

REDACTIONEEL

Dit bijzonder nummer van *Pro Memorie* bevat een selectie van lezingen gehouden op het 22ste Nederlands-Belgisch Rechtshistorisch Colloquium te Maastricht, 16-17 december 2016, en georganiseerd door de gastredacteuren Van Hofstraeten en Oosterhuis. Aan hen gaf de vaste kernredactie de volmacht om de bijdragen te selecteren en te redigeren.

Deze aflevering biedt een proeve van het rechtshistorisch onderzoek over de Lage Landen. Vanzelfsprekend is het rechtshistorisch onderzoek in de Lage Landen veel breder, getuige het zeer diverse programma (zie vooralsnog <https://www.maastrichtuniversity.nl/programma>). Echter, in lijn met de doelstelling van *Pro Memorie* hebben ondergetekenden een zevental bijdragen geselecteerd, die niet het internationale of bijvoorbeeld Romeinse, maar enkel het oudvaderlandse recht betreffen en die daarenboven op het ogenblik van presentatie in december 2016 als afgerond onderzoek konden beschouwd worden. De gastredactie onderwierp alle inzendingen aan de traditionele *double blind peer review* en kreeg van de voltallige redactie in haar najaarsvergadering groen licht.

De bijdragen geven een beeld van de breedte van dat rechtshistorisch onderzoek in de Lage Landen, op zowel chronologisch, thematisch als ook methodisch vlak. De bijdragen bestrijken de zestiende tot en met de twintigste eeuw, betreffen het privaatrecht, het burgerlijk procesrecht en het strafprocesrecht, of een snijvlak van deze gebieden, en proberen rechtshistorische ontwikkelingen of gebeurtenissen te duiden door onder meer gebruik te maken van een dogmatische benadering, een uitgebreide politieke of economische inkadering, of het kwantificeren van bepaalde gegevens.

De bijdrage van Wouter Druwé betreft de aflosbaarheid van renten zoals die aan bod komt in vroegmoderne *consilia* en *decisiones* tussen ongeveer 1500 en 1670. Mede in het licht van het woekerverbod, werden in de toenmalige ‘geleerde rechtspraktijk’ diverse, genuanceerde standpunten ingenomen.

Michael Milo en Emanuel van Dongen behandelen het procesrecht bij het Hof van Utrecht in de achttiende eeuw. Aan de hand van enkele procesdossiers geven zij een prachtige inblik in de toepassing van het geleerde recht destijds, maar ook in het leven van alledag, van *academici* tot kooplui.

Marc Ronvaux deed onderzoek naar de *appèldossiers* uit de achttiende eeuw vanuit Namen bij de Grote Raad van Mechelen. Zijn deels kwantitatief onderzoek biedt verschillende, interessante aanknopingspunten voor vervolgonderzoek, bijvoorbeeld als het gaat om de ‘great litigation decline’ in de achttiende eeuw, die ook in de afname van het aantal beroepsdossiers vanuit Namen zichtbaar is.

Ronnie Bloemberg schetst in zijn bijdrage de ontwikkeling van het strafrechtelijk bewijs in Nederland tussen 1750 en 1870. In deze periode vindt een ingrijpende overgang plaats van een wettelijk bewijssysteem – waarin een rechter in beginsel alleen moest nagaan of aan algemene eisen was voldaan – naar een systeem waarin de rechter vrijwel volledig op zijn eigen overtuiging werd aangewezen. Voor deze fundamentele verandering zoekt de auteur een verklaring.

In de bijdrage van Johan Van de Voorde ijlt het verleden na in het heden: de auteur onderzoekt uiterst nauwgezet of de schorsing van de inwerkingtreding van het Burgerlijk Wetboek 1830 door de uitvoerende macht destijds wel legitiem was. Zijn zeer zorgvuldig beargumenteerde bijdrage lijkt het definitieve antwoord te geven op de vraag ‘Zijn de Belgen Napoleons trouwste onderdanen?’.

De bijdrage van Katrin Vanheule betreft opnieuw het strafprocesrecht, meer in het bijzonder het militair strafprocesrecht in België na de Eerste Wereldoorlog. Beeldend beschrijft zij de repressie van contraspionage voor de Duitse bezetter door de Belgische militaire rechtbanken tussen 1918 en 1919. Centraal staan de processen tegen ‘verklikkers’ van *La Libre Belgique*.

Harry Runia, ten slotte, behandelt de ambivalente regeling van de bescherming van bezit – feit of recht? – in het huidige Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Aan de hand van archiefmateriaal toont hij op overtuigende wijze aan dat deze ambivalentie te wijten is aan de uiteindelijke keuze van Meijers voor een causaal stelsel van eigendomsoverdracht en zijn wens om de harde gevolgen daarvan voor bezitsbescherming te verzachten.

Als gastredacteuren bevelen we dit bijzondere nummer met een bonte bloemlezing uit Noord en Zuid van harte bij u aan. Wij danken de kernredactie voor het gestelde vertrouwen.

Janwillem Oosterhuis en Bram Van Hofstraeten

DE AFLOSBAARHEID VAN RENTEN IN NEDERLANDSE CONSILIA EN DECISIONES (CA. 1500-1670)

I Inleiding

In de late middeleeuwen en de vroegmoderne tijd legde het woekerverbod strenge beperkingen op aan gewone verbruikleningen op interest. Handelaren en rechtspractici ontwikkelden echter diverse financieringstechnieken ter omzeiling van dit verbod, onder meer de verkoop van jaarlijkse renten.¹ In de eenvoudigste vorm hield zo een rentekoop in dat een kredietnemer-verkoper een recht op een jaarlijkse rente (*reditus, census*) aan een kredietverlener-koper verkocht, die in ruil daarvoor een koopprijs betaalde. Aanvankelijk waren deze renten gevestigd op een stuk grond, later kwamen ook persoonlijke renten in toenemende mate voor. De rentevestiging was zeker vanaf de vijftiende eeuw erg in zwang voor de overheidsfinanciering. Ook voor de kerkelijke en private financiering waren rentecontracten niet weg te denken.² Hoewel sommige theologen, onder wie Hendrik van Gent (1217-1293), dit contract nog onder alle omstandigheden als woekerachtig beschouwden,³ verkreeg de geldelijke rentevestiging pauselijke goedkeuring in de bul *Regimini* van Martinus V uit 1425. Een gelijknamige bul van Callixtus III uit 1455 bevestigde deze positieve evaluatie. Niettemin onderwierpen beide bullen de rentevestiging aan verscheidene voorwaarden.⁴ Pius V voegde daaraan in 1569 in zijn controversiële decretale *Cum onus* nog enkele restricties toe, in het bijzonder een verbod van louter persoonlijke renten zonder hypotheekvestiging.⁵

* De auteur wenst de organisatoren van het Colloquium, dr. Bram Van Hofstraeten en dr. Pim Oosterhuis, van harte te danken. Dank gaat ook uit naar de interveniënten voor hun stimulerende vragen en opmerkingen.

1 Een andere omzeilingstechniek was die van het drievoudig contract (*contractus trinus*). Zie daartoe, met verdere verwijzingen: B. Van Hofstraeten, 'Het contractus trinus in vroegmodern Antwerpen', *Pro Memoria*, 2016, 131-152.

2 Volgens Pierre Goudelin (Gudelinus, 1550-1619) bestond het vermogen van velen voor een groot deel uit renten: P. Gudelinus, *Commentariorum de iure novissimo libri sex*, Antwerpen, 1620, lib. 3, cap. 3, 90: 'magna ex parte possessiones hominum ex [reditibus] consistant'. Het belang van persoonlijke renten komt ook tot uiting in de bespreking van de Leuvense moraaltheoloog Lenaert Leys (Lessius, 1554-1623). Zie daartoe: L. Lessius, *De iustitia et iure*, Leuven, 1605, lib. 2, cap. 22, dub. 10, 279, nr. 61-62.

3 Zie daartoe: B. Schnapper, 'Les rentes chez les théologiens et les canonistes du XIIIe au XVIe siècle', in: *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Parijs, 1965, 969-971.

4 Beide bullen werden opgenomen in de *Extravagantes communes*, respectievelijk 3.5.1 en 3.5.2, en zijn dan ook terug te vinden bij: E. Friedberg, *Corpus iuris canonici. II. Decretalium collectiones*, Leipzig, 1879 (herdruk: Graz, 1959), kol. 1269-1272.

5 Soms leidden auteurs uit de bullen *Regimini* al af dat persoonlijke renten zonder hypotheekvestiging ongeoorloofd waren. Volgens Gudelinus betrof het daar echter gewoon een feitelijke vermelding, geen normatieve. De bulle *Cum onus* verbod zulke persoonlijke renten wel, maar men kon argumenteren dat die bulle nooit in gebruik was genomen. Zie: Gudelinus, *De iure novissimo*, lib. 3, cap. 3, 91. Ook Lessius meende dat de bul *Cum onus* enkel gold in de pauselijke staten: Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 22, dub. 13, 284-285. Deze passage werd hernomen in de Leuvense editie uit 1621 (309-310).

Het gebruik van rentecontracten in de vroegmoderne periode vormde reeds het voorwerp van verschillende economisch-historische studies.⁶ In rechtshistorische kringen blijft nog steeds de monografie uit 1957 van Bernard Schnapper over renten in het zestiende-eeuwse Frankrijk toonaangevend.⁷ Enkele Duitse studies gingen eveneens op aspecten van het thema in.⁸ Voor de Zuidelijke Nederlanden biedt Godding een nuttige inleiding.⁹ Ook Noonans onderzoek over de moraaltheologische discussies rond het rentecontract blijft actueel.¹⁰ Vooral de vraag naar de (beperkingen op de) aflosbaarheid van rentecontracten of de verlichting van renteverbintenissen door de verkoper-kredietnemer en die naar de (mogelijkheid en voorwaarden van een) eenzijdige terugvordering van de koopprijs door de koper-kredietverlener leidden niet zelden tot hevige debatten in de moraaltheologische en rechtsgeleerde literatuur, evenals in de rechtspraktijk. Deze twee rechtsvragen vormen de kern van de voorliggende bijdrage. In dat kader dient echter ook de vraag naar het bewijs van de geldelijke totstandkoming te worden beantwoord.

Deze studie wil bijkomend licht werpen op de ‘geleerde rechtspraktijk’ in de Nederlanden met betrekking tot deze controversiële vraagstukken, waarmee rentekopers en -verkopers werden geconfronteerd. Daartoe worden de gedrukte Noord- en Zuid-Nederlandse *consilia* en *decisiones* uit de zestiende eeuw en uit de eerste zeven decennia van de zeventiende eeuw geanalyseerd.¹¹ Procespartijen verzochten professoren in de rechten en

6 Zie onder meer: M. Boone, K. Davids en P. Janssens (red.), *Urban Public Debts: Urban Government and the Market for Annuities in Western Europe (14th-18th Centuries)*, Turnhout, 2003, met bijdragen van W. Fritschy over de openbare schuld in Amsterdam en Holland van de zestiende tot de achttiende eeuw (75-92), van R. van Schaik over de rentekoop en de financiële politiek in Zutphen in de vijftiende en zestiende eeuw (109-126), van D. Morsa over de renteschulden van de stad Hoei in de zeventiende eeuw (149-162), van L. Derycke over de markt voor stedelijke renten in het vijftiende-eeuwse Brugge (165-181), van M. van der Heijden over renteniers in Dordrecht in het derde kwart van de zestiende eeuw (183-195), en tot slot van M. van der Burg en M. 't Hart over de invordering van rentekrediet in Amsterdam aan het einde van de zestiende eeuw (197-214). Zie ook: J.H. Munro, ‘The Medieval Origins of the Financial Revolution: Usury, Rentes, and Negotiability’, *The International History Review*, 2003, 518-542; J. Tracy, *A Financial Revolution in the Habsburg Netherlands: Renten and Renteners in the County of Holland, 1515-1565*, Berkeley, 1985.

7 B. Schnapper, *Les rentes au XVIe siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, Parijs, 1957.

8 Zie bijvoorbeeld: G.K. Schmelzeisen, ‘Zinsvertrag und Rentenkauf’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung (ZRG – GA)*, 1978, 229-236 (met een analyse van de opvattingen van de Osnabrückse jurist Justus Möser, 1720-1794); F. Rörig, ‘Kündigungsrecht des Rentners beim Rentenkauf?’, *ZRG – GA*, 1937, 451-457 (met een focus op het Lübeckse recht uit de dertiende en veertiende eeuw).

9 Ph. Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle*, Brussel, 1987, 480-485.

10 J.H. Noonan, *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge (Mass.), 1959, 154-170. Zie ook: Schnapper, ‘Les rentes chez les théologiens’, 965-995; W. Endemann, *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des siebzehnten Jahrhunderts*, II, Berlin, 1883, 103-157.

