anschauungen zu umschreiben suchen’.<sup>34</sup>

Aan het slot van zijn rede komt Hoetink terug op het centrale onderwerp met de vraag of, gelet op de door hem gesignaleerde overeenkomsten tussen de historische interpretatie en de rechtsgeschiedenis, er dan ook eenheid in methode tussen beide bestaat. In zijn ontkenning blijft hij voorzichtig: hij spreekt slechts ‘ernstige twijfel uit’. Voor die twijfel voert hij twee argumenten aan. In de eerste plaats wijst hij op het door hem ook in 1929 besproken fenomeen van het ‘productieve misverstaan’ waarvan de jurist bij de historische interpretatie gebruik maakt. Deze interpretatiemethode is voor de historicus niet bruikbaar omdat zij een zo zuiver mogelijke historische interpretatie in de weg staat. Het objectiviteitsstreven van de geschiedenis mag dan problematisch zijn, de historicus dient er wel zo veel mogelijk naar te streven. Het tweede argument ontleent Hoetink aan het Engelse recht. De grote actualiteitswaarde van de Engelse rechtsgeschiedenis heeft een zuiver historische benadering van het Engelse recht in de weg gestaan. De interpretatie van het Engelse rechtsverleden zou een te sterk teleologisch-pragmatisch karakter dragen om een volwaardige rechtsgeschiedenis te kunnen zijn. Het Engelse recht zit te dicht op zijn verleden. Objectiviteit vraagt afstand. Het ontbreken van afstand is het essentiële verschil tussen de methode van de historische interpretatie en die van de rechtshistoricus, zo besluit Hoetink zijn rede.<sup>35</sup>

In Hoetinks vergelijking tussen de rechtsgeschiedenis en de historische interpretatie speelt de vraag in hoeverre de zuiver historische methode objectief kan zijn een cruciale rol. Voortschrijdend inzicht bracht hem in 1949, anders dan in 1929, tot de conclusie dat er uiteindelijk toch minder verschil was tussen het werk van de rechtshistoricus en dat van de jurist. In zijn bespreking van de diesrede plaatst Blaas het vraagstuk van de objectiviteit

<sup>34</sup> *Ibidem*, 262. F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, Darmstadt, 1981, 8. Dit boekje is een herdruk van het artikel dat in 1919 verscheen in het *Historische Zeitschrift*, afl. 120.

<sup>35</sup> Hoetink verwijst in dit verband naar de inaugurele rede van F.W. Maitland, ‘Why the history of English law is not written’, in: H.A.L. Fisher (red.), *The collected papers of Frederic William Maitland*, dl. 1, Cambridge, 1911, 480-497. Maitland voerde in deze rede uit 1888 twee redenen aan waarom de geschiedenis van het Engelse recht tot dan toe onbeschreven was gebleven. Als eerste reden wees hij op het traditionele isolement waarbinnen de studie van het Engelse recht plaats vond. Buiten de muren van de universiteit werd het slechts met een praktisch oogmerk onderwezen aan de *Inns of Court*. Geschiedschrijving veronderstelt vergelijking en dat sloot dit onderwijs uit. Als tweede reden voerde Maitland de actualiteitswaarde van het Engelse rechtsverleden aan. Geschiedschrijving vraagt om afstand. In het Engelse recht ontbreekt die omdat het rechtsverleden niet is afgesloten. In zijn omgang met het oude recht past de Engelse jurist de door Hoetink beschreven methode van het creatief misverstaan toe. Of, in de woorden van Maitland, *ibidem*, 490, ‘... that what is really required of the practicing lawyer is not, save in the rarest cases, a knowledge of medieval law as it was in the middle ages, but rather a knowledge of medieval law as interpreted by modern courts to suit modern facts’.

daarom terecht centraal. Blaas geeft Hoetinks opvattingen een plaats in een geschiedfilosofische ontwikkeling waarin gedurende de eerste decennia van de twintigste eeuw het inzicht dat de historicus werkt vanuit een tijd- en plaatsgebondenheid steeds meer erkenning vond. De biografie slaagt er op die manier uitstekend in de intellectuele *Umwelt* van Hoetinks historisch perspectivisme en het daarin geïmpliceerde subjectieve karakter van de geschiedschrijving te tekenen. Duidelijk laat hij ook uitkomen dat Hoetink met het probleem van de objectiviteit van de geschiedschrijving heeft geworsteld. Gaat hij in zijn diesrede misschien wat te ver in het relativeren van de mogelijkheid tot objectiviteit, in latere publicaties neemt hij daarvan iets terug door te wijzen op de mogelijkheden van toetsing en verificatie van het door de historicus gebruikte bronnenmateriaal.

## 8 Geen rechtsgeschiedenis zonder toekomstbeeld?

In de geschiedschrijving manifesteert de perspectivistische benadering zich – in de woorden van Hoetink – als ‘achteraf vooruitzien’. De historicus beschrijft het verleden vanuit het heden terwijl hij weet wat er daarna is gebeurd. Door die positie kan hij periodiseren, een begin- en een eindpunt aanbrengen. In de uitgebreide bespreking die Blaas aan deze geschiedtheorie wijdt, gaat hij onder verwijzing naar andere geschiedtheoretici nog wat verder door te stellen dat er ‘zonder toekomst, zonder een verwachtingshorizon ... geen zinvolle historische interpretatie mogelijk [is]’. En nog sterker: ‘Als er geen verwachting of hoop aanwezig is, ontbreekt een noodzakelijk perspectief: zonder toekomstbeeld kan er ook geen beeld van het verleden ontstaan’.<sup>36</sup> Voor zover ik het kan overzien gaat Blaas met deze woorden wel wat verder dan Hoetink. Ik vraag mij ook af of Hoetink verleden en toekomst in die zin met elkaar verbonden heeft. Meer in het algemeen zet ik grote vraagtekens bij de houdbaarheid van Blaas’ stelling, zeker wanneer wij haar betrekken op de rechtsgeschiedenis, de discipline toch die Hoetinks thuishaven was. Het komt mij voor dat veel rechtshistorische arbeid succesvol kan worden verricht zonder dat daar een al dan niet uitgesproken ‘toekomstbeeld’ aan ten grondslag ligt. Wie de positie van een houder van een zekerheidsrecht in het klassieke Romeinse recht wil beschrijven of de rechten op de grond gedurende de middeleeuwen, wie een analyse verricht van de rechtspraak van de Grote Raad van Mechelen of van de homologatie van het gewoonterecht door de Franse koningen, wie de methode van de middeleeuwse geleerde juristen wil vergelijken met die van de juridische humanisten kan het mijns inziens stellen zonder de al dan niet uitdrukkelijke formulering van een ‘toekomstbeeld’. Daarmee wil niet gezegd zijn dat een rechtshistoricus kan werken zonder perspectief. Zonder een probleemstelling, zonder de toetsing van een these, zonder de formulering van een onderzoeksvraag, zal zijn werk weinig

vrucht dragen. Maar of dit perspectief noodzakelijkerwijs gericht dient te zijn op een toekomst die meer inhoudt dan de met het onderzoek te bereiken resultaten, betwijfel ik.

## 9 ‘Op kleiduiven schieten’

‘Achteraf vooruitzien’ impliceert anachronisme. Alleen al het periodiseren, het ordenen van het verleden (‘herfsttij der middeleeuwen’), is een min of meer anachronistische bezigheid.<sup>37</sup> Hoetink zag dit in 1949 helder. Wij kunnen slechts historisch verstaan door verschillen op te sporen en zonder begrippen uit ‘later’, de eigen tijd, te gebruiken, is dat niet mogelijk. Anachronistische begripsvorming is onvermijdelijk om het eigene van het verleden goed te kunnen zien, om, zogezegd, anachronismen te voorkomen. Tegen deze stelling van Hoetink heeft Theo Veen (1943-2005) in 1996 geopponeerd in zijn oratie *Met dank aan Du Perron*. Kort samengevat komt Veens stelling erop neer dat Hoetink er terecht op heeft gewezen dat in de geschiedwetenschap het gebruik van termen en begrippen die we niet in de bronnen aantreffen, geoorloofd is. Waartegen Veen zich vervolgens verzet, is dat Hoetink en andere historici met dit inzicht vasthouden aan de idee dat de historicus zich hier noodzakelijkerwijs bezondigt aan een anachronistische werkwijze die zij trachten te rechtvaardigen. Deze rechtvaardiging acht Veen innerlijk tegenstrijdig én overbodig. Hij stelt dat anachronistische redeneringen wel degelijk vermijdbaar zijn, wanneer we maar willen inzien dat veel begrippen die de historicus gebruikt om zijn werk te doen niet anders zijn dan ordeningsbegrippen. Geen enkele wetenschap kan het zonder deze ordeningsbegrippen stellen, ook de geschiedschrijving niet. In zijn oratie heeft Veen dat onderdeel van Hoetinks geschiedtheorie dat in de rechtshistorische wetenschap het sterkst is gerecipieerd – de anachronistische begripsvorming – verder doordacht. In wezen handelde hij daarmee op dezelfde wijze als Hoetink, die in zijn diesrede van 1949 de materie die hij al in zijn oratie van 1929 ter hand had genomen, verder uitwerkte. Wellicht was Hoetink, ware hem de tijd gegund, zelf ook tot het inzicht gekomen dat het gebruik van begrippen als voorspel, contra-reformatie en het late-keizerrijk geen excusabele zonde tegen de historische wetenschap zijn, maar instrumenten zonder welke geen wetenschappelijke geschiedschrijving mogelijk is.

Blaas laat de inhoud van Theo Veens oratie onbesproken. Met reden wellicht, zijn boek is aan Hoetink gewijd. Het is daarom des te opmerkelijker dat hij er wel een hard en onheus oordeel over velt. Ik citeer: ‘Theo Veen gaf in zijn oratie van 1996 een onvolledig en karikaturaal beeld van Hoetinks geschiedopvatting. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat hier op kleiduiven geschoten wordt’.<sup>38</sup> De uitdrukking ‘op kleiduiven schieten’ ken ik niet. Ik vermoed dat Blaas hiermee wil uitdrukken dat hij Veens argumentatie onecht

37 Kossmann, ‘Een kennismaking met Ranke’, 188: ‘Het anachronisme is, om het zo uit te drukken, een integrerend onderdeel van elk geschiedverhaal’.