11 De eerste gedrukte Nederlandse *consilia*-verzameling (van Nicolaas Everaerts) verscheen pas in de zestiende eeuw, met name voor het eerst in 1554. De daarin vervatte consultaties werden aan het eind van de vijftiende en het begin van de zestiende eeuw geschreven. De *terminus ad quem* (ca. 1670) valt samen met de *terminus ad quem* van mijn bredere doctorale studie over het kredietverleningsrecht in de ‘geleerde rechtspraktijk’ en is ingegeven door de traditionele stelling dat de Gouden Eeuw van Amsterdam na het rampjaar 1672 over haar hoogtepunt heen was. Ook politiek-institutioneel vormde het voor de Republiek een cesuur. Zie: A.T. van Deursen, ‘De Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden (1588-1780)’, in: C.H. Blom en E. Lambrechts (red.), *Geschiedenis van de Nederlanden*, Rijswijk, 1993, 150-165; D.J. Roorda, *Het rampjaar 1672*, Bussum, 1971. In de Zuidelijke Nederlanden had Karel II kort voordien (in 1665) Filips IV opgevolgd. Tegelijk speelt ook het haalbaarheidsargument: in de achttiende eeuw werden er immers nog heel wat lijvige verzamelingen gepubliceerd, onder meer van of door de Vlaming Remy-Albert du Laury (gest. 1716), de Brabander Goswin Wynants (1661-1732), de Fries Zacharias Huber (1669-1732), de raadsheer aan de Grote Raad van Mechelen Jean-Alphonse de Coloma (1677-1739), en de

andere geleerde juristen om advies voorafgaand aan of gedurende een juridische procedure. Deze laatsten pasten het aan de universiteiten bestudeerde geleerde recht (*ius commune*) toe op concrete gevallen uit de rechtspraktijk. Uiteraard betrokken zij bij hun adviezen ook vorstelijke en stedelijke ordonnanties, gewoonterecht en moraaltheologische traktaten. De praktijk van *consilia* was in de Nederlanden al van in de dertiende eeuw bekend.¹² Sommige van deze zogenaamde *consilia pro parte* werden later – vaak postuum – gebundeld en uitgegeven.¹³ Gedrukte verzamelingen van *decisiones* daarentegen, die in de Nederlanden voornamelijk vanaf het begin van de zeventiende eeuw opgang maak-

Gelderlander Johan Schrassert (1687-1756). Een grondige studie van al die volumes gaat het bestek van dit artikel te buiten. Zie ook *infra*, voetnoot 76.

12 D. Lambrecht (ed.), *Acta processus circa synodum. Proces gevoerd door Brugge, Damme en het Vrije tegen de bisschop van Doornik voor de officialiteit te Reims en de curie te Rome (1269 – ca. 1301)*, Publicaties van de Koninklijke Commissie voor de Oude Wetten en Verordeningen van België, Verzameling van de oude rechtspraak in België, reeks 7, Brussel, 1988, in het bijzonder 365-385, met transcripties van verschillende adviezen van universitair geschoolde juristen; het ging wel om *procuratores* van de partijen. Zie ook: C.H. Bezemer, 'Une consultation orléanaise pour l'ordre cistercien', in: R. Feenstra en C.M. Ridderikhoff (red.), *Études néerlandaises de droit et d'histoire présentées à l'Université d'Orléans pour le 750^e anniversaire des enseignements juridiques*, Bulletin de la Société archéologique et historique de l'Orléanais, dl. 68, Orléans, 1985, waarin een laatdertiende-eeuwse consultatie van één canonist en drie civilisten uit Orléans, onder wie Pierre de Belleperche, besproken wordt. Hoewel de betrokken consultatie gericht was aan het algemeen kapittel van de cisterciënzers, kwam ze tot stand door bemiddeling van Walter Liebard, de neef van de prior van de cisterciënzerabdij Ter Duinen. Voor drie ongepubliceerde consultatieverzamelingen uit de vijftiende eeuw, zie: D. van den Auweele en M. Oosterbosch, 'Consilia iuridica Lovaniensia. À propos de trois recueils d'avis juridiques du XVe siècle', in: F. Stevens en D. Van den Auweele (red.), *Houd voet bij stuk. Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, Leuven, 1990, 105-148; H. De Ridder-Symoens, 'Conseils juridiques et monde universitaire au XVe siècle. Une étude prosopographique', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1992, 393-424.

13 In de zestiende eeuw verschenen enkel de volgende twee volumes: Nicolaus Everardi a Middelburgo (1462-1532), *Responsa sive Consilia*, Leuven, 1554; Elbertus Leoninus (1519-1598), *Centuria consiliorum*, Antwerpen, 1584. Verder verschenen postuum nog andere consultaties uit de zestiende eeuw, zoals: Ioannes Wamesius (1524-1590), *Responsorum sive consiliorum de iure pontificio tomus I* (Leuven, 1605), II (Leuven, 1618). In deze bijdrage wordt voor Wamesius' canoniekrechtelijke consultaties (*cons. can.*) verwezen naar de tweede editie (Leuven, 1643). Voor meer informatie over die twee volumes, zie ook: W. Druwé, 'Loans and Credit in the Canon Law Consilia of Wamesius', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2017, 230-271. Van Wamesius werden ook zes civielrechtelijke consultaties (*cons. civ.*) gedrukt: I. Wamesius, *Responsorum sive consiliorum ad ius forumque civile pertinentium centuria prima* (Leuven, 1625), *secunda* (Leuven, 1628), *tertia* (Leuven, 1631), *quarta* (Leuven, 1632), *quinta* (Antwerpen, 1641), *sexta* (Antwerpen, 1645). Zie over de *consilia* van Wamesius onder andere ook: A. Wijffels, 'Wamèse, la pratique du droit commercial dans l'oeuvre d'un professeur louvaniste', in: X., *Liber amicorum Guy Horsmans*, Brussel, 2004, 1151-1175. In de periode na de institutionele opdeling van de Nederlanden werkte in de Spaanse Nederlanden onder meer: Henricus Kinschotius (1541-1608), *Responsa sive consilia juris*, Leuven, 1633. De tweede editie van Hendriks consultaties verscheen – samen met de *consilia* van zijn zoon Franciscus Kinschotius (1577-1651) – bij de Brusselse drukker Ioannes Mommartius: H. Kinschotius en F. Kinschotius, *Responsa sive consilia iuris*, Brussel, 1653. Bovendien werden in deze tweede druk enkele bijkomende *resolutiones* van Hendrik van Kinschot opgenomen (waarnaar ook in deze bijdrage wordt verwezen). Eveneens uit de Zuidelijke Nederlanden kwam: Franciscus Zypaeus (1580-1650), *Consultationes canonicae pleraeque ex iure nouissimo Concilii Tridentini recentiorumque Pontificiorum constitutionum depromptae*, Antwerpen, 1640; Idem, *Responsa de iure canonico praesertim novissimo*, Antwerpen, 1645. Voor de Republiek zij verwezen naar de volgende verzamelingen: Jacob Gerritsz. Coren (gest. 1631), *Consilia quaedam*, 's-Gravenhage, 1633; J. Naeranus (red.), *Consultation, advysen en advertisementen gegeven ende geschreven by verscheyden treffelijke rechts-geleerden in Hollandt. Het eerste deel* (Rotterdam, 1645), *Het tweede deel* (Rotterdam, 1646), *Derde deel* (Rotterdam, 1648), *Het vierde deel* (Rotterdam, 1660), *Het vijfde deel* (Rotterdam, 1664), *Sesde deel* (Rotterdam, 1666). Voor het tweede deel werd hier de Rotterdamse druk uit 1657 gebruikt. In 1647 verscheen bij de concurrerende drukker Iohannes Colom uit Amsterdam nog een 'derde deel': *Derde deel van de consultatien, advysen en advertisementen, ghegeven ende gheschreven by verscheyden voortreffelijke rechts-geleerden in Hollandt, West-Vrieslant, ende 't Sticht van Uytrecht ...*, Amsterdam, 1647. Uit de republikeinse periode stammen ook: *Utrechtsche Consultatien, dat is decisioire ende andere advysen, instructien ende advertisementen van rechten ... deel I* (Utrecht, 1676), *deel II* (Utrecht, 1684), *Derde deel* (Utrecht, 1700).

ten, beschreven de rechtspraak van één of meerdere soevereine hoven.¹⁴ Soms volgden de individuele *decisiones* zich in deze verzamelingen op zonder een duidelijke thematische rangschikking.¹⁵ Andere collecties van *decisiones* waren thematisch ingedeelde geleerde traktaten, zij het dan met veelvuldige verwijzingen naar de hoogste rechtspraak.¹⁶ Tezamen worden *consilia* en *decisiones* in deze tekst als ‘geleerde rechtspraktijk’ aangeduid.

2 Aflosbaarheid van een rente door de verkoper-schuldenaar?

De renteverkoper nam de verplichting op zich jaarlijks een rente te betalen. Vanzelfsprekend konden de verkoper en de koper-renteschuldeiser in onderling akkoord beslissen de rente op te heffen tegen terugbetaling van de koopprijs. Indien de koper zich echter tegen een beëindiging van de renteovereenkomst verzette, diende de vraag naar de af-

¹⁴ Voor een overzicht en bespreking van *decisiones* in de Nederlanden, zie: A. Wijffels, ‘Consilia and Decisiones in the Low Countries. The Lost Legacy of the *mos italicus*’, in: P. Maffei en G.M. Varanini (red.), *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, dl. 1, Firenze, 2014, 125-137; W. Zwolve en C. Jansen, *Publiciteit van jurisprudentie*, Deventer, 2013, 133-171; Ph. Godding, ‘L’origine et l’autorité des recueils de jurisprudence dans les Pays-Bas Méridionaux (XIIIe-XVIIIe siècles)’, *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Brussel, 1970. Voor een verzamelwerk met diverse bijdragen over gelijkaardige *decisiones*-verzamelingen in (voornamelijk) Frankrijk, zie: S. Dauchy en V. Demars-Sion (red.), *Les recueils d’arrêts et dictionnaires de jurisprudence (xvi^e-xviii^e siècles)*, Parijs, 2005. Zie ook: S. Dauchy, ‘L’arrestographie, un genre littéraire?’, *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2011, 41-53.

¹⁵ Voorbeelden van deze stijl zijn voor de Zuidelijke Nederlanden: Paulus Christinaeus (1553-1631), *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgiarum curiis actarum et observatarum decisiones*, volumen I, Antwerpen, 1626; Joannes Deckherrus Falckenburgi, *Dissertationum iuris, et decisionum super illis factarum in magnis supremisque Conciliis suae Maiestatis in Belgio qua in Priuato, qua in magno Mechliniensi, qua in supremo Brabantiae, qua in Suprema Curia feudali Brabantiae, qua in aliis libri duo*, Brussel, 1631 (hoewel wij in dit artikel de editie Brussel 1688 gebruiken). Ondanks de gelijkaardige benaming bevat de volgende editie andere dissertationes: Idem, *Dissertationes juris et decisiones posthumae super illis factae in magnis supremisque consiliis suae Majestatis in Belgio*, Brussel, 1677. Deze editie van 1677 bevat echter geen relevante consultaties op het vlak van de eenzijdige beëindiging van rentecontracten. Voor de Noordelijke Nederlanden kan onder meer verwezen worden naar de – verkeerdelijk – aan Neostadius toegeschreven verzameling: C. Neostadius, *Utriusque Hollandiae, Zelandiae, Frisiaeque, Curiae Decisiones*, ’s-Gravenhage, 1667. Het gaat om een tweede editie; de eerste editie dateert uit 1627. Zie verder: Jacob Gerritsz. Coren, *Observationes rerum in Senatu (Hollandiae, Zelandiae, Frisiae) judicatarum*, ’s-Gravenhage, 1633; Wilhelmus Radelantius (1538-1612), *Decisiones posthumae Curiae Provincialis Traiectinae*, Utrecht, 1637. Voor meer achtergrond bij Christinaeus’ *decisiones*, zie onder meer: A. Wijffels, ‘Christinaeus, Decisions’, in: S. Dauchy, G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki en A. Wijffels (red.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Cham, 2016, 177-180; A. Wijffels, ‘Orbis exiguus. Foreign authorities in Paulus Christinaeus’ Law Reports’, in: W.H. Bryson, S. Dauchy en M. Mirow (red.), *Ratio decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions*, dl. 2, Berlijn, 2010, 37-62; A. Wijffels, ‘Van Paul van Christijnen († 1631) tot Jean-Alphonse de Coloma († 1739): rechters en advocaten bij de Grote Raad van Mechelen tegen de achtergrond van de zeventiende-eeuwse Europese rechtsonwikkeling’, *De Zeventiende Eeuw*, 1993, 3-14.

¹⁶ In de Zuidelijke Nederlanden gaat het dan om de volgende volumes: P. Christinaeus, *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgiarum curiis iudicatarum observatarumque* volumen II et III (Antwerpen, 1626), IV (wij gebruikten de editie Antwerpen, 1636), V (Antwerpen, 1633), VI (Antwerpen, 1633); F. Zypaeus, *Notitia iuris belgici*, Antwerpen, 1635; Antonius Anselmo (1559-1668), *Tribonianus Belgicus sive dissertationes forenses ad Belgiarum principum edicta, quae potissimum in utroque foro, tam Ecclesiastico, quam saeculari, allegantur, et usitantur*, Brussel, 1662; Petrus Stockmans (1608-1671), *Decisionum Curiae Brabantiae sesqui-centuria*, Brussel, 1670. Soms wordt hierbij ook nog het volgende werk gerekend: I. Lambreghts, *Elenchus practicarum et iuridicarum quaestionum*, Brussel, 1639. Deze advocaat van de Raad van Brabant verwees veelvuldig naar de gedrukte Nederlandse *consilia* en *decisiones*, maar nam weinig verwijzingen naar rechtspraak op. Voor de Noordelijke Nederlanden gaat het om: Joannes a Sande (1568-1638), *Decisiones frisiae siue rerum in suprema Frisiorum curia iudicatarum libri V*, Leeuwarden, 1639; Idem, *Theatrum practantium, hoc est Decisiones aureae siue rerum in suprema Frisiorum curia iudicatarum libri V*, Keulen, 1663; Antonius III Matthaëus (1635-1710), *Observationes rerum judicatarum a Supremo Ultrajecti Revisionis Consessu*, Leiden, 1673.

losbaarheid van de rente op eenzijdig initiatief van de verkoper zich aan. Deze afdeling zet uiteen dat de vroegmoderne geleerde rechtspraktijk unaniem aflosbaarheidsclausules aanvaardde en soms zelfs een algemeen recht tot eenzijdige opzegging van het rentecontract door de renteschuldenaar erkende, maar dat zich hevige debatten ontsponnen met betrekking tot de geldigheid van uitdrukkelijke contractuele clausules tot beperking van het eenzijdige opzeggingsrecht.¹⁷

De eerste Nederlandse raadgever wiens *consilia* gepubliceerd werden, was Nicolaas Everaerts (Everardi, 1462-1532). Everaerts wist natuurlijk dat een beding van tijdelijke onaflosbaarheid gedurende tien jaar de schuldeiser tijdens diezelfde periode van een vaste rente verzekerde, en dat dit een risico op woeker inhield, zoals terloops blijkt uit zijn 74^e *consilium*.¹⁸ In zijn langere consultatie 150 verdedigde hij niettemin de principiële geldigheid van een dergelijk beding. De boeren en grootgrondbezitters van het Assenederam-bacht hadden grote schade opgelopen door overstromingen. Om die schade te herstellen hadden de raadsheren van de Raad van Vlaanderen hen de toelating gegeven om renten te verkopen *a rato* van twaalf penningen kapitaal per penning jaarlijkse rente. Zij verkochten dergelijke renten aan een zekere Filips van den Berghe. Het rentecontract stipuleerde dat de Assenedenaren de rente pas mochten afkopen na drie jaar, wat op het eerste gezicht duidde op een verzekerde interest bovenop het kapitaal, en dus op woeker. Daartoe werd vaak de decretale *Ad nostram* (X. 3.17.5) aangehaald.¹⁹ Toch weerlegde Everaerts deze *prima facie*-intuïtie. Hij haalde daartoe vijf belangrijke redenen aan. (i) Ten eerste was het in dit geval – en in tegenstelling tot de casus die aan de voorzegde decretale ten grondslag lag – duidelijk de intentie van de contracterende partijen om een koopovereenkomst (*emptio-venditio*) te sluiten, en uitdrukkelijk niet om een verbruiklening aan te gaan. Bijgevolg was het woekerverbod volgens Everaerts niet van toepassing. Dergelijk contract diende daarentegen aan de theorie van de gerechte prijs (*iustum pretium*) te worden getoetst. Zolang de koopprijs hoger was dan de helft van die gerechte prijs, was het koopcontract geldig. Indien de prijs lager was, mocht de koper nog steeds de vruchten bij zich houden totdat het contract verbroken werd.²⁰ In *casu* had bovendien de Raad van Vlaan-

17 In de vijftiende eeuw betrof de discussie eerder de toelaatbaarheid van bedingen van aflosbaarheid, en ging men – bij gebreke van dergelijke clausules – nog onverkort uit van het eeuwigdurende karakter van erfrenten. Zie: Schnapper, 'Les rentes chez les théologiens', 973-978.

18 Everardi, cons. 74, 232: 'Item ex alio dictus contractus, etsi ex forma non sit usurarius, est tamen suspectus ex eo, quod libertas redimendi redditum venditum, restringitur taliter, quod infra decennium redimi non possit, et sic dictus Petrus Iohannis (i.e. de rentekoper) voluit certitudinaliter lucrari usque ad decem annos, quolibet anno tres libras.' Omdat de nietigheid van de betrokken rente reeds uit verschillende vormgebreken gebleken was, ging Everaerts hierop niet verder in.

19 Deze decretale van Innocentius III uit 1203 betrof een beding in een rentecontract waarvolgens de renteschuldenaar de rente uitsluitend kon aflossen van het zevende tot het negende jaar na de rentevestiging. Het betrokken contract werd er ook uitdrukkelijk als een omzeiling van het woekerverbod gekarakteriseerd.

20 Everardi, cons. 150, 400-402. Zie in het bijzonder op p. 401: 'Tamen ubi (...) constaret iudici, quod ille contractus in veritate fuit verus contractus emptionis, tunc cessarent omnes coniecturae simulationis et usurae, et iudicaretur ille contractus secundum veram naturam contractus emptionis: et licet propter vilitatem precii, quod forsitan dimidiam iusti precii non contingebat, esset ille contractus rescindendus per beneficium [C. 4.44.2, Rem maioris pretii]: verum tamen emptor lucraretur fructus medii temporis usque ad tempus rescissionis, quos salua conscientia in foro poli possit retinere.' Hoewel deze passage in de voorwaardelijke wijs geschreven werd, werd deze redenering – zo blijkt uit het vervolg van de consultatie – wel degelijk door Everaerts onderschreven.

deren zijn toelating gegeven. (ii) Ten tweede was het een gangbare en geoorloofde praktijk om in koopakten al dan niet in de tijd beperkte terugverkoopbedingen (*pacta de reuendo*) op te nemen. Er is geen reden om dit bij rentekopen te verbieden.²¹ (iii) Voor zijn derde argument liet Everaerts zich inspireren door de aristotelische logica. Daarvolgens brengt een koopcontract naar zijn aard slechts twee essentiële verbintenissen tot stand, zo luidde althans zijn redenering, met name die van de koper tot betaling van de koopprijs en die van de verkoper tot levering van het verkochte goed. Naar haar aard ('substantie') was een rentekoopovereenkomst definitief en kon er geen sprake zijn van aflossing. Toegegeven: een eventueel beding van aflosbaarheid mocht worden toegevoegd, maar was dan hooguit een bijkomstigheid ('accident'). Een beding van tijdelijke onaflosbaarheid vormde dus slechts een 'accident' op een 'accident' en druiste dan ook geenszins in tegen de aard van het contract zelf.²² Zelfs als men zou uitgaan van de categorie van de 'aflosbare renten', welke essentie dan zou bestaan uit het recht op een jaarlijkse rente totdat het kapitaal wordt afgelost, kon nog steeds een beding van tijdelijke onaflosbaarheid als geldig 'accident' worden toegevoegd. Immers, zo meldde Everaerts, ook wilde dieren kunnen getemd worden.²³ (iv) Ten vierde voerde de latere voorzitter van de Grote Raad van Mechelen nog enkele beleidsargumenten aan. De tijdelijke onaflosbaarheid verhinderde speculatie, geen overbodige luxe gezien het grote risico op inflatie en muntontwaarding.²⁴ Bovendien creëerde dergelijk beding een rechtszekere situatie die de renteschuldeiser toeliet zijn jaarlijkse aanspraak te verpanden.²⁵ (v) Tot slot en in ondergeschikte orde argumenteerde Everaerts nog dat de ongeldigheid van het beding van tijdelijke onaflosbaarheid de renteovereenkomst als geheel niet aantastte, temeer daar de Assenedenaren gedurende die eerste drie jaren nooit aanstalten hadden gemaakt tot het aflossen van de verkochte renten.²⁶

21 Everardi, cons. 150, 401: 'Ad istud etiam est textus et doctores in [C. 4.54.2, Si fundum], ubi patet ad litteram, quod non solum valet in contractu emptionis pactum de reuendo liberum, quandocunque scilicet placebit venditori; sed etiam valet pactum de reuendo cum limitatione temporis, ut scilicet liceat usque ad tempus redimere (...), et eadem ratione valet pactum, ut post tempus liceat redimere, sicut est casus noster.'

22 Everardi, cons. 150, 404-405, in het bijzonder: 'Et ulterius sequitur, quod esse redimibile, non est de natura et substantia redditus venditi, neque consequens ad speciem contractus, sed est dumtaxat de accidentalibus redditus, siue de his quae dependent a pacto posito iuxta contractum emptionis reddituum (...). Redditus enim sunt de essentiali natura sua perpetui (...), ut in [Clem. 5.11.1, Exiui]. Sed quod possunt redimi, hoc habent ex accidenti, videlicet ex pacto apposito, et ideo si nunquam redimerentur, sine dubio durarent in aeternum. Istis praesuppositis, respondetur ad quaestionem, quod tale pactum de non redimendo ante triennium, non est contra substantiam siue specificam naturam emptionis reddituum (...): sed sicut posse redimere redditum, est de accidentalibus natura contractus (...): sic non posse redimere intra triennium, est de accidentalibus contractus, et venit limitatiue siue restrictiue contra illam accidentalem naturam, quam habet contractus ex pacto praecedenti.'

23 Everardi, cons. 150, 405: 'Ad istud facit, quod sicut ferae bestiae, ut sunt cerui, quorum natura fera est, possunt ex accidenti in suis naturalibus restringi et mansuetae fieri, (...) sic in simili redditus redimibilis, licet secundum naturalia sua esset omni momento redimibilis, tamen ex accidenti, ut puta per pactum fieri possit, quod pro aliquo tempore non posset redimi.'

24 Everardi, cons. 150, 406: '(...) pactum autem de redimendo redditus, saluo, quod infra triennium non redimerent, fuit rationabile pactum, propter ascensum pecuniae, qui tunc verisimiliter timebatur futurus, prout reuera futurus fuit et sequebatur.'

25 Everardi, cons. 150, 403: '(...) sicut in simili dicunt omnes doctores, praesertim Angelus (...), valere pactum bona fide appositum, ut vendens non possit ante quinquennium rem venditam redimere: quoniam scilicet emptor vult possessionem emptam impinguare: quem pinguendo non consumetur, nisi ad tot annos, et propterea non vult, quod inter tot annos possessio possit retroemeri siue redimi.'

26 Everardi, cons. 150, 406: '(...) ideo hoc pactum de non redimendo ante triennium licet esset, ut praesupponitur, contra substantiam rei

Terwijl Everaerts dus de aflosbare aard van rentekopen betwijfelde, zou de latere geleerde rechtspraktijk minstens uitgaan van een vermoeden van principiële aflosbaarheid van renten die tegen betaling van een geldsom gevestigd waren. Daarmee sloten deze auteurs zich overigens aan bij een edict van Karel V van 21 februari 1528 voor het graafschap Vlaanderen.²⁷ Zo stelde de Leuvense rechtenprofessor en diplomaat Elbrecht De Leeuw (Leoninus, 1519-1598) dat de geldelijke vestiging van onaflosbare renten principieel een inbreuk vormde op het woekerverbod. Hij vergeleek een geldelijke rentevervestiging niet met een koopcontract, maar wel met een huurovereenkomst (*locatio-conductio*). De kopers van de renten waren eigenlijk verhuurders van (het gebruiksrecht van) een bepaalde geldsom, terwijl de renteverkopers als huurders van dat kapitaal konden worden beschouwd.²⁸ Hoewel Leoninus de renteschuldenaar verdedigde, liet hij toch nog een opening voor een beding van onaflosbaarheid. Dergelijk beding was toegelaten voor zover het kapitaal voldoende hoog was om zowel de verbintenis tot betaling van een jaarlijkse rente, als de (al dan niet tijdelijke) onaflosbaarheid te vergoeden. Die onaflosbaarheid verminderde de waarde van de gronden waarop de renten gevestigd waren, immers danig.²⁹ Tot slot voegde Leoninus daar nog aan toe dat de rentekoop eigenlijk steeds te vermijden was, maar dat gezien het veelvuldige gebruik in de praktijk enige tolerantie aan de dag mocht worden gelegd.³⁰

Andere auteurs, onder wie Jean de Waismes/Wamèsè (Wamesius, 1524-1590),³¹ Hendrik van Kinschot (Kinschotius, 1541-1608)³² en Paul van Christijnen (Christinaeus,

venditae in contractum deductae, tamen ipsum viciaretur in se et haberetur pro non adiecto, et non viciaret praecedentem perfectum contractum, ita dicit Bar[tolus] et clarius Bal[dus] in [D. 7.8.14, Per servum].'

27 'Édit perpétuel de l'Empereur, défendant en Flandre la création de rentes irrachetables, fixant le taux de rachat des rentes constituées ...', in: C. Laurent en J. Lameere (ed.), *Recueil des ordonnances des Pays-Bas. Deuxième série – 1506-1700*, II, Brussel, 1898, 547-549. In Frankrijk vaardigde Frans I in 1539 een gelijkaardig edict uit. Latere rechtspraak van het Parlement van Parijs bevestigde dit. Zie daartoe: B. Schnapper, *Les rentes*, 130-133.

28 Daartoe verwees Leoninus naar Charles Dumoulin (1500-1566). Zie: Leoninus, cons. 52, 221, nr. 3: 'Nam respondetur ex dictis et scriptis praefati Molinaei (...) quod contractus, quibus constituuntur redditus, quomodocumque sibi blandiantur creditores, ut excusent eos contractus ab usuris, semper tamen sunt, et verius dicuntur venditores, vel locatores usus pecuniae, quam emptores redditus: et vicissim debitores ipsi non minus dicuntur emptores et conductores iuris fructu seu retentionis sortis, hoc est, ipsius usus pecuniae, quam venditores redditus.'

29 Leoninus, cons. 52, 221-222, nr. 4: 'Et denique, quia redditus sunt succedanei veterum usurarum, nec possunt proprie (...) tolerari et ab usuraria prauitate excusari, etiam si in emptionis contractum deducti sint, nisi probetur sortis quantitatem iustam et sufficientem esse, quae ad compensationem et iustitiam trientariae usurae in redditu irredimibili sufficiat, ita quod sortis ab initio numerata quantitas proportionabiliter compenset non solum pensionem, quae in annos singulos usurae vice praestatur, verumetiam irredimibilitas ipsa seu ius perpetuae seruitutis, per quod obligatio debitoris multum intenditur, et pretium agri seu fundi – cui eiusmodi redditus imponitur – diminuitur.'