38 Blaas, *Henk Hoetink*, 148, noot 31.

vindt, dat Veen een zinloze, overbodige redenering ten beste geeft. Dat mag zo zijn, maar dan had ik toch graag iets meer gelezen over Blaas' argumenten voor dit oordeel. Tenslotte deinst hij er ook niet voor terug – en terecht – om de denkbeelden van filosofen en geschiedtheoretici te bespreken die Hoetink hebben geïnspireerd of die Hoetink zijn bijgevallen. De behoefte aan wat meer toelichting bij zijn oordeel dringt zich te meer op nu hij ook de probleemstelling van Veen niet helemaal zuiver weergeeft wanneer hij schrijft dat deze een 'onvolledig ... beeld van Hoetinks geschiedopvatting' geeft. De orator van 1996 had geenszins de bedoeling de – veelomvattende – geschiedenisopvatting van Hoetink te bespreken. Slechts één onderdeel daarvan, de anachronistische begripsvorming, trachtte hij wat verder te doordenken – overigens in samenhang met de begripstheorie van zijn Groningse leermeester P.W.A. Immink (1908-1965). En waarom Blaas Veen toedicht Hoetinks opvatting belachelijk ('karikuraal') te hebben willen maken, ontgaat mij. Waarom reageert Blaas zo stekelig en voor hem a-typisch op Veens betoog? Ik vermoed dat niet zo zeer de inhoud van Veens oratie – die kun je al dan niet overtuigend vinden – als wel de polemische toon ervan Blaas heeft gestoord. Veen had een polemische natuur en kon zich in een debat of in zijn kwalificaties onverbloemd, ja soms zelfs scherp, uitdrukken. In zijn oratie is dat ook het geval. Hij heeft het over 'Hoetinks misvatting' en de 'dwaling van Hoetink' – sterke oordelen in een debat over begripsgebruik door historici. Zoals dikwijls het geval bij biografen, heeft het Blaas waarschijnlijk gestoken dat er in die termen over Hoetinks geschiedtheorie, die hem boeide en die voor hem de weg naar Hoetink was geweest, werd geschreven.

## 10 Ter afsluiting

Hoetinks beschouwingen over de rechtshistorische methode hebben nog weinig van hun relevantie verloren. Natuurlijk heeft de theorie van de geschiedenis in de tweede helft van de twintigste eeuw grote debatten gekend over de vraag naar de waarde van historische kennis die nieuwe inzichten hebben opgeleverd. Maar voor de rechtshistoricus blijft het geen Hoetink naar voren heeft gebracht over de verhouding rechtsgeschiedenis en rechtshistorische interpretatie (in het bijzonder het begrip creatief misverstaan) en over het gebruik van anachronistische begrippen zijn waarde behouden. Blaas is er volledig in geslaagd die opvattingen een wetenschappelijke achtergrond en context te geven in de tekening van het intellectuele leven van Henk Hoetink.

## Summary

Henk Hoetink (1900-1966) was professor of Roman Law and Legal History at the Universiteit van Amsterdam from 1934 until 1963. As a legal historian and – during his lifetime –

a rather well-known Dutch intellectual, he is nowadays best known for his contributions to the theory of history, especially the method of legal history. His work on the theory of history induced Piet Blaas, himself a philosopher of history, to write an intellectual biography of Hoetink. Besides a review of the biography this article describes and discusses Hoetink's contribution to the theory of legal history.

Pivotal in Hoetink's theory is the methodical difference between the writing of legal history and the historical interpretation of the law. In his first inaugural lecture in Batavia in the Dutch East Indies in 1929 (Hoetink was professor there until 1934), he saw a clear distinction between the work of the legal historian and the jurist who applies legal interpretation. Whereas the legal historian practices a sound historical method, the jurist who uses the historical interpretation, has a practical purpose, i.e. solving an actual legal problem. The legal historian therefore takes a more objective view than the jurist who aims at a specific goal. In his 'dies'-lecture of 1949 in Amsterdam, Hoetink recognizes that the legal historian can't be objective neither. In his work he is bound and led by his opinions and the historical importance of his object of research as he sees it.

An important ingredient in Hoetink's philosophy of history is the use of legal concepts. Is it permitted to use anachronistic concepts? Hoetink's answer is 'yes', because the jurist nor the legal historian can make himself intelligible to his public if he doesn't make use of anachronistic concepts.

### **Keywords**

Henk Hoetink; intellectual biography; Roman law; legal history; theory of history; method of legal history; anachronistic concepts.

## CAMBYSES AAN DE VLAAMSE KUST

## Inleiding

‘Het oordeel van Cambyses’ is één van de meest tot de verbeelding sprekende gerechtigheids-taferelen. Vooral de grote diptiek die Gerard David (ca. 1460-1523) op het einde van de vijftiende eeuw schilderde voor de Brugse stadsmagistraat<sup>1</sup> is bekend bij het grote publiek.<sup>2</sup> Daarenboven is dit schilderij als een topstuk van de Vlaamse Primitieven besproken door tal van kunsthistorici. In het bijzonder moet een samenvattende en kritische studie van Hugo van der Velden vermeld worden, waarnaar verwezen wordt voor verdere referenties.<sup>3</sup> Het is dan ook niet de bedoeling om in deze korte bijdrage ‘bij de omslagillustratie’ nog eens in te gaan op wat al honderdvoud geschreven is. Wel worden enkele minder bekende afbeeldingen van het oordeel besproken, die zich vandaag nog steeds in hun stad van oorsprong aan de Vlaamse kust bevinden.<sup>4</sup> Deze wijzen op de populariteit van dit *exemplum iustitiae* in deze regio in de vroegmoderne periode.<sup>5</sup> Vooraleer de iconografische toer op te gaan, wordt eerst nog eens kort het verhaal verteld.

1 De panelen met respectievelijk de aanhouding en de villing zijn elk 182 op 159 cm groot. De diptiek is nog steeds stedelijke eigendom en behoort tot de collectie van Brugge Musea; de beide panelen zijn vandaag te bekijken in het Groeningemuseum.

2 Het is favoriet illustratiemateriaal voor juridische en rechtshistorische boeken, recent bijvoorbeeld nog in: M.W. van Boven en P. Brood (red.), *Tweehonderd jaar rechters*, Hilversum, 2011. Wie ‘Cambyses’ en ‘David’ googlet, bekomt een lijst van tientallen *images* en *websites*.

3 H. Van der Velden, ‘Cambyses for example: the origins and function of an *exemplum iustitiae* in Netherlandish art of the fifteenth, sixteenth and seventeenth centuries’, *Simiolus*, 1995, 5-39; zie ook zijn ‘Cambyses reconsidered: Gerard David’s *exemplum iustitiae* for Bruges town hall’, *Simiolus*, 1995, 40-62 en “Gebeurlijke wercking” en “wesentlijke hoedanigheit”. *Exemplum en personificatie in Hertels Ripa-uitgave*, *De Zeventiende Eeuw*, 1995, 42-52.

4 Het is ondoenbaar een volledige lijst van alle vroegmoderne cambysesvoorstellingen op te stellen. Vele schilderijen, tekeningen, wandtapijten, reliëfs en beelden gingen overigens verloren. Tot de nog best gedocumenteerde behoren: Loyset Liédet (Brugge, 1461), Gerard David (Brugge, 1498), Anoniem (Hoorn, ca. 1510), Lyon Marchant (Den Haag, 1511), Anoniem-wellicht naar Dürer (Nurnberg, 1521), Jean Bellegambe (Douai, ca. 1530), Hans Sebald Beham (Frankfurt, 1534), atelier Lucas Cranach (Dessau, ca. 1540), Jan Swart van Groningen (Dresden, 16de eeuw), Dirck Jacobsz. Vellert (Amsterdam, 1542), Anoniem in boek Justinus Gobler (Frankfurt, 1553), Anoniem (Zierikzee, ca. 1555), Anonieme gravure in *Praxis rerum criminalium. Gruntliche und rechte Underweysung welcher massen in Rechtfertigung peinlicher Sachen (...) durch herrn Josten Dammhouder ...* (Frankfurt, 1575), Anonieme gravure in J. Fichard, *Der Statt Franckenfurt erneuerte Reformation* (Frankfurt, 1578), Isaac Swanenburgh (Leiden, 1582), Horozco y Covarrubias (Segovia, 1589), Anoniem (Naarden, 1601), Joachim Uutewael (Utrecht, 1606), Antoon Claeissens (Brugge, voor 1613), Martin Faber (Emden, 1617), Jan Tegnagel (Den Haag, 1619), Nicolaes Jacobsz. van der Heck (Alkmaar, 1620), Pieter-Paul Rubens (Brussel, 1622; kopie in Sint-Winoksbergen, 17de eeuw), Isaac Isaacs (Harderwijk, 1634), Cornelis Van Dalen (Amsterdam, 1666), Victor Bouquet (Nieuwpoort, 1671), Robert Willemsz. de Baudous (gravure in uitg. Strick 17de eeuw), Anoniem (Schloss Eggenberg, tweede helft 17de eeuw), Henri Detrixhe (Luik, 1742), Anoniem (Middelburg, geattesteerd in 18de eeuw).

5 In verband met gerechtigheidstaferelen in het huidige België is het basiswerk J. De Ridder, *Gerechtigheidstaferelen voor sche-*



## Over Cambyses, Sisamnes en Otanes uit Tweestromenland

Het verhaal van het oordeel van Cambyses komt uit boek V van *Historiën apodeksis* (Latijnse versie *Historiae*, vertaald als *De geschiedenissen of Historiën*) van Herodotus van Halicarnassus (vandaag Bodrum in Turkije), de ‘vader van de historiografie’ uit de vijfde eeuw voor Christus. *De geschiedenissen* beschrijft vooral hoe de Perzen hun machtig rijk uitbouwden en in het bijzonder belicht Herodotus daarin de verschillende koningen. De Cambyses van het leghendarische oordeel is meer bepaald Cambyses II (zoon van Cyrus de Grote en kleinzoon van Cambyses I), die regeerde van 530 tot 523 voor Christus en het Perzische rijk onder meer uitbreidde tot Egypte.

Volgens Herodotus had de vorst vernomen dat rechter Sisamnes zich had laten omkopen (in de eerste scène in de achtergrond van het eerste paneel van Gerard David zien we een man een geldbuidel aanbieden aan de rechter in zijn deuropening). Hij liet de magistraat daarop prompt arresteren (de hoofdcène van Davids eerste paneel) en hij veroordeelde hem om levend gevild te worden (wat we zien gebeuren in de hoofdcène van het tweede paneel). Vervolgens stelde koning Cambyses een nieuwe rechter aan. Het was Otanes, zoon van de veroordeelde Sisamnes. In Davids tweeluik zien we de jonge rechter plaats nemen op de rechterstoel in de vierde scène, op de achtergrond van het tweede paneel. We merken dat de rechterstoel als het ware met een kleed of stuk leder<sup>6</sup> bekleed is. Het is het vel van rechter Sisamnes! Cambyses leert de zoon hiermee de belangrijke les zich niet te laten omkopen zoals zijn voorganger. Gezeten op het vel van zijn vader, zou Otanes (en alle toeschouwers en toehoorders sindsdien) zich goed indachtig moeten zijn van de rechterlijke onkreukbaarheid.<sup>7</sup>

## Le Jugement de Cambyse van Duinkerke

Op de cover van deze aflevering prijkt een schilderij uit het museum voor schone kunsten in het Noord-Franse *Dunkerque*. Duinkerke verkreeg in de twaalfde eeuw stadsrechten van de

penhuizen in de Zuidelijke Nederlanden in de 14<sup>de</sup>, 15<sup>de</sup> en 16<sup>de</sup> eeuw. Verhandelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België. Klasse der Schone Kunsten, dl. 45, Brussel, 1989, in het bijzonder over het schilderij van David 55-62. Voor meer verwijzingen naar studies i.v.m. gerechtigheidsstaferelen verwijs ik naar een eerdere bijdrage in dit tijdschrift: G. Martyn, ‘Het oordeel van Salomon van de Gentse Oudburg’, *Pro Memorie*, 2010, 103-119.