30 Leoninus, cons. 52, 222, nr. 6: '(...) et hac ratione ius plerumque huiusmodi contractus ad materiam usurarum pertinentes in totum damnat, [X. 3.17.5, Ad nostram], plerumque vero propter hominum usum et necessitatem, velut per dispensationem, eos tolerat, non simpliciter quidem, sed secundum limites praecisae adaequationis (...).'

31 Wamesius, cons. can. 503, 446, nr. 4-5: 'Et pariformiter si pactio adiciatur, quod intra certum tantum tempus, et minime post illud, redemptio libera sit; quamvis ea pactio non vitiet totum contractum (...) tamen vitiat, et pro non adiecta habetur: quia est contra naturam et substantiam reddituum, aperta juris constitutione definitam et praescriptam, [Extravag. comm. 3.5.1-2, Regimini].'

32 H. Kinschotius, resolutio 19, 575: 'Et partant seroy-je d'advis, que ladite rente (...) seroit tant rachaptable, que reduisible, selon le Placcart (i.e. de ordonnantie van Filips II van 5 maart 1571 op de redactie van graanrenten). Nonobstant la clause en ladite lettre contenuë, à sçavoir qu'après le temps du temps prefix audit rachapt, icelle seroit perpetuelle comme nullement obligatoire en constitution des rentes, qui de leur substance, et nature doivent estre rachaptables.'

1553-1631),³³ verdedigden zelfs een verbod op bedingen van tijdelijke onaflosbaarheid in akten van geldelijk gevestigde renten. Frans van der Zypen (Zypaeus, 1580-1650) was het daarmee eens.³⁴ Ook in de Noordelijke Nederlanden beschouwden de auteurs van *consilia* en *decisiones* bedingen van onaflosbaarheid als ongeldig. In zijn invloedrijke *Decisiones frisiae* behandelde Jan van Sande (1568-1638) een beding van onaflosbaarheid van een genotspand (*antichresis*) gedurende de eerste negen jaren van zijn looptijd. Deze bespreking kan ook *mutatis mutandis* tot de rentecontracten worden uitgebreid. Van Sande wist dat het *ius commune*, en ook recent nog een auteur als Jacques Cujas (Cuiacius, 1522-1590), dergelijk beding aanvaardde. Toch was hij de andere mening toegedaan. Hij baseerde zich hiertoe op geschriften van de Franse jurist Charles Dumoulin (Molinaeus, 1500-1566). Deze onaflosbaarheid druiste immers in tegen de openbare orde en de goede zeden. Het beding leidde tot woeker en bestendigde de afhankelijkheid van de schuldenaar.³⁵ De Raad van Friesland zou zich op 30 mei 1619 in dezelfde zin hebben uitgesproken. Twee Hollandse consultaties van respectievelijk 29 augustus 1633 en 12 juni 1653 argumenteerden eveneens zo, maar dan wel specifiek met betrekking tot renteovereenkomsten.³⁶

Behalve Everaerts en Leoninus was dus geen enkele auteur van *consilia* en *decisiones* voorstander van een clausule van tijdelijke onaflosbaarheid. Het gevaar van woeker werd door de juristen als te groot ingeschat. Opmerkelijk genoeg was het net een moraaltheoloog die rond 1605 in onze streken dergelijke bedingen openlijk verdedigde, met name Lenaert Leys (Lessius, 1554-1623). Net als Leoninus vereiste hij daartoe wel een voldoende vergoeding voor deze extra last. Lessius verwees ten eerste naar een fragment uit Leviticus (25: 29-30). Deze bijbelpassage stelde dat de verkoop van een stadswoning pas na één jaar definitief werd; tot zolang mocht de woonst worden teruggekocht. De aflosbaarheid kon dus worden beperkt. Ten tweede meende Lessius dat een dergelijk recht ook in geld kon worden gewaardeerd, en dus kon worden verrekend in de koopprijs. Ten derde voerde ook deze Leuvense moraaltheoloog en jezuïet beleidsargumenten aan voor een beperking van de aflosbaarheid. Misschien ging de koper er wel terecht van uit dat het tijdens de eerste drie jaren na de rentekoop gemakkelijk zou zijn het eventueel teruggege-

33 Christinaeus, *Volumen III*, dec. 91, 506-507, nr. 1: 'Quod etiam moribus nostris passim seruat in rebus pecunia constitutis, uti etiam apud Antuerpienses, qui permittunt non obstante contraria conuentione in perpetuum tales redditus redimere, immo quod amplius est (...) si de certo tempore luendi redditus quocumque modo constitutus conuentum sit, addito pacto ne post istud tempus redimi possint, nihilominus licet elapso termino, et in perpetuum eos redimere.'

34 Zypaeus, *Consultationes canonicae*, lib. 3, tit. De emptione et venditione, cons. 3, 172-173. Dit standpunt werd ook gedeeld door: Gudelinus, *De iure novissimo*, lib. 3, cap. 3, 91. Het was immers in het openbare belang dat gronden vrij waren van lasten en dat schuldenaren hun schulden konden aflossen.

35 Sande, *Decisiones frisiae*, lib. 3, tit. 12, def. 11, 290: 'Contra Carolus Molynaenus (...) huiusmodi pactionem (i.e. een beding van tijdelijke onaflosbaarheid) bonis moribus et publicae utilitati contrariam proindeque rejiciendam esse contendit. Quae sententia rationem habet. Durum enim atque odiosum est, debitorem rem suam non posse liberare ab antichresi, quae plerumque ipsius usuris grauior est; ac reipublicae expedit homines aeri alieno non esse obnoxios, itaque merito improbat hoc pactum tanquam contrarium publicae utilitati, et derogans libertati et facultati naturali, cuius renuntiare non potest.'

36 Naeranus (ed.), *Consultatien*, I, cons. 298, 480 (Den Haag, 29 augustus 1633 door Quirinus van Strijen en Andries de Cocq); VI, cons. 62, 455 (Den Haag, 12 juni 1653 door M. Paats, P. van Peene en Adr. Van Strijen).

ven kapitaal op een andere, even vruchtbare manier te investeren, terwijl dat na verloop van die drie jaren niet meer mogelijk zou zijn en hij dus winst zou moeten derven.³⁷ De jurist Zypaeus was op de hoogte van Lessius' uiteenzetting, maar meende dat het positieve recht strengere beperkingen oplegde.³⁸ Zoals eerder aangegeven werd Lessius' opinie in de zeventiende eeuw dan ook niet door de juristen gevolgd.

3 Bewijs van geldelijke rentevestiging

Hoewel enkele ordonnanties van Karel V eveneens renten die gevestigd waren op woningen in geprivilegieerde steden, of bepaalde feodale renten als aflosbaar aanmerkten, ging de meeste aandacht van de geleerde raadgevers toch naar de principiële aflosbaarheid van geldelijk gevestigde renten (*reditus pecunia constituti*).³⁹ Als alleen een rentevestiging tegen betaling van een geldsom tot dergelijke aflosbaarheid leidde, diende zich vanzelfsprekend de vraag naar het bewijs daarvan aan.⁴⁰ In het bijzonder voor oude renten was deze vraag van groot belang. Renten konden immers op verschillende wijzen gevestigd worden, zoals door stichtingen, legaten, schenkingen, voorbehouden, enzovoort.

In de zestiende eeuw pleitte Leoninus voor een weerlegbaar vermoeden van geldelijke rentevestiging. Hij verwees daartoe – zij het in erg vage bewoordingen – naar een recent vonnis van een wereldlijke rechtbank.⁴¹ Bovendien deed een dergelijk weerlegbaar vermoeden recht aan het principe dat bij twijfel in het voordeel van de schuldenaar diende geoordeeld. Daarom meende Leoninus in zijn advies aan de rechtspraktizijn Theodoor Peelmans stellig dat ook kerkelijke rechtbanken die zich op het *ius commune* beriepen, dit

37 Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 22, dub. 9, 279, nr. 51-52. Hoewel Lessius' tweede druk op vele punten uitgebreider inging, gold dat niet voor deze *dubitatio*, die gewoon woordelijk overgenomen werd: Lessius, *De iustitia et iure*, Leuven, 1621, lib. 2, cap. 22, dub. 9, 303.

38 Zypaeus, *Notitia Iuris Belgici*, lib. 4, tit. *De emptione et venditione*, § *De rebus, et eorum luitione*, 115-116: 'Non tamen cum iure naturae pugnat conuentio ut sint irredimibiles (...) Lessius (...), sed positio dumtaxat, quod regiminis Ecclesiae ratio, periculi usurariorum contractuum et aequitatis suasit.'

39 Zie daartoe het hoger vermelde *Édit perpétuel* van 21 februari 1528 over de aflosbaarheid van grondrenten. Zie voor de aflosbaarheid van leenrenten ook: 'Ordonnance de Charles, élu roi des Romains, concernant les acquisitions et les fondations faites par les gens de main-morte ...', in: Laurent en Lameere (red.), *Recueil*, 36-39. Deze ordonnanties kwamen eveneens aan bod in de geleerde rechtspraktijk, bijvoorbeeld bij: Christinaeus, *Volumen I, dec. 261*, 431; *Ibidem, dec. 303*, 516, nr. 35-36; Anselmo, *Tribonianus*, cap. 93, 372-374; Naeranus (red.), *Consultatien*, II, cons. 17, 31 (oktober 1582 door C. Piermans). Een aflosbaarheid van sommige renten die op Antwerpse woningen gevestigd waren, komt ook aan bod in het negende hoofdstuk van het *Antwerps rechtsboek* (ca. 1541-1545), een private compilatie van het Antwerpse stadsrecht. Zie daartoe: D. De ruysscher, 'De ontwikkeling van het Antwerpse privaatrecht in de eerste helft van de zestiende eeuw: uitgave van het Gulden Boeck (ca. 1510-ca. 1537), (ontwerpen van) ordonnanties (1496-ca. 1546), een rechtsboek (ca. 1541-ca. 1545) en proeven van hoofdstukken van de *Costuymen van 1548*', *Koninklijke Commissie voor de Uitgave der Oude Wetten en Verordeningen van België – Handelingen* 54, Brussel, 2013, 95-99 en – voor de betrokken passage zelf – 280.

40 Een verkoop van een stuk grond en een onmiddellijke terugkoop van een rente beschouwde Gudelinus eveneens als een rentevestiging. Zie: Gudelinus, *De iure novissimo*, lib. 3, cap. 3, 91: 'Ago hic de negotio quo *reditus pretio seu pecunia constituitur*, cui *annuero eodemque iure aestimo negotium quo fundus datur, ut *reditus habeatur*.*'

41 Leoninus, cons. 52, 221, nr. 3, verwees naar een geschil tussen het kapittel van Lier en een zekere Jan Vleminck, dat behandeld werd voor een wereldlijk gerecht (in *saeculari iudicio*).

vermoeden zouden aanvaarden. Tot slot zou dit vermoeden van geldelijke renteverstiging ook met de gerechtelijke precedentes overeenstemmen.⁴² De meeste andere zestiende-eeuwse juristen verwierpen echter een dergelijk weerlegbaar vermoeden. Zo meende Wamesius dat de renteschuldenaar zelf moest bewijzen dat de rente was gevestigd tegen betaling van een geldsom. Deze Leuvense rechtenprofessor wees daarbij evenwel in het bijzonder ook op een clause in de renteverstigingsakte waarvolgens de rente ‘voor altijd’ (*à tousiours*) gevestigd was.⁴³ We kunnen er echter redelijkerwijze van uitgaan dat zelfs die contractuele vermelding Leoninus niet zou hebben kunnen overtuigen, aangezien zo’n beding geen bewijs van de betaling van een ‘gerechte prijs’ met zich meebracht. Ook Hendrik van Kinschot weigerde een weerlegbaar vermoeden van geldelijke renteverstiging te erkennen. Het door Kinschot behandelde vraagstuk kaderde in het bijzonder binnen de ordonnantie van 5 maart 1571 met betrekking tot de reductie en aflosbaarheid van geldelijk gevestigde graanrenten. Ook al voorzag Filips II daarin dat de schuldeiser het bestaan van de rente moest bewijzen, toch was het – eenmaal die rente bewezen was – aan de schuldenaar om de geldelijke vestigingswijze aan te tonen. Een renteverstigingsakte was gemeen aan beide partijen. Indien de schuldenaar er meende zijn voordeel mee te kunnen doen, moest hij die akte maar voorleggen, zo luidde althans Kinschots redenering.⁴⁴ De Grote Raad van Mechelen zou volgens Christinaeus die interpretatie op 6 februari 1593 zijn bijgetreden.⁴⁵ Zowel Kinschot als Christinaeus verwezen daarbij ook naar de Franse jurist Charles Dumoulin. Elders haalde Christinaeus nog een ander gelijkkluidend arrest van de Grote Raad van 22 november 1608 aan. Dat laatste arrest betrof een discussie tussen de Sint-Remigiusabdij in de buurt van Rochefort aan de ene kant, en Jean Maron, de heer van Bomal-aan-de-Ourthe, aan de andere kant. De abdij wilde een graanrente aflossen die ze verschuldigd was op de tienden van twee heerlijkheden. De betrokken rente-aanspraken waren in de loop der tijd veelvuldig overgedragen. De raadslieden van de abdij meenden dat in zulke gevallen een geldelijke renteverstiging tot bewijs van het tegendeel vermoed werd. Ze voerden eveneens een verkoopakte uit 1260 aan, waarvolgens een zekere Henri Don een jaarlijkse rente van twintig maten graan verkocht had aan de abdis en het convent van Onze-Lieve-Vrouw-van-Bijstand, de rechtsvoorganger van de Sint-Remigiusabdij. De renteschuldeiser Jean Maron beargumenteerde ech-

42 Leoninus, cons. 52, 221, nr. 3: ‘Omnes enim hi contractus fiunt ad habendum (...) per debitorem temporarium usum aeris alieni; sic quod negari non potest quin redditus isti nostri temporis sint velut usurarum succedanei, et ideo in dubio pro redimibilitate eorum iudicandum est, velut in leuiorem et mitiorem partem pro debitore (...). Porro in praesenti causa nullo modo videtur haesitandum (...), eo quod consuetudo (...) sit sufficientissime probata per plures testes etiam per actas sententiarum, quae sic fuerunt prolatae pro redditus redimibilitate, quando non constat de initio vel creatione redditus etiam contra pia loca, vel ecclesias, quibus redditus debebantur.’

43 Wamesius, cons. civ. III/92, 289, nr. 8. Het betrokken geschil tussen eiser Wilhelm van Monbocke en verweerders Jan van Bucken en Jean Morlet, die als voogden van Godfried Barretz optraden, betrof een oude spelrente. Het geding werd in de late jaren 1560 behandeld in het gerecht van Hannuit.

44 Kinschotius, resolutio 18, 574: ‘Soo heeft tot laste des voorschreven Peeter Huybrechts (i.e. de renteschuldenaar die de graanrente wilde reduceren tot een geldrente) (...) ghestaen te doen blycken / dat de rente van een mudde rogghe / waarom questie is / met prys van gelde was verkregen / waer afhy niet ont-last en kan worden.’

45 Christinaeus, Volumen I, dec. 261, 431, nr. 1-2, met een verwijzing naar het arrest van de Grote Raad van Mechelen van 6 februari 1593 in de zaak van appellant Nicolaus d’Ipuelbecq tegen geïntimeerde Jean Henri, heer van Genaux.

ter succesvol dat de abdijs niet had bewezen dat die vroegzeventiende-eeuwse rente identiek was aan die uit 1260. De Grote Raad beaamde dat het aan de schuldenaar was om die identiteit te bewijzen.⁴⁶

Zeventiende-eeuwse auteurs uit de Zuidelijke Nederlanden maakten voor het bewijsvraagstuk meestal een onderscheid tussen kerkelijke en private renten. Met kerkelijke renten worden hier die renten bedoeld waarbij een kerk, Heilige-Geesttafel, convent of hospitaal renteschuldeiser was. In geval van kerkelijke renten waren alle juristen het erover eens dat de schuldenaar de geldelijke rentevestiging moest bewijzen. Die werd dus niet vermoed. Zypaeus hanteerde daartoe een rechtshistorisch argument. Zijn redenering was deels geïnspireerd door het bijbelboek Handelingen. Reeds van oudsher brachten christenen immers hun inkomsten naar de apostelen, die deze vervolgens verdeelden onder de noodlijdenden. Zij verkochten die goederen niet. Anderzijds verwees Zypaeus ook naar het principieel verbod op de verkoop van kerkelijke renten tot aan de uitvaardiging van de decretalen *Regimini* door de pausen Martinus V (1425) en Callixtus III (1455), die eerder reeds vermeld werden. Dat ook het voormelde edict van Filips II over de reductie van graanrenten de kerkelijke renten uitsloot, vormde een bijkomend argument.⁴⁷ Petrus Stockmans voegde daar nog aan toe dat kerkelijke renten meestal via een stichting, leegat of schenking werden gevestigd. Er was dan ook geen reden om af te wijken van de regel dat wie een rechtsfeit aanvoert, dat moet bewijzen.⁴⁸ Antoon Anselmo bevestigde deze redenering in zijn *Tribonianus Belgicus* en verwees daarbij onder meer naar een vonnis van de Leuvense stadsmagistraat van april of mei 1654.⁴⁹ Zowel Zypaeus, Stockmans als Anselmo verwezen allen naar de Naamse controverse tussen de clerus van het graafschap Namen aan de ene kant, en de adel en de derde stand van hetzelfde graafschap aan de andere kant. In dat belangwekkende geschil had de Geheime Raad op 26 oktober 1573 geoordeeld dat de geldelijke vestiging van graanrenten door de schuldenaren zelf, in *casu* door de adel en de derde stand, bewezen moest worden. De tegenovergestelde beslissing zou een ware financiële aderlating voor de Kerk betekend hebben. De clerus had er dan ook mee gedreigd dat een weerlegbaar vermoeden van geldelijke rentevestiging – zeker gezien de ouderdom van de meeste renten en de daarmee samenhangende bewijsproblemen – de dienstverlening van de Kerk aan de samenleving in het gedrang zou brengen.⁵⁰ Dit arrest van de Geheime Raad was volgens deze drie auteurs van toepassing op alle Zuid-Nederlandse provincies, en schoof dan ook bezwaren die op het Antwerpse gewoonterecht van 1582 (beter bekend als de *Consuetudines Impressae*) gebaseerd waren terzij-

46 Christinaeus, *Volumen I*, dec. 303, 513-515.

47 Zypaeus, *Consultationes canonicae*, lib. 3, tit. *De emptione et venditione*, cons. 3, 174-175; Idem, *Notitia Iuris Belgici*, lib. 4, tit. *De emptione et venditione*, § *De retributionibus, et eorum luitione*, 122.

48 Stockmans, dec. 71, 155-156.

49 Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 27, 93, §19, met verwijzing naar een geschil tussen eiser Jaspar Bruynseels enerzijds, en verweerders Gerard Durmans, de bezitter van de kapelanij van Sint-Barbara bij de Sint-Jacobskerk, en Joannes Gregorius anderzijds.

50 De tekst van de beslissing van de Geheime Raad kan worden gevonden bij: Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 27, 89-90, §10.

de.⁵¹ Antoon Anselmo preciseerde wel dat de bewijslast van de geldelijke renteverstiging niet de bewijslast van de precieze hoogte van de koopprijs omvatte. Zo zou de Brusselse stadsmagistraat op 4 december 1574 het ontbreken van enige aanwijzingen voor een verkoop of overdracht van een hypotheek op dezelfde dag als de renteverstiging – of kort daarna – geïnterpreteerd hebben als een voldoende indicatie voor een geldelijke renteverstiging, zonder dat de exacte prijs bekend was.⁵² Stockmans' samenvatting van een beslissing van de Raad van Brabant van april 1644 met betrekking tot een rente die de vrouwe van Eertwijck verschuldigd was aan de armen van het graafschap Erps, bevestigde Anselmo's standpunt. In dat arrest werd de geldelijke renteverstiging afgeleid uit de loutere vermelding in de akte dat de rente 'verkocht' was. Stockmans vergeleek deze situatie tot slot met de canonieke regelgeving rond simonie: een priester kon voor dat misdrijf veroordeeld worden, indien aangetoond was dat hij sacramenten of andere *res sacrae* had verkocht, zelfs al kon men de hoogte van de betaalde prijs niet bewijzen.⁵³

Met betrekking tot private renten werden echter tegenstrijdige meningen verdedigd. De auteurs baseerden zich wel allemaal op een argument *a communiter accidentibus*, d.i. op basis van wat gewoonlijk geschiedt. Zypaeus meende dat voor recent gevestigde renten een vermoeden van geldelijke renteverstiging, en dus van aflosbaarheid gold. Dit zou zelfs door verschillende gewoonterechten bevestigd zijn. Voor oudere renten bleef de bewijslast volgens Zypaeus echter bij de renteschuldenaar, al volstond de loutere vermelding van de term *vercregen* in de akte van renteverstiging om van een geldelijke vestigingswijze uit te gaan.⁵⁴ Stockmans volgde Zypaeus' redenering echter niet. Van oudsher – zo voerde hij aan – waren renten voornamelijk gevestigd bij wijze van voorbehoud bij de verkoop van een stuk grond. Zelfs na de uitvaardiging van de bullen *Regimini* bleef die praktijk van de voorbehouden renten (*reditus reservativi*) in zwang. Onder Stockmans' tijdgenoten was het in Leuven nog steeds de gewoonte om een renteverstiging als een – zij het dan eerder

51 Zie bijvoorbeeld: Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, 89, §10: '(...) ita ut probabiliter sustineri posset cessare articulos] 28. 29. et 30. tit[ulo] Van contracten in Impressis; licet enim praedicta sententia sit lata inter Namurcenses, attamen ligat caeteras omnes Provincias Regias, eo quod non aliter sit emanata aut pronuntiata nisi habito advisamento aliorum Consiliorum Provincialium, et après avoir eu sur ce l'avis des Consaulx Provinciaux de pardeça. (...) Sunt verba dictae sententiae indicantia jus hoc esse generale, et in omnibus ditionibus Regiis esse observandum.' Artikel 28 en 29 van titel 57 'Van contracten, opdrachten, hypotheeken ende verbintenissen van onruerende goeden ende renten' bepalen inderdaad dat alle grondrenten die sinds augustus 1405 door een kerk of vroom doeleinde ('dode hand') verworven waren, aflosbaar waren, zelfs al betrof het erfrenten en voorzag de vestigingsakte niet in aflosbaarheid. Zie daartoe: 'Coutumes de la ville d'Anvers, dites Impressae' in: G. de Longé (ed.), *Coutumes du pays et duché de Brabant. Quartier d'Anvers. Tome II. Coutumes de la ville d'Anvers*, Brussel, 1871, 428-429.

52 Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 27, 90-91, §12-14, met verwijzing naar het proces bij de Brusselse stadsmagistraat tussen eiser Theodoor van Eetvelde enerzijds, en de weduwe van meester Jan de Greve anderzijds. Na Theodoors dood had meester Jan van Wemmele het proces verdergezet.

53 Stockmans, *dec. 72*, 160, nr. 7: '(...) eaque confirmatur exemplo e jure Pontificio petito, nam si Sacerdos scripserit se Sacra vendidisse, satis hoc ipso confitetur de pretio convento, cum sine eo nulla venditio possit intelligi [X. 5. 3. 1, In ordinando] ubi glos[a] ad [X. 3. 19. 6, Ad quaestiones], nihil vero ad inducendam simoniam interest quanto pretio rem Sacram vendiderit.'

54 Zypaeus, *Consultationes canonicae*, lib. 3, tit. De emptione et venditione, cons. 2, 171-172. De in die consultatie besproken vestigingsakte uit 1388 vermeldde de term *erffpacht*. In het dagelijkse taalgebruik van de zeventiende eeuw wees dat begrip op een eeuwigdurende en onaflosbare huur (*locatio-conductio*). In 1388 werd de Bourgondische term *rente* echter nog niet gebruikt. Daarom was de loutere vermelding van *erffpacht* geen contra-indicatie voor het bestaan van een rentekoop.

symbolisch – voorbehoud vorm te geven: een stuk land werd gekocht en onmiddellijk terugggegeven met voorbehoud van een rente. Geldelijke renteverstoppingen waren derhalve niet zo gebruikelijk dat een vermoeden van dergelijke vestigingswijze kon worden gehanteerd.⁵⁵ Anselmo bevestigde dat een loutere redenering *a communiter accidentibus* zeker geen aanleiding kon geven tot een vermoeden van geldelijke renteverstopping.⁵⁶ Een onderbroken rentebetaling gedurende een langere periode gold evenmin als voldoende indicatie daartoe.⁵⁷ Toch vereiste geen enkele van deze auteurs dat het exacte bedrag van de oorspronkelijke koopprijs werd bewezen. Bij twijfel werd de rente geacht te zijn aangegaan *a rato* van zestien penningen kapitaal per penning rente. Nog op 12 juni 1653 werd dit principe bevestigd in de Noordelijke Nederlanden door de Hollandse raadgevers Paa-ts, van Peene en Strijen.⁵⁸ Andere zeventiende-eeuwse gedrukte *consilia* en *decisiones* uit de Republiek gingen niet op dit bewijsvraagstuk in.

4 Eenzijdige reductie van renteverplichtingen door overheden-renteschuldenaren

Eerder wees deze bijdrage al op het edict van 5 maart 1571, waarin Filips II schuldenaren van geldelijk gevestigde graanrenten toestond om die graanrenten af te kopen. Datzelfde edict liet ook toe om dergelijke graanrenten in geldrenten om te zetten.⁵⁹ Men sprak dan van een ‘reductie’. In die zin ging deze ordonnantie in tegen het gerecipieerde recht, in het bijzonder de *lex Oleo* (C. 4.32.23).⁶⁰ Zuid-Nederlandse *consilia* en *decisiones* bediscussieerden de territoriale werking van deze ordonnantie, evenals de manier waarop de nieuwe, jaarlijkse geldrente dan diende te worden berekend.⁶¹ Op deze vraagstukken wordt hier echter niet verder ingegaan.

Interessanter is een andere kwestie van eenzijdige reductie of vermindering van de rentelast door de renteschuldenaar. In de zestiende en zeventiende eeuw haalden de onderscheiden overheden hun financiering immers niet zelden uit dergelijke geldelijke renteverstoppingen. Vaak waren deze renten op het stadhuis gevestigd. Een dergelijke con-

55 Stockmans, *dec.* 71, 156-157. Zie onder meer bij nr. 7: ‘Non est vero tanta frequentia contractus emptio in constituendis frumentariis redditibus, ut prae caeteris omnibus modis, sive ex testamento sive ex contractu, dici possit illum plerumque, horum aliquem non nisi raro intervenire; quod tamen exigitur ut argumentum a communiter accidentibus locum habere possit.’