<sup>6</sup> Daardoor wordt duidelijk dat Gerard David niet de oorspronkelijke Griekse versie van Herodotus consulteerde, want daarin beveelt Cambyses om repen te snijden van Sisamnes’ huid en daarmee de stoel te overtrekken. In de middeleeuwen werd het exempel van Cambyses verteld aan de hand van Valerius Maximus’ *Factorum et dictorum memorabilium libri IX* (eerste eeuw na Christus), volgens De Ridder, *Gerechtigheidsstaferelen*, 56, of op basis van de *Gesta Romanorum*, zie Van der Velden, ‘Cambyses’, 8.

<sup>7</sup> D.E. Curtis en J. Resnik, ‘Images of Justice’, *Yale Law Review*, 1986-87, 1727-1772, in het bijzonder 1753, wijzen erop dat in het oorspronkelijke verhaal Herodotus wou suggereren dat koning Cambyses uitzinnig was geworden. In de middeleeuwse traditie wordt hij echter een toonbeeld voor de rechterlijke onpartijdigheid. Dat de voorstelling vooral in de absolutistische zestiende en zeventiende eeuw een grote verspreiding kent, is misschien niet toevallig, aangezien het verhaal toch ook de nadruk legt op de vorstelijke macht om *ad nutum* rechters aan te stellen en af te zetten.



Linksboven, de corruptiescène aan het woonhuis van rechter Sisamnes (Gerard David, Brugge, Groeningemuseum). Rechtsboven, Cambyses veroordeelt Sisamnes. Linksonder, Sisamnes gevild. Rechtsonder, Otanes moet als nieuwe rechter op het vel van zijn vader zitten.

Vlaamse graaf Boudewijn III, die hiermee zijn controle over de kust wou verstevigen. De stad was in de daaropvolgende eeuwen de speelbal tussen Vlaanderen, Engeland (1383) en Frankrijk (1558, 1646 en 1658) tot ze in 1662 definitief in handen kwam van Lodewijk XIV.<sup>8</sup> Duinkerke was dus een Franse stad geworden wanneer het stadsbestuur, in de oude Vlaamse traditie, opdracht gaf om een gerechtigheidsstaferel te laten schilderen voor het stadhuis. Het doek werd ten tijde van de Franse revolutie in veiligheid gebracht, maar daarna teruggeplaatst, tot het in 1861 naar het lokale *Musée des Beaux Arts* werd overgebracht, waar het vandaag nog steeds te bezichtigen is.<sup>9</sup> De betaling van de aankoopsom, geattesteerd in de oude stadsrekeningen, dateert het werk in 1682.<sup>10</sup> Aan kunstenaar Corbehem werd toen 130 pond betaald voor het schilderen van het Cambysesoordeel voor de ‘*chambre échevinale*’ (schepenkamer) en het vergulden van het kader ervan. Een decennium later betaalde de stadsmagistraat dezelfde artiest overigens ook nog voor een Salomonsoordeel, maar dit bleef helaas niet bewaard.<sup>11</sup>

Philippe de Corbehem was geen icoon van de kunstgeschiedenis, maar een relatief succesvolle lokale schilder uit Duinkerke zelf.<sup>12</sup> Hij werd in de plaatselijke Sint-Elooiskerk gedoopt op 15 april 1630 en stierf op 10 september 1713 zonder ooit elders gewoond te hebben dan in zijn geboortestad. Hij erfde de adellijke titel van heer van Corbehem, een plaats nabij Le Touquet, van zijn gelijknamige oom en dooppeter, die de titel geërfd had van zijn vader Jean. Laatstgenoemde werd door Karel V in 1551 in de adelstand verheven uit keizerlijke dankbaarheid voor diens vele jaren trouwe dienst als lijfarts. Kunstschilder Philippe de Corbehem had vijf kinderen uit twee huwelijken en uit de belastingregisters blijkt dat hij een behoorlijke welstand genoot. Hij hoefde wellicht niet van zijn penseel te leven. Schilderen leerde hij in Duinkerke zelf en vooral landschappen van zijn hand zijn bewaard, naast één van de twee gerechtigheidsstaferelen die hij voor de stadsmagistraat borstelde.

Het Duinkerke stadhuis, bestemmingsplaats van het besproken werk, was in 1644 herbouwd na een brand twee jaren eerder. Vermoedelijk hebben de steeds weer oploeiende oorlogsomstandigheden verhinderd dat voor de jaren 1680 van het interieur werk werd gemaakt. In de schepenkamer hingen op dat ogenblik enkel twee portretten, van Lodewijk XIV en van een militaire intendant. Na het Cambysesoordeel zouden decoratie-opdrachten blijven volgen tot 1756.

Voor wie de *enscènering* van het doek bekijkt, valt het meteen op dat we hier met een veel ‘zachtere’ voorstelling van het Cambysesoordeel te maken hebben. De toeschouwer wordt de aanhouding van Sisamnes of de gruwel van de villing bespaard. Centraal staat Cambyses in koninklijk rood, met een gouden cape met hermelijnen schouderstuk, stuk voor stuk verwijzingen naar zijn koninklijke waardigheid. Met een ander *regalium*, zijn scepter, wijst

8 C. Lemoine et al. (ed.), *Le patrimoine des communes du Nord*, I, Parijs, 2001, 712-752.

9 Duinkerke, *Musée des Beaux-Arts*, inv.nr. P. 153 (218 x 190 cm); zie C. Broucke, ‘Etude du Jugement de Cambyse de Philippe De Corbehem (1630-1713)’, *Revue Historique de Dunkerque et du Littoral*, 2003, afl. 1, 3-12.

10 Duinkerke, Archives municipales, reeks 310, inv.nr. 102, f° 72.

11 Duinkerke, Archives municipales, reeks 310, inv.nr. 111, s.f. (1691-92).

12 Broucke, ‘Etude’, 5-7.



Kopie naar Rubens (© New York, Metropolitan Museum of Art).



Glasraam met het oordeel van Cambyses. Terwijl de villing op het voorplan gesitueerd wordt, zetelt Otanes achteraan al onder een baldakijn gemaakt van zijn vaders huid (Dirck Jacobsz. Vellert, © Amsterdam, Rijksmuseum).



hij Otanes de weg naar de rechterstroon. Achter de vorst staan een zestal figuranten, zowel bewakers als hofdienaren, onder meer ook een kind (om het 'lerend' karakter van de voorstelling te verhogen?). De muur met ramen rechts, de zuil en de boog met doorkijk op gewelven in de achtergrond duiden erop dat de scène zich in een groot gebouw afspeelt (een verwijzing naar de oude traditie in onze streken om in het kerkportaal of zelfs in het gebedshuis zelf recht te spreken?). Het standbeeld op de sokkel rechts is vermoedelijk Zeus, met een staf in de ene hand en een bliksembundel in de andere (een allusie op de goddelijke taak van het recht spreken, maar dus geprojecteerd in de context van de 'onchristelijke' oudheid).

Meest inventief is Corbehem ten slotte in de figuur van de werkmans rechts. Hiervoor is al de middeleeuwse variant van het Herodotusverhaal vermeld dat geen repen, maar de volledige huid over de rechterstoel wordt gelegd. Gerard David hield het bij een soort groot lederen vel, maar Rubens bijvoorbeeld had door een aangezicht te schilderen via de gevlaaide huid de terechtgestelde Sisamnes heel expressief aanwezig gemaakt. Om zowel de zittende rechter als het vel zelf tegelijk te kunnen tonen, hebben zich al van in de zestiende eeuw<sup>13</sup> heel veel kunstenaars overigens nog een andere dichtertelijke vrijheid veroorloofd door Sisamnes' huid niet op de zitbank te spannen, maar als een soort baldakijn boven de zetel te draperen. Dit baldakijn, dat in de meeste vroegmoderne vierscharen inderdaad in hout of stof aanwezig was, is overigens op zich een historische verwijzing naar het bladerendek van de kruin van de aloude (linden) boom waaronder recht gesproken werd in de middeleeuwen. Corbehem nu, en hierin zit zijn inventiviteit, lost het probleem van de plaatsing van de huid – op het zitvlak dan wel als baldakijn – op door een dienaar af te schilderen die nog bezig is de huid te draperen. Het laddertje en de houding van de werkmans brengen beweging in het schilderij. Die beweging is er anderzijds ook door de wijzende houding van Cambyzes en het in de richting van de troon stappen van Otanes. Voor deze handelingen zocht Corbehem duidelijk inspiratie in



Detail uit het Duinkerke oordeel.

13 Zie bijvoorbeeld het hiervoor vermelde Hoornse paneel, vermoedelijk uit het begin van de zestiende eeuw.

Nieuwpoort. Wellicht omdat de plaats waarvoor het Duinkerke paneel bestemd was niet groot genoeg was, heeft Corbehem immers als het ware een stuk ‘geciteerd’ uit een groter werk dat een decennium eerder door Victor Bouquet was geborsteld voor die andere Vlaamse havenstad.

### Het oordeel van Cambyses van Victor Bouquet voor Nieuwpoort

In 1671 voltooide Victor Bouquet een oordeel van Cambyses in opdracht van de stadsmagistraat van Nieuwpoort. Het grote doek hangt vandaag in de plaatselijke Onze-Lieve-Vrouwkerk (het gebouw zelf is een reconstructie van na de Eerste Wereldoorlog). Het werd in 1992 gerestaureerd op initiatief van het stadsbestuur door de Koning Boudewijnstichting.<sup>14</sup>

Victor (vaak ook als ‘Vigor’ vermeld) Bouquet (ook ‘Bouquet’) was een man uit de streek. Hij werd geboren in Veurne in 1619 en stierf in dezelfde stad in 1677. Hoewel hij misschien wel een studiereis naar Italië heeft ondernomen, is hij vooral in Kustvlaanderen actief geweest. Hij schilderde portretten en historiestukken en verschillende Vlaamse kerken hebben altaarstukken van zijn hand. Het oordeel van Cambyses dat hij schilderde voor het Nieuwpoortse stadhuis wordt als zijn meesterwerk beschouwd. Dit stadhuis lag tot de Eerste Wereldoorlog in de Langestraat. Het gebouw deed tevens dienst als vredegerecht. Een uitlating van een journalist met het pseudoniem Pater Patatte gaf er in 1873 aanleiding tot een incident. De auteur had in *Het Oude Nieuwpoort* een giftig stuk vol suggesties van machtsmisbruik en omkoperij geschreven en daarin besloten dat de vrederechter blijkbaar weinig lering getrokken had uit het schilderij in zijn zittingszaal. De journalist werd voor die uitlatingen bij verstek veroordeeld door het West-Vlaamse hof van assisen.<sup>15</sup>

De iconografie van Bouquets doek is vermoedelijk zowel door de Brugse Cambyses van David, als door de Brusselse van Rubens geïnspireerd. Doordat het doek veel groter is dan dat van Corbehem in Duinkerke, kon Bouquet meer personen afbeelden. Naar het voorbeeld van David bracht hij twee scènes samen door via de porticus linksachter een doorkijk te geven op een stadsplein. Daar wordt Sisamnes de huid afgestroopt op een tribune waarvoor enige kijklustigen<sup>16</sup> zich verdringen, een encenering die gelijk op de achtergrond

<sup>14</sup> In het stadhuis zelf hangt nog steeds een ander gerechtigheidsstafereel: Esther en Ahasverus. R. Opsommer en J. Van Acker, ‘Misdaad en straf’, in: D. Dendooven, B. Heyvaert, J.L. Meulemeester et al. (red.), 2000 jaar *De Westhoek. Waar is de tijd*, Zwolle, 2007, 277, toont per vergissing het Cambysesoordeel bij de illustratielegende over Esther en Ahasverus. Laatstgenoemd werk is eigenlijk een ‘vonnisstuk’, een kunstwerk dat door een veroordeelde moest betaald worden.

<sup>15</sup> De casus wordt beschreven door B. Delbecke, *De lange schaduw van de grondwetgever. Perswetgeving en persmisdrijven in België, 1831-1914*, proefschrift rechten K.U.Leuven-Campus Kortrijk, 2010, 561.

<sup>16</sup> Ook op het schavot zelf staan verschillende personen. Behalve de beul en zijn helpers zijn dit wellicht de vorst (of zijn vertegenwoordiger; de baljuw in Vlaanderen) en leden van het stadsbestuur. Het is niet duidelijk of er ook een chirurgijn is. Chirurgijnen moesten niet alleen aanwezig zijn bij de tortuur, maar ook vaak bij terechtstellingen waarvoor bijzondere fysieke ingrepen nodig waren, zoals het afkappen van de handen. Over dit ‘medionaet’, zie J. Mattelaer, ‘Le médionat, une





Het oordeel van Cambyses van Victor Bouquet (Nieuwpoort, O.L.V.-kerk).

van de ets van Uutenwaele uit 1606,<sup>17</sup> waar Otanes en Cambyses zelf echter in spiegelbeeld staan.

Helemaal centraal in de compositie staat Cambyses, die met zijn scepter aan Otanes de weg wijst naar zijn rechterszetel. Deze staat onder een baldakijn, maar het vel van de terechtgestelde ligt over de rug- en armleuning van de stoel zelf gedrapeerd. De hoofdhuid is duidelijk herkenbaar. Helemaal links in de compositie prijkt een standbeeld van de geblinddoekte Justitia met weegschaal en zwaard. De symboliek van de argumentatie door op de vingers te tellen ten slotte, op Davids paneel een handeling van Cambyses zelf, wordt hier uitgebeeld door een raadsman naast de vorst.

### En nog meer Cambysessen in Brugge

Met nog twee Brugse voorbeelden sluiten we de reeks oordelen van Cambyses in de Vlaamse kustgemeenten af. Met Brugge komen we terug naar een belangrijke bakermat van het Cambysesverhaal als gerechtigheidsstafereel. De enorme diptiek in het stadhuis van de (weliswaar tanende) wereldhandelsstad Brugge, gekend als productiecentrum van de Vlaamse Primitieven, heeft enorm veel weerklank gehad.

tâche moins connue du barbier-chirurgien lors d'une exécution', Janus. *Revue internationale de l'histoire des sciences, de la médecine, de la pharmacie et de la technique*, 1974, 137-147.

<sup>17</sup> Zie J.D.A. den Tonkelaar en E.S.F. den Tonkelaar (red.), *Thronus iustitiae. 400 jaar inspiratie voor rechters*, Deventer, Kluwer, 2007.



Detail uit de gevel van de burgerlijke griffie van de stad Brugge.

Duidelijk op Gerard Davids iconografie gebaseerd is het reliëf in de gevel van de civiele griffie aan de Burg te Brugge.<sup>18</sup> Deze renaissancegevel werd in 1534-37 aangebouwd aan het gotische stadhuis en heeft een rijk rechtsiconografisch en heraldisch programma.<sup>19</sup> De meest opvallende centrale figuur in het reliëf van het Cambysesoordeel is de beul met het mes in de mond, een detail waarvoor David zelf wellicht inspiratie vond bij de in Brugge werkzame miniaturist Loyset Liédet.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> P. De Win, 'Rechtsarchäologie und Rechtsikonographie in Belgien. Zur Illustration: Der rechtsarchäologische und rechtsikonographische Reichtum der Stadt Brügge', *Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde*, 1991, 11-52, vooral 25-26; J. Esther en M. Meulemeester, 'Kleurrijk eerherstel van een 19<sup>de</sup>-eeuwse restauratie. De Burgerlijke Griffie op de Burg in Brugge', *Monumenten en Landschappen*, 1997, afl. 2, 36-54; A. Vandewalle, 'De ambachten aan de top. Het heraldisch programma van de Burgerlijke Griffie in Brugge', *Handelingen van het Genootschap voor Geschiedenis gesticht onder de benaming "Société d'Emulation" te Brugge*, 2007, 435-447.

<sup>19</sup> Bovenaan staat een geblinddoekte Justitia. De andere topbeelden zijn links Trouw (met hond) en rechts Gematigdheid (met gareel). Deze vergulde beelden werden pas in 1884 toegevoegd aan de gevel. Links een zestiende-eeuws reliëf met het Cambysesoordeel, rechts het Salomonsoordeel. In de geveltop het wapenschild van Keizer Karel. Een leeuw en een beer houden respectievelijk een gekroonde 'b' en het wapenschild van de stad. Onder het venster prijkt een wapenschild met het Lam Gods, wapen van de Brugse poortერი (vertegenwoordigd in het stadsbestuur door de hoofdman van het Sint-Janszestendeel).

<sup>20</sup> Uit Antoine de la Sale, *La Sale* (Zuidelijke Nederlanden, 1461), Brussel, Koninklijke Bibliotheek, Handschriftenkabinet, inv.nr. 9287-88, f° 132.



Boven, het oordeel van Cambyses van Antoon Claeisens (Brugge, Groeningemuseum ©Lukasweb).

Links, Miniatuur van Loyset Liédet (Brussel, Koninklijke Bibliotheek).



In de gravure (1606) die Joachim Uutewael maakte voor het boek *Thronus iustitiae* ligt Sisamnes' vel over zitvlak en armluning van Otanes' zetel (© Londen, British Museum).

Het laatste Brugse voorbeeld is daarentegen een aparte variant op het Cambyses-thema. Terwijl de meeste zeventiende-eeuwse kunstenaars kozen voor de aanstelling van Otanes, zien we in Antoon Claeissens' (1536-1613) paneel de beschuldiging van Sisamnes (en op de achtergrond, naar Davids voorbeeld, het aanbieden van geld aan de rechter in zijn deur-opening). Voor deze compositie is het daarenboven duidelijk dat de figuranten rondom de protagonist leden van het magistratuur zijn. Ze hebben individuele eigenschappen en dragen geen oosterse tulbanden, maar eigentijdse hoeden en pijpjeskragen.<sup>21</sup> Bruggeling Claeissens, telg uit een productief lokaal kunstenaarsgeslacht,<sup>22</sup> schilderde overigens als officieel stadsschilder verschillende opdrachten voor het bestuur en hij was ook een veel gevraagd portrettist.<sup>23</sup>

## Summary

The *Judgment of Cambyses* is a well known *exemplum iustitiae*, dating back to Herodotus' *Historiae*, and very popular in the middle ages. The king condemns the corrupt judge Sisamnes to be flayed. His skin is draped on the bench. The new appointed judge Otanes, seated on his father's skin, will always be aware to judge justly ... The story's most known representation is a diptych of Gerard David, today in the Bruges *Groeningemuseum*. This article draws attention to some other early modern paintings of the same story, all commissioned by magistrates near the Flemish coast: Bruges, Dunkirk and Nieuwpoort.

## Keywords

*Exemplum iustitiae*, judicial example, judge, judgment, legal iconography, corruption

<sup>21</sup> Er zijn negen mannen met gelijkaardige kledij. Mogelijks kan dit een verwijzing zijn naar de 'Negen Leden van de Gemeente', een indeling van de bevolking waarop de vertegenwoordiging was gebaseerd. Die negen hadden bijvoorbeeld ook een eigen wapenschild dat op de gevel van de burgerlijke griffie werd aangebracht, zie Vandewalle, 'De ambachten aan de top', 443-446.

<sup>22</sup> Zie o.a. M. Martens (ed.), *Brugge en de Renaissance. Van Memling tot Pourbus*, Brugge, 1998, 224-230.

<sup>23</sup> Tot de collectie van het Brugse *Groeningemuseum* behoort bijvoorbeeld een *Feestmaal met stadsfunctionarissen* (1574), een allusie op het banket van koning Ahasverus, waarvan verschillende figuranten ontegensprekelijke gelijkenissen vertonen met de mannen op het Cambysesdoek. Van Claeissens' hand is ook een Salomonsoordeel bewaard.



# RECENSIES

## Bibliotheek

J.G.B. Pikkemaat, *The Old Library of the Supreme Court of the Netherlands*, Hilversum, Uitgeverij Verloren, 2008, 116 p. + CD-ROM. ISBN 978 90 8704 071 0 (€ 20,00)

Bibliotheeken, en vooral oude bibliotheken, oefenen, net als archieven, een bijzondere aantrekkingskracht uit op rechtshistorici. Het gevoel van het oude papier, de geur van de lederen band en de mooie gravures op de frontpagina kunnen de lezer in de stilte van de leeszaal niet onverschillig laten en zullen dan ook nooit volledig plaats ruimen voor de gedigitaliseerde bibliotheek die men thuis of in de werkkamer op het scherm van de computer raadpleegt. Oude rechtsbibliotheeken vormen niet alleen een onuitputtelijke bron voor de geschiedenis van het oude recht, zij vertellen ons ook het verhaal van de jurist die deze bibliotheek tijdens zijn leven heeft bijeengebracht, of van de instelling die het fonds heeft opgebouwd en, generatie na generatie, verrijkt. Welke juridische onderwerpen krijgen vooral aandacht? Welke auteurs zijn toonaangevend? Is er zowel interesse voor rechtsleer als voor wetgeving en rechtspraak? In welke mate wordt enkel inheemse literatuur bijeengebracht of heeft men ook aandacht voor het Europese perspectief? En welke verschuivingen kan men in de loop van de tijd opmerken? Dit is het verhaal dat Joost Pikkemaat brengt in *The old Library of the Supreme Court of the Netherlands*. De bundel bevat namelijk zes opstellen, zowel van zijn eigen hand als van anderen, in verband met de oude bibliotheek van de Hoge Raad der Nederlanden bewaard in de Den Haag en is ook voorzien van enkele mooie illustraties en van een CD-ROM met de catalogi van deze bibliotheek.