56 Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 27, 90-91, §13: ‘(...) et licet redditus communiter et plerumque creentur accedente pretio, cum tamen varii modi, et tituli sint constituendi redditum in aliqua specie, non sufficit argumentum a solitis, seu communiter accidentibus ad tollendum jus alteri quaesitum, Molin[aeus] (...)’

57 Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 27, 92, §18.

58 Naeranus (red.), *Consultatien*, VI, cons. 62, 456: ‘(...) hoewel schoon genomen niet zoude mogen consteren / om hoe veel Gelde de Renten zoude wezen verkocht / zoo zoude nochtans daar uit niet kunnen werden vast gemaakt eenige onlosbaarheid / maar zoude in het lossen het kapitaal moeten werden gerekend tegens den penning zestien.’

59 Dit edict werd opgenomen in: Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 27, 81-86.

60 C. 4.32.23 (Diocletianus en Maximianus): *Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.*

61 Zie onder meer: Kinschotius, *resolutio* 17, 573; Christinaeus, *Volumen I*, *dec.* 261, 431, nr. 4-6; *Ibidem*, *dec.* 303, 513, nr. 5-9; Zypaeus, *Notitia Iuris Belgici*, lib. 4, tit. *De emptione et venditione*, § *De redditibus, et eorum luitione*, 118-119; Stockmans, *dec.* 72, 158.

stellatie werd echter problematisch, indien de overheden-renteschuldenaren nadien eenzijdig wetgeving uitvaardigden die hun eigen verbintenissen verlichtte. In dat perspectief kan verwezen worden naar een consultatie van de Hollandse advocaten R. Hoogerhoets en Willem van der Meer van 19 september 1590, die gepubliceerd werd in het tweede volume van de bij de Rotterdamse drukker Naeranus uitgegeven *Hollandsche Consultatien*. De Staten van Holland hadden wetgeving uitgevaardigd met betrekking tot de reductie van renten. Graag wilden de Staten deze wetgeving ook toepassen op buitenlanders (van neutrale landen) die eerder rentecontracten met de Staten of met de Hollandse steden gesloten hadden. Zij vroegen daartoe de voormelde advocaten om advies.

Op het eerste gezicht waren er enkele goede redenen om deze wetgeving niet op buitenlanders toe te passen. Hoogerhoets en van der Meer noemen er drie. Ten eerste moesten vorsten en overheden hun eigen verbintenissen naleven, zeker aangezien ze in deze gevallen ook uitdrukkelijk beloofd hadden de voorwaarden niet te zullen veranderen, zelfs niet bij overmacht.⁶² Ten tweede waren ordonnanties van de Staten van Holland in principe niet van toepassing op buitenlanders die in Holland slechts over roerende goederen beschikten, waaronder zij – althans in deze *prima facie*-redenering – ook renteaanspraken rekenden.⁶³ Ten derde hadden de overheden beloofd om die rentetermijnen bij de woonplaats van de schuldeiser te betalen, in dit geval dus buiten Holland en buiten het territoriale toepassingsgebied van de voormelde ordonnantie.⁶⁴

Toch gaven uiteindelijk vier andere argumenten de doorslag. Ten eerste stipuleerde de ordonnantie uitdrukkelijk dat alle renteaanspraken op steden of publieke domeinen in Holland onder de territoriale werkingssfeer van het edict vielen. Eigenlijk legde deze ordonnantie gewoon een taks op aan allen met onroerende goederen of renten in de provincie Holland. Inderdaad, renteaanspraken die gevestigd waren op onroerende goederen moesten wel degelijk als onroerend beschouwd worden.⁶⁵ Ten tweede hadden de buitenlandse schuldeisers door het aangaan van de renteovereenkomsten minstens stilzwijgend aanvaard om de lokale wetgeving te respecteren, met inbegrip van de nieuwe wetgeving waartoe de gewijzigde omstandigheden noopten.⁶⁶ Ten derde werden de opbrengsten van de belasting aangewend voor de landsverdediging. De buitenlandse

62 Naeranus (red.), *Consultatien*, II, cons. 1, 1: ‘Welke over-komst behoord na-gekomen te werden / Praesertim a Principe, vel iis qui Principis personam repraesentant, quia, si fidem fallere in privatis, magis grave erit in Principe, quia tutor et auctor Justitiae esse debet, [X. 1.42.1, Ex quorundam]. Absurdum enim esset, inde injurias et fraudes ortum capere unde jura nascuntur, [C. 8.4.6, Meminerint].’

63 *Ibidem*, 1-2, onder meer: ‘Consuetudines enim, et statuta cum sint localia, non obligant nisi subditos, et ubi cessat jurisdictio statuentium, ibi et statuti vis non obtinet, text[us] in [D. 8.33.3, Vetustissimam], [C. 5.43.1, Libertum tuum], Doctores in [C. 1.1.1, Cunctos populos].’

64 *Ibidem*, 2.

65 *Ibidem*, 2-3, onder meer: ‘Welke lasten over zulks niet anders en zijn als onera mera realia die in rechten genoemd werden tributa.’ Ook in de Zuidelijke Nederlanden werden renten die op een stuk grond gevestigd waren, in principe als onroerend beschouwd. Zie daartoe onder meer: Lambreghts, Elenchus, 67-68.

66 *Ibidem*, 3: ‘(...) als dat de voorsz. uyttheemsche personen alhier te lande die rente hebben gekocht / ende zulks vrijwilliglijk gecontraheerd – want daar mede werden sij lieden na rechten verstaan hen selven de costumeyn van deze landen in ’t geheel onderworpen te hebben / ’t zij dan of de selve ten tijde van ’t contract in observantie waren / of ook namaals om eenige noodwaardige oorzaken zijn geintroduceerd. Quia per contractum sicut per delictum quis subjicitur statutis loci contractus (...).’

schuldeisers met investeringen in Holland profiteerden daar ook van.⁶⁷ Ten vierde en tot slot was het een aloud gebruik dat buitenlandse grondbezitters eveneens bijdroegen tot de verdediging van het land.⁶⁸

De auteurs weerlegden vervolgens de eerder vermelde tegenargumenten. Ten eerste konden contracterende partijen zich nooit in het algemeen verbinden voor onvoorziene omstandigheden. De oorlog was duidelijk niet voorzien op het ogenblik van de rentestorting.⁶⁹ Bovendien konden vorsten en publieke overheden zich steeds omwille van hun volle rechtsmacht (*plenitudo potestatis*) terugtrekken uit eerder gesloten contracten, zolang daartoe een rechtvaardige oorzaak (*iusta causa*) bestond.⁷⁰ Ten tweede mocht een vorst of andere overheid eveneens belastingen heffen op de uitvoer van roerende goederen. Zelfs indien de renteaanspraken dus als roerend werden gekwalificeerd, *quod non*, kon de ordonnantie daarop nog steeds worden toegepast.⁷¹ Ten slotte diende het recht van de plaats van contractsluiting te worden toegepast, niet dat van de betaling.⁷²

In de zeventiende eeuw zette deze praktijk zich verder door. In een consultatie van 15 maart 1632 meenden de Utrechtse raadgevers Ev. vander Schuyr, R. Coesvelt en G. Boschman dat een overheid wetgeving kon uitvaardigen die ook haar eigen renteschulden verlichtte.⁷³ Een gelijkaardige redenering zou dezelfde Coesvelt ook verdedigen in een *consilium* dat in het tweede volume van de *Utrechtsche Consultatien* werd gepubliceerd en in het bijzonder betrekking had op de gevolgen van muntschommelingen op privaatrechtelijke verbintenissen.⁷⁴

5 Eenzijdig terugvorderingsrecht van de koper-renteschuldeiser?

Terwijl tot dusver de aflosbaarheid en de reductie van een rente door de verkoper-renteschuldenaar behandeld werd, gaat deze laatste sectie in op de mogelijkheden van de koper-renteschuldeiser om de renteovereenkomst eenzijdig te beëindigen en de betaalde koopprijs, dus het kapitaal, terug te vorderen. Volgens de *communis opinio* van de geleerde

67 Ibidem, 3-4.

68 Ibidem, 4.

69 Ibidem, 4: 'Quod generali promissione, et renunciatione casuum fortuitorum, nunquam comprehendantur casus insoliti, ac de quibus antea non fuit cogitatum – quo in genere procul dubio est nostrum bellum [D. 18.1.78, *Fistulas*] [D. 2.11.4.4, § *Quaesitum est*] [D. 33.1.10.1, § *Medico*].'

70 Ibidem, 4: '(...) dat na rechten Princeps, ex plenitudine potestatis ex iusta causa, mag recederen a conventionibus per eum cum subditis, aut cum iis qui possessionis ratione pro subditis habentur, initis (...).'

71 Ibidem, 4-5: '(...) nam primo respondetur quidem regulariter, quod pro mobilibus forenses non obligantur statutis collectandi (...). Sed hoc non obtinet, quando Princeps, vel summus Magistratus, ex consuetudine vel speciali statuto jus habet, etiam pro transportatione talium rerum collectarum, vectigal, vel aliud munus indicendi.'

72 Ibidem, 5-6: '(...) quod in iis quae concernunt decisionem causae in jure inspicitur locus ubi vere contractum est, etiamsi solutio alibi sit destinata, quemadmodum communiter concludunt Doctores in [C. 1.2.1, *Habeat*].'

73 Naeranus (red.), *Consultatien*, II, cons. 267, 507-508. Deze zaak betrof een proces tussen de Amsterdamse handelaar Gerrit Vermeulen als rentekoper en Johan van Westrenen als beheerder van de te Utrecht gelegen gronden.

74 *Utrechtsche Consultatien*, II, cons. 156, 645-646, nr. 57. Dezelfde bundel bevat ook de tegenovergestelde opinie van de Utrechtse jurist van Lommethum: Ibidem, cons. 155, 627, nr. 26-27.

rechtspraktijk mocht een renteschuldeiser deze koopprijs niet eenzijdig terugvorderen. In dergelijk geval zou de renteovereenkomst feitelijk immers niet langer (substantieel) verschillen van een gewone verbruiklening op interest, en dus woeker uitmaken. Precies het beginsel dat de renteschuldeiser de betaalde koopsom niet *ad nutum* kon terugvorderen, onderscheidde die rentekoop van een verbruiklening, zoals Wamesius terecht aanhaalde in één van zijn civielrechtelijke consultaties.⁷⁵ Ook Christinaeus wees op dit belangrijke onderscheid.⁷⁶ Hoewel alle gedrukte *consilia* en *decisiones* dit beginsel huldigden, werden toch (minstens) drie uitzonderingen hierop vermeld in de Noord- en Zuid-Nederlandse geleerde rechtspraktijk.

Een eerste uitzondering blijkt onder andere uit één van de *decisiones* die traditioneel aan Corneel van Nieustadt (Neostadius, ed. 1627) worden toegeschreven. In de daar behandelde casus had de schuldenaar al zes jaar geen rentetermijnen meer betaald. De renteschuldeiser was daarop overgegaan tot de openbare verkoop van de gehypothekeerde goederen. Die openbare verkoop bracht meer op dan het bedrag van de achterstallige rentetermijnen. De Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland zou in die zaak beslist hebben dat de renteschuldeiser het teveel mocht aanrekenen op het kapitaal zelf, en dat die laatste bovendien het restant eveneens mocht terugeisen. Een renteschuldeiser was volgens deze *decisio* immers niet verplicht om de nieuwe hypotheeken die de schuldenaar aanbood, te aanvaarden.⁷⁷ De Zuid-Nederlandse auteur Christinaeus liet tevens toe dat een schuldeiser bij wanbetaling van de schuldenaar het kapitaal terugvorderde, maar leek toch te insinueren dat een schuldenaar aan die terugbetaling kon ontsnappen indien hij nieuwe geschikte hypotheeken aanbood.⁷⁸ Anselmo voegde daar nog aan toe dat indien een schuldenaar voortdurend nalatig was en zo de schuldeiser met aanzienlijke invorderingskosten opzadelde, de schuldeiser eveneens tot terugvordering mocht overgaan.⁷⁹

75 Wamesius, *cons. civ.* III/87, 271, nr. 10-11: 'Est ergo horum redituum, qui utroque iure approbantur, quaedam perpetuitas; tum propter perpetuam abalienationem pecuniae, quam facit emptor, Carol[us] Molyn[aeus] in tract[at]u de contract[ibus] nu[m]ero 19. Perpetuus autem non posset esse reditus, si pro lubito emptoris repeti posset sors; eoque casu non reditus, sed usura dicenda esset (...).'

76 Christinaeus, *Volumen III, dec.* 43, 434, nr. 1. Vgl. ook: Gudelinus, *De iure novissimo*, lib. 3, cap. 3, 90: 'in reditu acquirendo pecunia seu sors sic datur, ut nunquam repeti queat, ac pactum quod adjiceretur, ut ea posset repeti, inutile foret'. Pierre de Cuvelier, raadsheer bij de Grote Raad van Mechelen van 1612 tot aan zijn dood in 1628, verwees dan weer naar een arrest in dezelfde zin van de Raad van Vlaanderen van februari 1587 in de zaak Jean Bacquerot tegen de heer van Olsene. Zie: *Arrêts du Grand Conseil de sa Majesté Impériale et Catholique, résidant en la ville de Malines, recueillis par MM. Cuvelier et de Grispre*, dl. 2, Rijssel, 1774, arrêt 230, 294. Zie voor deze en andere soortgelijke aan het einde van de achttiende eeuw gepubliceerde *decisiones*-verzamelingen op basis van manuscripten uit de zestiende en zeventiende eeuw: A. Wijffels, 'Legal Records and Reports in the Great Council of Malines (15th to 18th Centuries)', in: J.H. Baker (red.), *Judicial Records, Law Reports, and the Growth of Case Law, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, dl. 5, Berlijn, 1989, 186-196.