Na een kort voorwoord van de voorzitter van de Hoge Raad der Nederlanden gaat Joost Pikkemaat eerst in op de manier waarop de boekencollectie evolueert en tendensen in de rechtspraktijk weerspiegelt en hoe de boeken, bewaard in het fonds gedurende de zeventiende en achttiende eeuw, de jurisprudentie beïnvloed of begeleid hebben.

Alain Wijffels buigt zich eveneens over de nauwe banden tussen rechtsboeken en rechtspraktijk. Na een korte inleiding over de evolutie van de rechtswetenschap (en de academische opleiding van juristen) sinds de late Middeleeuwen, gaat hij dieper in op de *autoritates* die in de rechtswetenschap van de Nederlanden worden geallegeerd, met bijzondere aandacht voor de werken van auteurs die ook raadsheer waren

bij de Hoge Raad, zoals Neostadius en Bijnkershoeck.

Tom de Smidt schetst vervolgens de geschiedenis van deze 'oude en edele dame', zoals hij de boekenverzameling van de Hoge Raad met enige tederheid noemt. De geschiedenis van deze uitzonderlijke collectie overbrugt meer dan vijf eeuwen, vermits ze haar oorsprong vindt bij het Hof van Holland en Zeeland in de late vijftiende eeuw. De verschillende catalogi die in de loop der tijden werden opgesteld, laten de auteur toe om de opeenvolgende ontwikkelingsstadia van de bibliotheek en de bewogen geschiedenis van de collectie te reconstrueren.

Naast deze bijdragen waar de geschiedenis van de oude bibliotheek van de Hoge Raad der Nederlanden centraal staat, vinden we in de bundel nog drie studies gewijd aan wat we meer technische vragen kunnen noemen en die ofwel uitgaan van één of ander boek uit de collectie, ofwel belicht worden aan de hand van de literatuur die men in de oude bibliotheek kan terugvinden. Peter Kop gaat in op de verplichting van de rechters in Holland en Friesland om enkel overeenkomstig de bepalingen van de wet te vonnissen. Met als uitgangspunt het bekende citaat van Montesquieu, geeft de auteur uitgebreid commentaar op de *Verhandeling over den pligt der regters in Holland en West-Vriesland om alleen naar den inhoud der wetten vonnis te vellen* van Bernardus van Houten (1794).

Ton Pos' interesse gaat uit naar het probleem van de hypotheek op roerend goed (*chattel mortgages*). De auteur ontleedt een aantal procesdossiers van de Hoge Raad van Holland en Zeeland uit de achttiende eeuw en schenkt hierbij ook aandacht aan een aantal auteurs, in het bijzonder Bijnkershoeck en Pauw, die tevens raadsheer bij de Hoge Raad waren.

Daan Asser, ten slotte, levert een studie over een 'complex en moeilijk vraagstuk', namelijk de juridische bescherming van de vrouw die wisselbrieven aanvraagt. Ook deze studie steunt op twee sententies van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland (tweede helft zeventiende en begin achttiende eeuw), waarop commentaar wordt geleverd op basis van de literatuur aangaande wisselbrieven die in de oude bibliotheek van het Hof te vinden was en die de raadsheeren dus konden raadplegen om hun vonnis te staven.

Rechtshistorici schenken vandaag heel wat aandacht aan de nationale maar ook aan de grensoverschrijdende rechtscultuur in het Europa van de nieuwe en nieuwste tijden, een vraagstelling waarbij men dikwijls polst naar de circulatie van de rechtswetenschap. Dit kan men nagaan door de samenstelling van de oude juridische bibliotheken te bestuderen

maar ook, zoals hier vaak het geval is, op basis van de auteurs en werken waar zowel in de vakliteratuur als in de bronnen van de rechtspraktijk naar verwezen wordt. In die zin levert deze bundel, volledig in het Engels samengesteld, een interessante bijdrage tot de studie van de rechtscultuur in de Lage Landen tijdens de vroegmoderne periode.

Serge Dauchy, Rijsel

## Rijkshofraad

Wolfgang Sellert en Ursula Machoczek (ed.), *Die Akten des Kaiserlichen Reichshofrats, Serie II: Antiqua, Band 1: Karton 1-43*, Berlijn, Erich Schmidt Verlag, 2010, 773 p. ISBN 978 3 503 09886 6 (€ 230,00)

Over de geschiedenis van de Rijkshofraad en de samenstelling van zijn archief heb ik de lezer in jaargang 7 (2005) van dit tijdschrift mogen inlichten (blz. 205-210). Daarna heb ik bericht dat collega Sellert (Göttingen) de middelen had gekregen om het Rijkshofraadarchief in een *Langzeitprojekt* toegankelijk te maken (*Pro Memorie*, 2007, 125-126). Er zijn thans al drie van de te verwachten achttien banden van de nieuwe inventaris verschenen. In 2009 zag *Die Akten des Kaiserlichen Reichshofrats, Serie I: Alte Prager Akten, Band 1: A-D* het licht, in 2010 gevolgd door *Band 2: E-J*, alsmede door het thans besproken werk.

Wat betreft de achtergronden van de benamingen *Alte Prager Akten* en (*Acta*) *Antiqua* verwijs ik naar mijn bijdrage van 2005. Het gedeelte van de oude serie *Antiqua* dat de letters H tot en met Z draagt, in totaal 1.084 dozen, wachtte nog steeds op ontsluiting. Het bestand stamt uit de zestiende tot en met de achttiende eeuw, met het zwaartepunt in de zeventiende eeuw. In het thans besproken boek vinden wij de inventaris van de eerste 43 dozen, met in totaal 730 dossiers. Indien wij deze cijfers mogen extrapoleren, zou de gehele serie meer dan 16.000 dossiers herbergen, veel meer dan het tot heden geschatte aantal van circa 9.500. Dit verschil is te verklaren uit het feit dat men vroeger is uitgegaan van de bij de vorming van het archief gegeven dossiernummers. Nu blijkt echter dat er indertijd vaak ‘verzamel-dossiers’ op naam van één natuurlijke of rechtspersoon zijn aangelegd die over meer dan één onderwerp handelen. De na splitsing ontstane nieuwe dossiers zijn van een subnummer voorzien en in de oorspronkelijke doos ingevoegd.

Zo is de samenhang binnen de dozen in stand ge-

bleven. Alleen de oude dozen *Antiqua* 27-31 zijn volledig nieuw geordend (blz. 336). Ook de interne volgorde van de dossiers binnen de dozen moest noodgedwongen dezelfde blijven. Dat zij in het verleden onder letter H gebracht zijn, betekent niet dat de ‘naamgever’ steeds de eiser of de voornaamste belanghebbende in het conflict geweest is. In vele gevallen was hij/zij juist de verweerder in een proces of de tegenpartij in een aan de Keizer gericht verzoek. Stukken betreffende een bepaalde procedure kunnen dus onder verschillende letters van het alfabet zijn terechtgekomen. Voorts heeft er in het verleden binnen de nu bewerkte 43 dozen geen systematische alfabetische ordening na de aanvangsletter H plaatsgevonden. Een eventuele hernummering van het hele bestand en de reconstructie van complete dossiers zullen derhalve pas mogelijk zijn na de inventarisering van alle 1.084 dozen.

De opbouw van de per dossier gegeven informatie is die van bovenvermelde eerdere inventaris met dien verstande dat de omschrijving van het onderwerp van het conflict, zoals de tijdgenoten deze formuleerden, niet meer is opgenomen. Aan de moderne beschrijving van het ‘onderwerp van de strijd’ is daarentegen een ruime plaats gegeven. Naast gegevens over de strijdende partijen en tijd, plaats en onderwerp van het conflict worden ook de voornaamste door partijen ter tafel gebrachte argumenten weergegeven. De gang van zaken wordt uitvoerig geschilderd om de inventaris tot nut te doen strekken aan een zo groot mogelijke kring van geïnteresseerden (blz. 13). Ook de in samenhang met het lopende proces door de Keizer of de organen van zijn hof, zoals de Geheime Raad, en door de Rijkshofraad getroffen beslissingen en gegeven bevelen, zijn gedetailleerd opgesomd.

In zijn *Vorwort* wijst eindredacteur Sellert erop dat het aantal bewaarde Rijkshofraaddossiers dat van de nog aanwezige procesbundels van het Rijkskamergerecht vermoedelijk flink zal overtreffen, hetgeen het relatieve belang van dit laatste college onderstreept. Bovendien blijkt uit de inventaris dat de Rijkshofraad meer dan het Rijkskamergerecht aan de vorming van een ‘interregionaal’ recht binnen het Rijk bijgedragen heeft. Voorbeelden hiervan zijn de talrijke op het internationale handelsverkeer betrekking hebbende dossiers, waarin in- en exportverboden, handelsmonopolies en -privileges en economische blokkades en represailles een rol spelen. Ik vermeld twee feitencomplexen waarin ook de Republiek der Verenigde Nederlanden en de regering van de Zuidelijke Nederlanden een rol speelden. Het eerste bestaat uit de verwikke-



lingen die in de late zestiende en vroege zeventiende eeuw zijn ontstaan uit het belangenconflict tussen de door koningin Elisabeth I van Engeland en haar opvolger gesteunde Londense *Company of Merchant Adventurers* en de steden van de Duitse Hanze. De ruggengraat van het archiefmateriaal (dossiers nrs. 385-418) wordt gevormd door nr. 385, dat 1.500 folio's telt: een uitgebreid rapport met 440 bijlagen, dat de fiscaal van het keizerlijk hof, dr. Johann Wenzel, in 1607 op keizerlijk bevel heeft opgemaakt en in 1608 aan de vorst aangeboden. Het behandelt de consequenties die het intrekken van de privileges van de Hanzesteden door Elisabeth I, de toelating van groepjes Engelse *Merchant Adventurers* in Hamburg, Emden en Stade, alsmede het – lange tijd door de Keizer niet tot uitvoering gebrachte – besluit van de Rijksdag van Augsburg (1582) om de *Adventurers* uit het Rijk te (laten) zetten, gehad hebben voor de financiële positie van de (overige) Hanzesteden en de betaling van hun 'Turkenbelasting' aan de Rijksschatkist. Het materiaal voor zijn rapport had de Rijkshofraad op bevel van de Keizer aan de fiscaal moeten bezorgen. 'Nach der Vorlage seines Gutachtens drängt Wenzel beim Kaiser wiederholt auf eine Entscheidung' (blz. 349). Wat deze besloten heeft, blijkt niet uit het regest, maar het rapport biedt ons een ware *Fundgrube* voor de diplomatieke geschiedenis met betrekking tot de opkomst van de Engelse hegemonie op de wereldzeeën en de neergang van de Hanze, alsmede voor de volken- en handelsrechtshistorie. Andere, nog niet geïnventariseerde dozen, bijvoorbeeld met de letters L (Lübeck, Lüneburg) of S (Stade), bevatten wellicht nadere informatie over dezelfde onderwerpen.

Het bovenstaande geldt *mutatis mutandis* ook voor een vijftiental dossiers met nummers tussen 457 en 476. De Hanzesteden, vooral Hamburg, doen hun uiterste best om niet betrokken te worden in de Tweede Engels-Nederlandse Oorlog (1665-1667). Zij wendden zich tot het keizerlijk hof en de Rijkshofraad met het verzoek om hen te steunen in hun demarches bij vreemde vorsten of regeringen. Het volkenrecht speelt in de argumentatie een belangrijke rol. Wij zien dat de stad Hamburg al in 1665 de Keizer verzocht om bij koning Karel II van Groot-Brittannië en de Staten-Generaal voor de Hanzesteden tussenbeide te komen, zodat de vloten van de belligerenten de vijand niet op de Elbe, de Weser en andere rivieren in het Rijk zouden achtervolgen en de neutraliteit van de kooplieden van de Hanze zouden respecteren (nrs. 457 en 458). Daarna komt de beschieting en kaping op 3 september 1666 van enige in de Elbe voor anker liggende koopvaardijsschepen door twee 'Hollandse

oorlogsschepen' en twee 'schepen van de Admiraliteit van Amsterdam'. Enkele aangevallen vaartuigen waren eigendom van *Merchant Adventurers* en zouden naar Groot-Brittannië uitvaren, een ander was van een Hamburgse koopman en had Spanje als bestemming (nr. 466). Karel II eiste schadevergoeding van de stad Hamburg omdat zij de koopvaardijsschepen niet had verdedigd (nr. 467), waarna de stad inderdaad 20.000 Rijksdaalders aan een Britse gezant betaalde (1672, nr. 475). Hamburg had eerder al met reges op de Staten-Generaal gedreigd (nr. 474). En op een zijtoneel vraagt de graaf van Oostfriesland de Keizer (1665) om bij Karel II te bewerken dat de Oostfriesse stad Emden door de Britse marine niet langer als deel van de Republiek beschouwd zou worden, met alle onaangename gevolgen van dien voor de Emdense kooplieden, hun schepen en hun waren (nr. 460).

Van heel andere aard zijn de vijftien dossiers waarin leden van het ridderlijke geslacht von Harff een rol spelen (nrs. 670-675, 678-683, 685-687). Soms betreft het willige jurisdictie of de bekrachtiging door de Keizer van huwelijksvoorwaarden (nr. 679), dan weer benoemt de vorst op verzoek van partijen commissarissen die een familieconflict moeten beslechten (nrs. 673, 674, 678, 680 en 685). Eenmaal daagt de keizerlijke fiscaal de schoonzoon van Wilhelm von Harff voor de Rijkshofraad wegens landvredebreuk (nr. 687). In 1567 blijkt een geschil tussen Wilhelm von Harff en de stad Keulen over een beek door de eerstgenoemde al voor de Raad van Brabant in Brussel gebracht te zijn, door zijn tegenstandster voor het Rijkskamergericht. In overleg met de gouverneur-generaal van de Nederlanden, Margareta van Parma, besluit Maximiliaan II dan het conflict in der minne door twee commissarissen (de aartsbisschop van Mainz en de prins van Oranje) te laten schikken. De hertogin, die de Raad van Brabant al gevraagd heeft om in deze zaak geen verdere stappen te zetten, verzoekt de Keizer hetzelfde te doen bij het Rijkskamergericht (nr. 670). Een halve eeuw later (1618) vragen de Harff en Keulen inderdaad aan de Keizer en de landvoogden om een door hen getroffen vergelijk te bekrachtigen (nr. 671).

De onderzoeker kan in deze inventaris veel belangwekkends vinden. Vijf zorgvuldig vervaardigde indices, onder andere van persoons- en plaatsnamen en van zaken, vergemakkelijken het gebruik. Met belangstelling kijk ik naar de volgende delen in de reeks *Antiqua* uit.

## Beurswezen

H. Willems en F. Buelens, *Beurzen van België. Een geschiedenis van het beurswezen, 1801-1867*. Studies in Social and Economic History, dl. 36, Leuven, Universitaire Pers, 2011, 288 p. ISBN 978 90 5867 856 0 (€ 49,50)

Dit boek biedt een overzicht van de ontwikkelingen van het Belgische beurswezen, van de Frans-revolutionaire periode tot aan de grondige hervorming in 1867. Het werd geschreven door twee onderzoekers van het Studiecentrum voor Onderneming en Beurs van de Universiteit Antwerpen, dat zich tot doel stelt de geschiedenis van het Belgische beurswezen en van Belgische vennootschappen in de negentiende en twintigste eeuw te bestuderen. De ontwikkelingen die in het boek worden geschetst, hebben een sterke rechtshistorische en institutioneel-historische dimensie. De grote golf van hervormingen in het Belgische economische recht, die rond 1847 startte en tot de jaren 1890 aanhield, heeft immers ook het beurswezen veranderd en bepaald.

Het Franse decreet van 21 april 1791 maakte de beurshandel vrij. Aankopen van aandelen en effecten konden ook buiten een beursgebouw en de intenaars dienden dergelijke transacties niet via erkende makelaars of wisselagenten te doen. In 1795 werd die politiek teruggedraaid. Goud- en zilvertransacties mochten voortaan alleen in een beurs en daarvoor dienden dagelijks wisselkoersen te worden vastgesteld. Met de wet van 28 ventôse IX (19 maart 1801) verstrengde Napoleon de beurshandel nog. Er mocht slechts gewerkt worden met officiële makelaars, die door de centrale overheid werden benoemd. Die beslissing legde de grondslag voor het overwicht van makelaars in de organisatie van het beurswezen in de eerste helft van de negentiende eeuw.

Een erg interessant aspect van het boek vormt de vervlechting van drie Napoleontische instellingen, namelijk de beurs, de kamers van koophandel en de rechtbanken van koophandel. De rechtbanken van koophandel kregen samen met de kamers van koophandel een stem in de beoordeling van kandidaat-beurmakelaars. Die regeling werd – na een intermezzo in de Hollandse tijd – opnieuw ingevoerd met een KB van 22 april 1836, dat ook stelde dat kandidaat-makelaars een bekwaamheidscertificaat van die instellingen moesten verkrijgen. De rechtbanken van koophandel oordeelden verder over geschillen tussen beurmakelaars die niet door hun syndicale kamer in

der minne konden worden geregeld. De Antwerpse kamer van koophandel en de Antwerpse rechtbank van koophandel trokken verder in politieke discussies steeds aan hetzelfde zeel. De liberalisering van het makelaarsberoep, die in de jaren 1850 een eis van beide instellingen was, is er mede door toedoen van hun samenwerking gekomen. Ze konden een blok vormen tegen de politiek van het Antwerpse stadsbestuur.

De wisselende rol van de stedelijke overheden is een belangrijk onderdeel van dit boek. Na 1801 behoorde de gemeente de beurs, maar werden makelaars door de centrale regering benoemd. Onder het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden kreeg het lokale bestuur wel de volledige controle over de beurmakelaars en wisselagenten, zelfs ten koste van de centrale regering en ook ten nadele van de rechtbanken en de kamers van koophandel. Voor het overige hadden de stadsbesturen een superviserende functie. Ze konden een beursreglement uitvaardigen, maar dat mocht maar op aspecten van politie betrekking hebben. De syndicale kamers van beurmakelaars en wisselagenten bepaalden tot 1840 welke titels werden toegelaten en tot 1867 stelden ze de koersen vast. In de Belgische periode werd de rol van de stedelijke besturen teruggedroefd. Een KB van 22 april 1836 legde het benoemingsrecht van makelaars en wisselagenten weer bij de regering en herstelde ook de adviserende bevoegdheid van de rechtbanken en kamers van koophandel. De stedelijke beursreglementen moesten door de bevoegde minister worden ondertekend. De stadsbesturen werden op die manier grotendeels buitenspel gezet, al bleef hun informele invloed groot.

De wet van 30 december 1867 hervormde het beurswezen grondig. Voortaan was het makelaarsberoep volledig vrij. Kandidaten dienden geen bekwaamheidscertificaat voor te leggen en er was geen monopolie verbonden aan de functie, die werd verkregen door het betalen van een belasting. De syndicale kamers van makelaars en wisselagenten werden omgevormd tot beurscommissies, die ook handelaars onder haar leden telden. De auteurs tonen mooi aan dat die hervormingsbeweging kaderde in de *laissez faire*-politiek van de jaren 1860, die tekenend was voor het uitsluitend liberale bewind van de periode 1857-1870. Toen en ook nadien werd het Wetboek van Koophandel grondig hervormd. De internationalisering van de handel droeg bij tot de vernieuwingen. Vrijhandelsverdragen leidden tot lagere douanetarieven en de stedelijke octrooien werden afgeschaft.

Het boek biedt verder een inzicht in de problemen die uit dit nieuwe beleid voortvloeiden. Toen in de jaren 1870 de graanhandel op de Antwerpse markt sterk toenam, werd een *Chambre arbitrale et de conciliation pour grains et graines* opgericht. In de decennia daarna ontstonden allerhande goederenbeurzen en -markten, en werden op die plaatsen kamers voor arbitrage gevestigd. Hopelijk schrijven de auteurs nog een vervolg over de periode van de tweede industriële revolutie (ca. 1870-1914). De positie van de rechtbanken van koophandel in het beurswezen nam in die tijd, volgens de enkele gegevens die in het boek aan bod komen, af. Met de wet van 11 juni 1875 werden de kamers van koophandel afgeschaft en zo werd de rechtbank van koophandel de enige instantie die adviseerde over de benoeming van leden in de beurscommissies. Het blijkt nochtans dat de rechtbanken van koophandel, althans in Antwerpen en Brussel, weigerden om dat te doen. In 1883 werd hun inbreng wel opnieuw wettelijk verankerd, maar zelfs na die tijd bleven de rechtbanken terughoudend. De precieze verhouding tussen de kamers van koophandel, de rechtbanken van koophandel en de beurscommissies na 1870, ook ten aanzien van de jurisdictie van de rechtbanken van koophandel, verdient nader onderzoek.