77 Neostadius, *decisio Supremae Curiae* 84, 237-238.

78 Christinaeus, *Volumen III, dec.* 43, 435, nr. 3, die dan wel stelde dat de afkoop kon geschieden in de munt die in omloop was op het ogenblik van de betaling, niet in de munt waarmee de oorspronkelijke koopprijs was betaald. Een renteschuldeiser mocht ook het recht bedingen om de gehypothekeerde gronden in geval van wanbetaling te verkopen. Vgl.: *Ibidem*, *cons.* 93, 508-509, nr. 3. De Cuvelier verwees naar een arrest van de Grote Raad van Mechelen van 11 april 1615 (Jean-Baptiste Vanlaere versus Claude Humé), waarbij een beding dat de schuldeiser bij wanbetaling van de renteschuldenaar het kapitaal mocht terugvorderen, als geldig werd beschouwd: *Arrêts du Grand Conseil*, arrêt 292, 388.

79 Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 72, 290-291, §30: 'Secundus casus est, quando venditor moram contrahere solet in solvendo, et loco solutionis creditorem sumptibus ac litibus vexari solet: tunc enim cogi potest ad refundendam, et restituendam ipsam sortem (...).'

Toch werd deze eerste uitzondering niet unaniem aanvaard. Zelfs de rechtspraak van de Hoge Raad bleek niet eensluidend. Zo vinden we bij Jacob Cooren een uitgebreid rapport van een arrest van deze hoogste rechterlijke instelling van de Republiek van 25 mei 1627. Het is wel belangrijk hier aan te stippen dat deze zaak betrekking had op een namptissement of consignatie, en dus niet op een definitieve betaling, al verklaart dat gegeven zeker niet het gehele verschil. De renteschuldeiser beschikte zowel over een algemene hypotheek op alle goederen van de schuldenaar, als over een bijzondere hypotheek op een huis. Na een overdracht van dat gehypothekeerde huis weigerde de overnemer de last te voldoen. De renteschuldeiser eiste daarom het volledige kapitaal terug. Hij riep daartoe onder meer in dat de schuldenaar hem had benadeeld door de overdracht van het gehypothekeerde goed aan een insolvente derde, evenals dat de schuldenaar niet in staat was nog andere hypotheeken toe te staan, aangezien reeds al zijn goederen met een algemene hypotheek belast waren. De Hoge Raad volgde echter de redenering van de renteschuldenaar, die onder meer stelde dat de koper van een rente net zoals de koper van enig ander goed zelf het risico van de gekochte zaak moest dragen. Verder wees die schuldenaar er nog op dat een persoonlijke rente ook zonder hypotheek geldig kon worden gevestigd. Bovendien maakte het Amsterdamse gewoonterecht geen onderscheid tussen een algemene en een bijzondere hypotheek, en beschikte de renteschuldeiser dus nog over voldoende zekerheden.⁸⁰

Een tweede uitzondering betrof het leerstuk van de voogdij. Het Hollandse gewoonterecht bepaalde dat pupillen op het moment van hun meerderjarigheid het kapitaal van renten die door hun voogden waren gekocht, mochten terugvorderen. Deze verwijzing komt onder meer terug bij Coren en in een Hollandse consultatie van W. de Cocq, D. Herweyers en S. van Veen.⁸¹ Ook in de Zuidelijke Nederlanden werd een dergelijke regeling aanvaard, zoals blijkt uit Anselmo's *Tribonianus Belgicus*.⁸²

Een derde uitzondering vonden we enkel bij Anselmo. Indien een verkoper de rente bedrieglijk gevestigd had op goederen waarvan hij niet de eigenaar was, meenden sommige rechtstheoretici dat de koper-renteschuldeiser de koopprijs kon terugvorderen. In de rechtspraktijk zou de schuldenaar echter steeds de mogelijkheid gegeven zijn om in de plaats daarvan een betere hypotheek aan te bieden.⁸³

De vraag naar de terugvordering van het kapitaal was niet enkel relevant voor geldig gevestigde renten, maar ook bij renteverstichtingen die ongeldig waren, bijvoorbeeld omwil-

⁸⁰ Zie voor al deze argumenten: Coren, *Observationes*, obs. 35, 234-240. Dit Amsterdamse gewoonterecht blijkt onder meer uit een octrooi van de Staten van Holland van 8 maart 1594, gepubliceerd in: C. Cau (red.), *Groot placaeet-boeck, vervattende de placaten, ordonnantien ende edicten ...*, dl. 2, 's-Gravenhage, 1664, 2212-2214. In Amsterdam werd een oudere algemene hypotheek geprefereerd boven een latere bijzondere hypotheek.

⁸¹ Naeranus (red.), *Consultatien*, I, cons. 206, 342: '(...) dat naer generale Costuyme van Holland / soodanige clausulen ende conditien van de hoofd-somme te moeten op-brengen / wanneer als die Wees-kinderen gekomen zijn tot haren mondigen dagen / hijlicken / ofte tot eenigen anderen eerlijcken staat / getollereert ende toe-gelaten werden.'

⁸² Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 72, 290-291, §30, al was deze bewering niet geheel onomstreden, onder meer in het licht van een plakkaat van 1587. Zie: Godding, *Le droit privé*, 483. Vóór 1711 aanvaardde het Parlement van Parijs deze uitzondering eveneens, zie: Schnapper, *Les rentes*, 75-76.

⁸³ *Ibidem*, cap. 27, 101, §22.

le van hun woekerkarakter. Ook in dat laatste geval stelden verschillende auteurs zich de vraag of de koper zijn kapitaal kon terugvorderen. Volgens Wamesius kon de koper dat niet, of althans toch niet zonder eerst de schuldenaar te vergoeden voor de reeds betaalde rentetermijnen.⁸⁴ De Utrechtse auteur van *decisiones* Willem van Radelant meldde echter dat het provinciale Hof van Utrecht een andere mening was toegedaan. Eenmaal de schuldeiser de verschuldigde boete aan de fiscus betaald had, kon hij de volledige koopprijs voor die nietige rente terugvorderen, zowel van de schuldenaar als van de eventuele borgens.⁸⁵

Ondanks deze eerder terughoudende houding van de geleerde juristen, lieten sommige theologen van de school van Salamanca, onder wie ook de reeds vermelde Lessius, dergelijk eenzijdig terugvorderingsrecht door de koper-renteschuldeiser wel toe. De Leuvense jezuïet en moraaltheoloog verwees voor deze materie naar eerdere opinies van Gabriel Biel (1420-1495), Juan de Medina (1490-1547) en Gregorius a Valentia (1550-1603). Hij was zich sterk bewust van de tegenargumenten tegen de mogelijkheid van de schuldeiser om het kapitaal terug te vorderen. Toch achtte hij – in zijn typische probabilistische stijl – de toelaatbaarheid van wederzijds aflosbare renten (*census utrimque redimibiles*) waarschijnlijk.⁸⁶ Hij haalde daartoe verscheidene argumenten aan. Zo zag hij allereerst geen reden om kopers en verkopers van renten ongelijk te behandelen.⁸⁷ Ten tweede lag het verschil tussen een rentekoop en een verbruiklening op interest in de aanvankelijke bedoeling, niet zozeer in de mogelijkheid dat nadien toch het kapitaal werd teruggevorderd.⁸⁸ Ten derde was het nadeel van een dergelijk eenzijdig terugvorderingsrecht niet oneindig en dus in geld waardeerbaar; er kon een gerechte prijs voor worden bedongen.⁸⁹ Ten vierde was een rente een verhandelbaar goed, en kon er dus zoals voor elk ander verhandelbaar goed een terugvorderingsrecht bedongen worden.⁹⁰ Tot slot gaf Lessius nog een concreet voorbeeld met verwijzingen naar de Antwerpse praktijk. Volgens hem werden persoonlijke renten – die dus niet op een bepaald stuk grond gevestigd waren – in Antwerpen gewoonlijk bedongen aan een prijs van zestien penningen kapitaal per penning van de jaarlijkse rente. Indien de koper daarentegen bereid was om twintig penningen kapitaal neer te tellen per penning van de jaarlijkse rente, kon dit verschil van vier volstaan bij wijze van vergoeding voor een beding van wederzijdse aflosbaarheid. Deze techniek bood

84 Wamesius, *cons. civ.* III/87, 272, nr. 12.

85 Radelantius, *dec.* 99, 209, nr. 11.

86 Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 22, dub. 10, 280, nr. 60: 'Hae rationes satis probant, probabile esse, hoc pactum emptioni census realis apponi posse. (...) Si vero agatur de emptione census personalis, maior est difficultas. Sed authores citati etiam de hac intelligendi sunt: nam generatim loquuntur.'

87 Ibidem, 279, nr. 56: '(...) si enim venditor potest sibi tale ius reservare et talem obligationem emptori imponere, ad rem, quam alienat recuperandam; cur emptor non possit sibi simile ius reservare, et similem obligationem imponere venditori, ad recuperandam pecuniam, quam alienat?' In de editie van 1621 gaat hij daar uitgebreider op in (304).

88 Ibidem, 280, nr. 57.

89 Ibidem, nr. 58: 'Ideo venditor iuste potest emptori imponere obligationem reuendendi; quia hoc onus potest compensari, tanto minoris rem vendendo: atqui obligatio, quam emptor imponit venditori ad rem redimendam, potest similiter compensari ad aequalitatem, tanto pluris emendo; non enim infiniti pretii – ergo similiter potest imponi.' In de editie van 1621 benadrukte Lessius nog dat dergelijke vergoeding geenszins de hoedanigheid van de rentekoop als koopcontract aantastte (304-305).

90 Ibidem, nr. 58: 'Hoc pactum potest addi emptioni aliarum rerum v.g. agrorum, domorum, cur non etiam emptioni censusum?'

volgens Lessius ook een afdoende rechtvaardiging voor de vaakgebruikte vijf-procent-contracten.⁹¹ Zeventiende-eeuwse juristen, zoals Christinaeus en Anselmo waren op de hoogte van dergelijke theorieën, al was Christinaeus het er zeker niet mee eens. Hij verwees dan ook tegelijkertijd naar kritischere stemmen, zoals die van Charles Dumoulin, Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577) en Andreas Gaill (1526-1577), die het beding van wederzijdse afkoopbaarheid als woekerachtig beschouwden.⁹² Anselmo scheen echter wel gewonnen voor de geldigheid van een beding waarbij het aan schuldeisers toegelaten werd om het kapitaal na afloop van een bepaalde periode terug te vorderen.⁹³

6 Besluit

Renten kwamen al in de middeleeuwen op diverse manieren tot stand. Werd er in ruil voor de renteverstiging een geldsom betaald, dan loerde het gevaar van woeker om de hoek. Daarom debatteerden ook de Noord- en Zuid-Nederlandse vroegmoderne geleerde rechtspractici nog over mogelijke beperkingen op zulke geldelijk gevestigde renten. Hoewel Everaerts aan het einde van de vijftiende en het begin van de zestiende eeuw bij afwezigheid van een aflosbaarheidsbeding mede op basis van de aristotelische substantieel de principiële onaflosbaarheid van rentekopen verdedigde, gingen alle latere *consilia* en *decisiones* uit de beide Nederlanden minstens uit van een vermoeden van aflosbaarheid door de renteschuldenaar tot bewijs van het tegendeel. Een renteschuldenaar moest principieel de mogelijkheid geboden worden zich te allen tijde van zijn last te bevrijden, uiteraard in ruil voor de volledige teruggave van de koopsom, d.i. het kapitaal. Leoninus liet als enige nog een opening voor bedingen van tijdelijke onaflosbaarheid op voorwaarde dat daartoe een voldoende vergoeding betaald was. In de zeventiende eeuw zou de Leuvense moraaltheoloog Lessius dit standpunt verder uitwerken. De juristen onder zijn tijdgenoten volgden hem echter niet.

In de geleerde rechtspraktijk stond ook de bewijsvoering centraal. Voor de zestiende eeuw is het opvallend dat net die ene auteur die nog een opening liet voor bedingen van tijdelijke onaflosbaarheid, met name Leoninus, wel uitging van een weerlegbaar vermoeden van geldelijke renteverstiging en zo toch weer de aflossing van renten eenvoudiger maakte. De andere zestiende-eeuwse auteurs, die bij geldelijk gevestigde renten geen bedingen van onaflosbaarheid toestonden, legden de bewijslast van die geldelijke renteves-

91 Ibidem, nr. 61-62.

92 Christinaeus, *Volumen III*, dec. 93, 508, nr. 2, waar hij stelde dat de contracten waarover Medina (en Lessius) het hadden, best niet aangemoedigd werden: 'est tamen talis contractus dissuadendus cum merito praesumatur usurarius.' Christinaeus verwees elders dan weer wel (positief?) naar Lessius' uiteenzetting over de renteverstiging in het algemeen. Zie: Idem, *Volumen III*, dec. 43, 434, nr. 1.