Het besproken werk is erg rijk aan informatie. Zo komt de lezer niet alleen veel te weten over de beurzen van Antwerpen en Brussel, maar worden ook weinig gekende negentiende-eeuwse beurzen behandeld, zoals die van Dendermonde en Brugge. Het boek is gebaseerd op uitgebreid archiefonderzoek (zelfs in niet-openbare archieven) en vormt een belangrijke bijdrage tot de kennis over een boeiende periode. De rechtshistoricus kan hier en daar wat onjuiste terminologie aantreffen, maar dat stoort niet. Over het algemeen zou een juridisch-technische analyse van de ontwikkelingen minder hebben opgeleverd dan het brede perspectief dat in dit boek wordt gehanteerd. Wat kan de constante interactie tussen de beurs, de rechtbank van koophandel en de kamer van koophandel bijvoorbeeld beter illustreren dan de vaststelling dat ze in vele steden in hetzelfde gebouw waren ondergebracht? Toch hadden de auteurs misschien meer sociale geschiedenis kunnen beoefenen en ook de prosopografische methode kunnen hantieren. Een analyse van de mobiliteit van de ene naar de andere instantie zou een ander licht op de controlerende bevoegdheden kunnen werpen. Die lijken – op basis van het geschetste materiaal – veeleer theoretisch te zijn geweest. Deze opmerking doet natuurlijk geen afbreuk aan de hoge kwaliteit van dit boek,

dat voor elkeen die geïnteresseerd is in negentiende-eeuwse Belgische economische (rechts)geschiedenis, een must is.

Dave De ruysscher, Brussel

### Kerk en staat

M.A.H.P. van Stiphout, *Scheiding van kerk en staat en de ontwikkeling van de kerk tot een zelfstandige geloofsgemeenschap. Studies over de rooms-katholieke kerk vanuit juridisch perspectief (1790-1965)*. CRBS-Dissertatiereeks [Centrum voor Recht, Bestuur en Samenleving van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Groningen], Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 278 p. ISBN 978 90 8974 445 6 (€ 70,50)

In dit boek, de uitgave van het proefschrift dat de auteur in 2011 aan de Universiteit Groningen verdedigde, wordt het concept scheiding van kerk en staat vanuit een historisch perspectief onderzocht. De auteur is daarbij bijzonder ambitieus geweest. De nadruk van het werk ligt op de periode 1790-1965, maar ook vroegere evoluties komen uitgebreid aan bod. Hij onderzocht verder niet alleen het recht van staten (vooral Frankrijk en Italië), maar ook kerkrechtelijke en theologische teksten.

De premisse van het boek is dat een scheiding van kerk en staat, als ze als een tweedeling tussen twee sferen wordt opgevat, niet kan functioneren en derhalve ook geen conceptuele waarde heeft. Scheiding van kerk en staat veronderstelt steeds een wisselwerking en zelfs een samenwerking tussen de staat enerzijds en georganiseerde levensbeschouwingen anderzijds. Er zijn verschillende dergelijke confessionele entiteiten, omdat een scheiding van kerk en staat op religieus pluralisme is gegrond. De auteur benadrukt dat georganiseerde levensbeschouwingen niet alleen met de staat maar ook met elkaar interageren en dat ze reageren op de zich wijzigende opvattingen in de samenleving. Precies omwille van het belang van die context is het blikveld van deze studie erg ruim. Er gaat veel aandacht naar buitenkerkelijke ontwikkelingen. Het boek toont aan dat theoretische inzichten uit veranderingen in de profane maatschappij voortvloeiden. Theologische modellen hebben steeds eerdere innovaties, in de concrete relatie tussen kerk en staat, opgenomen.

Een originele invalshoek betreft de benadering van het probleem van de scheiding van kerk en staat van

uit de theologie. De auteur schetst de ontwikkeling van de canoniekrechtelijke en theologische interpretatie van de Kerk als organisatie, in haar verhouding tot wereldlijke overheden. Dat perspectief ontbreekt doorgaans in overzichten over dit onderwerp. Meestal wordt het profane recht als uitgangspunt genomen en blijft de kerkelijke visie op de achtergrond. Een van de voornaamste stellingen van het boek is dat precies de scheiding van kerk en staat het mogelijk maakte dat de Heilige Stoel zich in de negentiende eeuw steeds meer als een staat ging beschouwen en dat hij het vermelde principe snel omarmde, omdat hij er nut voor de eigen machtspositie in zag.

De auteur start zijn verhaal in de Romeinse tijd en gaat vandaar naar de vroegmoderne periode. Er komen in het werk slechts enkele verwijzingen naar denkers uit de middeleeuwen (bijvoorbeeld Thomas van Aquino) voor, die bovendien weinig werden uitgewerkt. Het belangrijkste theoretische vertrekpunt is volgens de auteur Robertus Bellarminus' theorie over het *Ius Publicum Ecclesiasticum*, uit de late zestiende eeuw. De auteur toont aan dat Bellarminus' visie een aanzet vormde voor de negentiende-eeuwse invulling van de kerk als staat. Bellarminus' theorie vertrok nog van de verwevenheid van kerk en staat, maar ze respecteerde de wetgevende bevoegdheden van vorsten en hun recht om bisschoppen te benoemen. De *Respublica Christiana* stond toen nog centraal. Staat en kerk werkten samen en hun belangen en doelstellingen waren sterk verstrengeld. De paus kon in Bellarminus' visie gezag uitoefenen en ook op grond van indirecte bevoegdheden, gebaseerd op het zielenheil, in wereldlijke materies tussenkomen, weliswaar steeds met respect voor de profane overheden.

In de negentiende eeuw werd een theorie van *societas perfecta* opgezet, die de kerk als een staat beschouwde. De kerk was volgens deze visie perfect op zichzelf en kon alles wat een wereldlijke overheid kon. Het *Ius Publicum Ecclesiasticum*, een term die Bellarminus lanceerde, werd in de negentiende eeuw tot een synoniem van de juridische organisatieleer van de kerk. Deze beschouwde zich immers steeds meer als een publiekrechtelijke entiteit. De auteur toont aan dat de visies over een *societas perfecta* en over *Ius Publicum Ecclesiasticum*, die op theologisch niveau werden uitgebouwd, een gevolg waren van de scheiding van kerk en staat die in de Franse Revolutie werd gecreëerd. Dat was deels een gevolg van de fictie van deze constructie. De kerk had immers sinds de restauratiegolf van de vroege negentiende eeuw opnieuw haar plaats in de samenleving opgeëist. Dat ging ge-

paard met een intense samenwerking tussen kerk en staat. Het bekende concordaat van 1801, dat door de paus en Napoleon werd gesloten, wordt daarom door de auteur als het einde van de formele en louter conceptuele scheiding van kerk en staat van de vroege Franse Revolutie beschouwd. Datzelfde concordaat toont aan dat scheiding van kerk en staat een fictief concept was, maar ook dat het mogelijkheden bood voor de kerk om nieuwe bevoegdheden op te eisen. De auteur stelt dat de kerk, ten gevolge van de scheiding van kerk en staat, meer aanspraken kon maken dan voordien en dat de structuur van een Kerk als sterk georganiseerde instantie omwille van die scheiding is ontstaan. Het recht tot benoeming van bisschoppen, dat in het concordaat van 1801 en rond die tijd ook elders aan de paus werd verleend, was daar symptomatisch voor. De these van een toegenomen macht van de kerk ten gevolge van de doorgevoerde scheiding van kerk en staat is erg overtuigend en ze biedt weerwerk tegen een te vaak veronderstelde lineaire ontwikkeling in de geschiedenis. In de negentiende eeuw was de kerk een stuk machtiger dan in de achttiende.

Nochtans roept dit werk ook wel wat vragen op. Het verband tussen de geschetste ontwikkelingen en de thesen van het boek is bijvoorbeeld niet altijd duidelijk. Sommige pagina's lijken niet bij te dragen tot een argumentatie en een schets van de context vloeit soms over in een historisch overzicht van religieuze ontwikkelingen zonder meer. De brede thematische benadering houdt natuurlijk verband met het uitgangspunt van de auteur, die de band tussen maatschappelijke ontwikkelingen in de ruimste zin en theologische constructies wil aantonen. Daar slaagt hij op vele punten inderdaad in. De link die tussen pauselijke encyclieken zoals *Quanta cura* (1864) en de ontwikkelingen in Italië wordt gelegd, is bijvoorbeeld erg sterk. Op andere punten is het beeld echter minder duidelijk. De verhouding tussen de geschiedenis van religieuze dissidentie vanaf de zestiende eeuw (blz. 13-51) en het concept van scheiding van kerk en staat is bijvoorbeeld vaag. Verder stelt de auteur dat scheiding van kerk en staat uiteindelijk een garantie vormde voor binnenkerkelijke vernieuwing in de twintigste eeuw, op het vlak van zowel canoniek recht, liturgie als theologie. De *Codex Iuris Canonici* van 1917 kan beschouwd worden als een adaptatie van de statelijke techniek van codificatie, zoals de auteur stelt. Het is echter niet duidelijk hoe veranderingen in de liturgie, waarvan de meeste er uiteindelijk pas in 1965 kwamen, tot de scheiding van kerk en staat kunnen worden terug-

gevoerd. De auteur suggereert dat ook binnenkerkelijk pluralisme, in de negentiende en twintigste eeuw, een gevolg was van die scheiding (blz. 244). Nochtans wordt de paradox met een meer en meer versterkte kerk als statelijke organisatie, die bovendien een onfeilbare paus als hoofd kreeg, niet geproblematiseerd. Op sommige bladzijden lijkt de auteur te suggereren dat de ware kerk, met diverse opinies, ondergronds ging, terwijl de paus censuur uitoefende en absolutistische propaganda verspreidde (blz. 175 en 201). De vraag waarom de kerk het beginsel van scheiding van kerk en staat als fundamenteel principe omarmde, maar tegelijkertijd maar weinig discussie in eigen rangen toleerde, wordt op die manier prangend. De auteur toont zich herhaaldelijk en terecht kritisch over de weerstand tegen politieke vernieuwing in de kerk en de pauselijke staat. De vraag naar het functionele in de interpretatie van scheiding van kerk en staat, door de kerk en de paus zelf, zindert op de achtergrond, maar wordt niet beantwoord.

Een ander vraagteken betreft de breuk die de Franse revolutie volgens de auteur betekende. Hij situeert het concept scheiding van kerk en staat grotendeels aan het einde van de achttiende eeuw, al erkent hij een zekere voorgeschiedenis in maatschappelijke ontwikkelingen vanaf de zestiende eeuw. De context van discussie waartoe de Reformatie aanleiding gaf, resulteerde volgens de auteur in 'de eerste theoretische aanzetten' van een scheiding van kerk en staat (blz. 50). Die these overtuigt eigenlijk niet. De auteur zelf benadrukt dat de confrontatie met protestanten in een terugplooiën op zichzelf (*Kontroversetheologie*) resulteerde (blz. 23). Verder gaat die visie voorbij aan de intellectuele middeleeuwse tradities. De auteur benadrukt het 'monisme van de middeleeuwen' (blz. 238), dat er volgens hem voor zorgde dat de ideeën van Gelasius en Augustinus geen invloed hadden. Dat monisme was er niet in de praktijk, en niet in de theorie. Ontwikkelingen in de praktijk die een invloed hebben gehad op de relatie tussen paus en vorst, zoals de laatmiddeleeuwse discussies inzake de bevoegdheid van kerkelijke en wereldlijke rechtbanken ten aanzien van huwelijkszaken, testamenten en andere aangelegenheden, komen kort aan bod (blz. 114-115) maar worden niet met de thesen in verband gebracht. Op theo-

logisch en canoniekrechtelijk vlak bestond een rijke literatuur over deze problemen. De *libertas ecclesiae* vormde een product van de Gregoriaanse omwenteling van de late elfde eeuw. Toen slaagde de paus erin het patronaatsrecht van vorsten over bisschoppen te doorbreken. Dat leidde niet tot een breuk met de staten, maar precies tot een heroriëntering van de verhouding tussen de staten en de paus. Die relatie werd sterk uitgewerkt in laatmiddeleeuwse intellectuele geschriften. Het lijkt erop dat de reorganisatie van de kerk vanaf de late elfde eeuw op vergelijkbare mechanismen was gebaseerd als in de negentiende eeuw, al was de kerk – en daar heeft de auteur een sterk argument – in die laatste periode machtiger dan voordien. In het algemeen ontbreekt dus de intellectuele voorgeschiedenis van Bellarminus' concepties. Het boek gaat grotendeels voorbij aan het werk van Brian Tierney en Harold Berman, die de Gregoriaanse omwenteling en de binnenkerkelijke organisatie die ermee gepaard ging, als een model voor de ontwikkeling van moderne staten hebben beschouwd. Was een zekere scheiding van kerk en staat vanaf circa 1100 en ook nadien niet in de eerste plaats een reactie van de paus om zich te beschermen tegen de aanspraken van vorsten, die de bestuurlijke ambities van de paus kopiëerden?

In elk geval blijft de wisselwerking tussen de negentiende-eeuwse theologische beeldvorming over de kerk als geheel enerzijds en de toenmalige verhoudingen tussen de paus en de staten als verklaringsmodel anderzijds zeer belangrijk. De auteur toont overtuigend aan dat de secularisering in negentiende-eeuws Italië en het *Risorgimento* voor gevolg hadden dat de paus een krachtige visie op de kerk als staat ontwikkelde, ook omdat hij zich als vorst in de pauselijke staten tegen een laïcisering in dat gebied kante. In rechtstheoretische en positiefrechtelijke zin levert dit boek een nieuwe bijdrage tot een problematisering van het begrip scheiding van kerk en staat. Bovendien toont het aan dat een brede historische benadering van een probleem, die theorievorming in recht en theologie met maatschappelijke gebeurtenissen in verband brengt, interessante inzichten kan opleveren.

Dave De ruysscher, Brussel



## OVER DE AUTEURS

Dra. Inge van Bamis studeerde in 2011 af als historica aan de Katholieke Universiteit Leuven en volgt momenteel de opleiding Archivistiek en hedendaags documentbeheer aan de Vrije Universiteit Brussel. Haar masterproef won in 2011 de tweede plaats in de Visser-Neerlandiawedstrijd voor scripties van het Algemeen Nederlands Verbond en werd onlangs gepubliceerd (*Een nieuw begin? Gratieverlening naar aanleiding van de Blijde Intrede van Albrecht en Isabella (1599)*). E-mail: [inge\\_van\\_bamis@hotmail.com](mailto:inge_van_bamis@hotmail.com).

Prof. Dr. Kees Cappon is hoogleraar Rechtsgeschiedenis van de juridische faculteit van de Universiteit van Amsterdam. E-mail: [C.M.Cappon@uva.nl](mailto:C.M.Cappon@uva.nl).

Dr. Bruno Debaenst studeerde geschiedenis, rechten en criminologie aan de Universiteit Gent en is daar werkzaam als doctor-assistent rechtsgeschiedenis. E-mail: [Bruno.Debaenst@UGent.be](mailto:Bruno.Debaenst@UGent.be).

Prof. Dr. Dirk Heirbaut is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Romeins recht aan de Universiteit Gent. E-mail: [Dirk.Heirbaut@UGent.be](mailto:Dirk.Heirbaut@UGent.be).

Dr. Kees Kuiken promoveerde op een achtste-eeuwse Zuidchinese zenheilige (Groningen 2002), doceerde van 2003 tot 2006 Indische godsdiensten aan de Rijksuniversiteit Groningen en publiceerde een aantal historische boeken en artikelen. Hij is geregistreerd als beëdigd vertaler (Chinees, Engels, Nederlands). E-mail: [kees.prosopo.kuiken@gmail.com](mailto:kees.prosopo.kuiken@gmail.com).

Prof. Dr. Georges Martyn doceert geschiedenis van het recht aan de Universiteit Gent. E-mail: [Georges.Martyn@UGent.be](mailto:Georges.Martyn@UGent.be).

J. (Pim) Oosterhuis studeerde rechten aan de Erasmus Universiteit en promoveerde in 2011 aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij is als universitair docent verbonden aan de capaciteitsgroep Grondslagen en methoden van het recht, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Maastricht. E-mail: [janwillem.oosterhuis@maastrichtuniversity.nl](mailto:janwillem.oosterhuis@maastrichtuniversity.nl).

A.J.B. Sirks is Regius Professor of Civil Law aan de Universiteit van Oxford en Fellow van All Souls College. E-mail: [boudewijn.sirks@law.ox.ac.uk](mailto:boudewijn.sirks@law.ox.ac.uk).



## Aanleveren kopij

Kopij kan in digitale vorm (tekst en illustraties) worden toegezonden aan:

- dr. P. Brood (Nationaal Archief Den Haag), redactiesecretaris: p.brood@planet.nl
- prof.dr. A.M.J.A. Berkvens (Universiteit Maastricht), hoofdredacteur Nederland: louis.berkvens@maastricht-university.nl
- prof.dr. G. Martyn (Universiteit Gent), hoofdredacteur België: Georges.Martyn@UGent.be

## Auteursinstructies

### Algemeen

Om te voorkomen dat het persklaar maken van de kopij al te ingewikkeld en tijdrovend wordt, verzoeken we de auteurs zich te houden aan het volgende:

- Hou de tekst zo ‘plat’ mogelijk. Vermijd extra’s zoals kopteksten, verschillende lettertypes en -groottes of auteursnamen met uitsluitend hoofdletters. Enkel voetnootnummers staan in superscript.
- Gelieve citaten te voorzien van enkele aanhalingstekens en niet te cursiveren. De aanhalingstekens sluiten in de regel direct na het geciteerde.
- Plaats voetnootnummers: in de regel na een leesteken.

De werkelijkheid is altijd ingewikkelder. De redactie zorgt voor resterende uniformeringskwesties.

### Samenvatting

Artikelen dienen vergezeld te zijn van een korte samenvatting (5 à 10 regels), met maximaal 8 trefwoorden, in het Engels.

### Voetnoten

Vanaf jaargang 12 gebruikt de redactie een eenvoudiger systeem dan voorheen. Haakjes hoeven niet meer. De delen van de verwijzing worden gescheiden door een komma.

Er wordt qua citeerwijze geen onderscheid gemaakt tussen verwijzingen naar een volledige publicatie dan wel naar een bepaalde passage in een publicatie. Er wordt wel een onderscheid gemaakt tussen de eerste en de verdere verwijzingen naar een zelfde publicatie. De eerste keer is de verwijzing volledig, de tweede keer wordt ze verkort.

### A boeken (monografieën)

- \* zelfstandige uitgave (verwijzing naar het werk als dusdanig): R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, 2004.
- \* zelfstandige uitgave (verwijzing naar een passage uit het werk): R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, 2004, 23-25.
- \* boek uit een reeks P.L. Nève, *Schets van een geschiedenis van het notarisambt in het huidige België tot aan de Franse wetgeving*. Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut, dl. 34, Nijmegen, 1995. Verkorte citeerwijze: Nève, *Notarisambt België*, 120-121.

### B bijdragen in boeken (bundels)

J.H.A. Lokin, ‘De Code civil: een rechtsdogmatische evaluatie’, in: D. Heirbaut en G. Martyn (red.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, 2005, 63-75.

### C tijdschriftartikelen

- \* als de verschillende afleveringen van een bepaalde jaargang een doorlopende nummering hebben: A.H. Huussen, ‘De rechtspraak in strafzaken voor het Hof van Holland in het eerste kwart van de achttiende eeuw’, *Holland. Regionaal-historisch tijdschrift*, 1976, 117-119.
- \* als de paginering elke aflevering herbegint, dan is het noodzakelijk na de jaargang het nummer of de aflevering te vermelden in arabische cijfers, na de afkorting ‘afl.’. M. Berendse, ‘Geen standbeelden, maar archieven’, *Nationaal Archief Magazine*, 2010, afl. 2, 28.

### D archief

De aanbevolen volgorde is: Stad, archiefinstelling, archieffonds, inventarisnummer. Bij de eerste vermelding staat alles voluit, met tussen haakjes de afkortingen die verder zullen gebruikt worden voor de aanduiding van de archiefinstelling en het archieffonds. Den Haag, Nationaal Archief (NA), Ministerie van Buitenlandse zaken: Consulaat-Generaal te Antwerpen (CGA), 1842-1956, inv.nr. 510.

Tussen de verschillende verwijzingen staat een kommapunt.

Een uitgebreide auteursinstructie is te lezen op de website van OVR <http://www.rechtsgeschiedenis.org>.

# INHOUD

Pro Memorie 14 (2012), aflevering 1

## Redactioneel

### Artikelen

A.J.B. Sirks en D. Heirbaut	Eens een Nederlander, altijd een Nederlander. Rechtshistorici uit de Lage Landen (12): interview met Felix Wubbe	2
Dirk Heirbaut	De vroege feodaliteit in de Lage Landen. Een en ondeelbaar in alle vorstendommen?	18
Kees Kuiken	Opstrek of aanwas? Bezits- en rechtsverhoudingen in en om Het Bildt in Friesland tot 1506	31
Inge Van Bamis	Remissiebrieven in het historisch onderzoek: Een status quaestionis	55
Janwillem Oosterhuis	Nakoming in huwelijks- en handelsrecht tijdens het legisme	78
Bruno Debaenst	Moeder Marckx maakt geen bastaard!	97
Kees Cappon	Über die Methode. Bij de verschijning van een intellectuele biografie van Henk Hoetink (1900-1963)	108
Georges Martyn	Cambyses aan de Vlaamse kust	126

### Recensies

J.G.B. Pikkemaat, *The Old Library of the Supreme Court of the Netherlands* (Serge Dauchy) 137; Wolfgang Sellert en Ursula Machoczek (ed.), *Die Akten des Kaiserlichen Reichshofrats, Serie II: Antiqua, Band 1: Karton 1-43* (Paul Nève) 138; H. Willems en F. Buelens, *Beurzen van België. Een geschiedenis van het beurswezen, 1801-1867* (Dave De ruyscher) 140; M.A.H.P. van Stiphout, *Scheiding van kerk en staat en de ontwikkeling van de kerk tot een zelfstandige geloofsgemeenschap. Studies over de rooms-katholieke kerk vanuit juridisch perspectief (1790-1965)* (Dave De ruyscher) 141

Over de auteurs 144