93 Anselmo, *Tribonianus Belgicus*, cap. 72, 290-291, §30: 'Verum a juris communis Interpretibus tres casus excerptissimus, quibus licitum est stipulari ut ad certum tempus repeti possit. Primus est, si quis in creatione redditus stipuletur, ut post 2, 3 vel quatuor annos sortem repetere liceat: ejusmodi enim pactum emptioni redditus adjectum contractum non vitiat, nec redditus usurarium, cum pacta contra naturam rei apposita, et in contractum deducta valeant, uti multis probat Everhard[us] consil[iis] 149 et 150.' De verwijzing naar Everaerts' *consilia* is opmerkelijk, aangezien die het niet hadden over een eenzijdig terugvorderingsrecht voor de rentekoper.

tiging dan weer wel bij de renteschuldenaren, wat zeker voor oude renten een niet te onderschatten nadeel was. In de zeventiende eeuw werd in de Spaanse Nederlanden een onderscheid gemaakt naargelang de renteschuldeiser een kerk (of ander vroom doeleinde) dan wel een privépersoon was. Voor de kerkelijke renten was iedereen het erover eens dat de renteschuldenaar de bewijslast droeg. Een arrest van de Geheime Raad uit 1573 werd daartoe vaak als gezaghebbend precedent aangevoerd. Met betrekking tot de private renten waren de meningen verdeeld. Zypaeus aanvaardde immers op basis van een argument *a communiter accidentibus* voor recente private renten een vermoeden van geldelijke rentevestiging, terwijl de andere auteurs oordeelden dat er te veel rentevestigingswijzen gebruikt werden om van een dergelijk vermoeden van vestiging tegen betaling van een geldsom te kunnen uitgaan.

Dit artikel behandelde eveneens het vraagstuk van de eenzijdige verlichting van de renteverplichtingen door publieke renteschuldenaren. De gedrukte *consilia* met betrekking tot dit onderwerp kwamen uit de Noordelijke Nederlanden. Alle betrokken consultaties oordeelden dat de overheden effectief algemene wetgeving mochten uitvaardigen die ook hun eigen verbintenissen verlichtte. Een dergelijke vermindering van rentelasten kwam – zo luidde het in een Hollandse consultatie – eigenlijk neer op een belasting met het oog op de landsverdediging, waarvan ook buitenlandse investeerders profiteerden.

Aan het slot van deze bijdrage kwam ook de mogelijkheid van de renteschuldeiser tot eenzijdige terugvordering van de koopsom of het kapitaal aan bod. Precies omwille van het dreigende gevaar van woeker mocht een koper-renteschuldeiser de koopsom in principe niet terugvorderen. Terugvordering *ad nutum* was nu net één van de kenmerken van de verhuisde verbruiklening op interest. Toch werden enkele uitzonderingen – zij het niet unaniem – aanvaard, met name bij wanbetaling van de schuldenaar, bij de meerderjarigheid van een pupil of bij bedrog van de renteschuldenaar bij de toewijzing van een hypotheek. Opnieuw waren moraaltheologen, onder wie Lessius, flexibeler. Zij lieten terugvordering op eigen initiatief toe, indien die mogelijkheid uitdrukkelijk bedongen was en daartoe ook een gerechte prijs betaald was. De op de Antwerpse beurs erg populaire vijf-procent-contracten zouden precies als wederzijds aflosbare renten gekwalificeerd kunnen worden. Hoewel Christinaeus deze redenering niet volgde, scheen Anselmo wel gewonnen voor de idee.

Deze studie betrof de gedrukte volumes van *consilia* en *decisiones*. Vanzelfsprekend stelt deze keuze de bijdrage bloot aan enkele onzekerheden. Niet elke rechtszaak leidde tot een geleerd advies, noch werd elke zaak door de vorstelijke hoven behandeld. Slechts een klein deel van de adviezen en rechterlijke uitspraken werd nadien verzameld of geciteerd in gedrukte volumes. Vele adviezen werden op vraag van een partij geschreven en zijn dus partijdig (al diende de raadsman ook over zijn reputatie te waken). Toch heeft deze bijdrage de lezer hopelijk overtuigd van het nut van de studie van zulke gedrukte *consilia* en *decisiones*, mede tegen de achtergrond van de andere rechtsbronnen, zoals het *ius commune*, de vorstelijke of lokale ordonnanties en het gewoonterecht. Tot op grote hoogte bevestigen de bovenstaande bevindingen de eerdere resultaten van het rechtshistorische onderzoek,

in het bijzonder dan van Godding die zich als enige op de Zuidelijke Nederlanden focuste en die overigens ook de meeste *decisiones*-verzamelingen bij zijn studie betrokken heeft. Niettemin bracht deze bijdrage toch enkele bijkomende nuances aan het licht, al was het maar omdat juridische consultaties soms ook minderheidsposities durfden te verdedigen. Daarbij kan gedacht worden aan Everaerts' weifelende positie met betrekking tot de aflosbare aard van geldelijk gevestigde renten, terwijl reeds in de vijftiende eeuw meerdere lokale statuten de aflosbaarheid van rentecontracten voorschreven.⁹⁴ Denk ook aan Leoninus' verrassend tolerante houding ten aanzien van bedingen van (zelfs permanente) onaflosbaarheid, een houding die voor het overige enkel bij de moraaltheoloog Lessius kon worden waargenomen.⁹⁵ Tot slot durfden minder aan de praktijk gerelateerde traktaten kwesties als de regeling van de bewijslast wel eens uit het oog te verliezen.⁹⁶ Voor die vraagstukken bleek een analyse van de geleerde rechtspraktijk dan ook van bijzondere waarde.⁹⁷

Summary

This article analyzes early modern printed *consilia* and *decisiones* from the Northern and Southern Low Countries regarding the redeemability of annuities. The sale of annuities was a common technique to circumvent the prohibition against usury. Someone in need of credit sold an annuity to a buyer-financier who in return paid a purchase price. As of the mid-sixteenth century learned authors accepted that the seller could redeem the annuity, even though discussion remained as to the possibility of contractual clauses which temporarily limited that right. As this possibility was only guaranteed in case of pecuniarily constituted annuities, debates also concerned the burden of proof of this emptitious nature. Furthermore, this contribution deals with the possibility by a governmental debtor to mitigate its own annual liabilities through the enactment of legislation. Finally, it is shown that the buyer was generally denied a right to claim restitution of the capital.

Keywords

Annuities, Redeemability, Usury, Public Finance, Church Finance, *Consilia*, *Decisiones*, Low Countries

⁹⁴ Godding, *Le droit privé*, 185-186.

⁹⁵ Geen van de geciteerde werken had eerder naar deze consultatie van Leoninus verwezen. Zo kwam de consultatie niet aan bod in Godding, *Le droit privé*, 482-483.

⁹⁶ Zo bespreekt Gudelinus deze bewijslastverdeling niet.

⁹⁷ De meeste zeventiende-eeuwse bronnen in verband met het weerlegbare vermoeden van geldelijke renteverstiging werden reeds door Godding (*Ibidem*, 186-187) kort vermeld, al besteedde de huidige bijdrage meer aandacht aan de onderliggende redeneringen. Naar de relevante *consilia* uit de zestiende eeuw werden in de eerdere rechtshistorische literatuur geen verwijzingen aangetroffen.

ECHTE MANNEN, WOORDEN EN DADEN

EER EN SCHULD VOOR HET HOF VAN UTRECHT IN DE ACHTTIENDE EEUW

1 Inleiding

Het Hof van Utrecht was in de achttiende eeuw de hoogste rechtsprekende instantie in de provincie Utrecht – anders dan nu een autonome provincie binnen het groter verband van de Republiek der Verenigde Nederlanden. Een onderzoek naar procesrecht aan de hand van enkele procedures voor dat provinciale hof biedt een prachtige inkijk in het recht van die tijd, in de wereld van raadsheren en advocaten, en bovendien in het leven van alledag, van de academisch geschoolden en kooplieden.¹

Twee illustratieve casus die voor dat Hof van Utrecht werden gevoerd, dienen daartoe, de ene over een ‘onrechtmatige daad’, de andere over een contractuele kwestie. De hooggeleerde Burman – verbonden aan de Universiteit Utrecht – heeft zijn (beweerde) bezwangerende driften breed uitgemeten gezien – onder meer in een gepubliceerde procedure over deze *defloratio* en *iniuria* – die niet werden bewezen. De koopman Huijbert van Ee heeft het geweten – nooit een handtekening zetten onder een schuldbekentenis, een *obligatio*, als borgtocht of een andere voorwaardelijkheid is bedoeld. Beide zaken bieden een beeld van de toepassing van geleerd recht op geschillen in een provinciale samenleving in de Lage Landen.²

De samenleving in Utrecht had eigenheden, maar was tegelijk ook open voor wat van buiten kwam en naar buiten ging, en dat gold bij uitstek voor handel en recht. We schetsen de wereld van Utrecht en het recht destijds (2), waarin Burman en Van Ee hun levens voor een deel zagen bepaald door procedures voor het Hof van Utrecht (3). Op het procesrecht van het Hof van Utrecht gaan wij in (4), waarbij wij aandacht besteden aan de regels (4.1), de raadsheren (4.2) en de advocaten en procureurs (4.3). Zo belanden we via vormende factoren en elementen bij het geleerde recht in de provincie Utrecht zoals dat in onze twee procedures werd toegepast (5). We zien hoe de verbintenissen van Burman en Van Ee in het sociale strijklicht van destijds worden gewogen. Eer kleurt de sociale en juridische verbondenheden, van geleerden en handelaren, in een kleine provincie aan de rand van Europa (6).

1 Het Utrechts archief biedt toegang tot het archief van het Hof van Utrecht, waarvan een klein deel is gedigitaliseerd, zie <http://www.hetutrechtsarchief.nl/>.

2 Een uitgebreide weergave van beide processen en het procesrecht in die tijd zal worden gepubliceerd in de procesgids voor het Hof van Utrecht: J.M. Milo en E.G.D. van Dongen, *Het Hof van Utrecht*, naar verwacht te verschijnen in 2018.

2 Utrecht in het recht

De wereld van Burman en Van Ee was een Utrechtse stedelijke en provinciale wereld in de vroege en late achttiende eeuw – in de nadagen van de Republiek als grote mogendheid en aan de vooravond van de woelige patriottische revolutionaire jaren 1780 en de Bataafse jaren 1790. De economie van Utrecht kende veel kleinbedrijf en was gericht op een kleine kapitaalkrachtige aristocratie. In de jaren van onze procedures ging het economisch gaandeweg aanmerkelijk minder, voor een steeds groter deel van de bevolking.³

De provincie Utrecht was sinds 1581 autonoom binnen de Republiek der Verenigde Nederlanden, gebonden aan de Unie van Utrecht van twee jaar eerder. De hoogste overheidsmacht – de soevereiniteit – berustte sinds 1581 bij de Staten van Utrecht. De kerkelijke overheid had in stad en provincie geen wereldlijke macht meer uit te oefenen, sedert de overdracht daarvan aan de landsheer, keizer Karel V, in 1528.⁴ Het Hof van Utrecht werd op 23 maart 1530 opgericht, waarbij een appelmogelijkheid was op de Grote Raad van Mechelen. Sinds het afzweren van de landsheer in 1581 was het Hof van Utrecht de hoogste rechtsprekende instantie. De opstand was sterk gericht tegen alle centraliserende maatregelen en inbreuken op autonomie. Utrecht onderwierp zich niet aan de Hoge Raad, die in Holland in 1582 was opgericht als noordelijke tegenhanger van de Grote Raad van Mechelen.

De taak van de Utrechtse raadsheren was wezenlijk veranderd ten opzichte van de ordening van voor de opstand. Gaf de ordonnantie van 1530 nog een uitgebreide bestuurlijke opdracht aan stadhouder en raden, voorafgaande aan de bedeling van justitie,⁵ de ordonnantie van 1583 behandelt vrijwel geheel de rechterlijke taak: president en raden zullen justitie administreren aan allen die dat verzoeken.⁶ Expliciet was het Hof de wetgevende macht ontzegd⁷ – Montesquieu *avant la lettre*. De rechtsmacht van het Hof van Utrecht strekte zich uit over de provincie Utrecht – waarbij afbakening plaatsvond met andere jurisdicties in de nabijheid – Holland met name – en binnen Utrecht zelf. Stedelijke en landelijke rechtskringen hadden eigen bevoegdheden en manieren van procederen.⁸ Van het (schepen)gerecht van

3 Nog steeds een van de rijkste landen ter wereld, aldus Prak en Van Zanden, maar een zeer ongelijke verdeling van welvaart, M. Prak en J.L. van Zanden, *Nederland en het Poldermodel*, Amsterdam, 2013, 170; E.H. Kossmann, *De Lage Landen 1780-1940*, Amsterdam, 1986; I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenmacht. Sociaal-economische geschiedenis van Nederland 1795-1813*, Den Haag 1976, 22 e.v. Dat was ook in Utrecht het geval.

4 De Unie van Utrecht, opgenomen in J. van de Water, *Groot placaatboek, vervattende alle placaten, ordonnantien en edicten der... heeren 's Lands van Utrecht, mitsgaders van de ... heeren burgemeesteren en vroedschap der stad Utrecht tot het jaar 1728* ingesloten, Utrecht, 1729, I, 58, verder te citeren als GUP (I, II of III). De Unie wordt onder meer voorafgegaan door een veelheid aan documenten van verscheiden aard, maar het vangt aan met die overdracht van de wereldlijke macht door de bisschop aan de landsheer, ook bekend als 'translatie van de temporaliteit', zie GUP, I, 1.

5 Art. I Instructie 1530, GUP, II, 955.

6 Art. I.2 Instructie 1583, GUP, II, 984. Er zijn echter meer taakstellingen. Zo houdt het Hof sinds 1606 een register bij van het afleggen van de eed door notarissen.

7 Instructie I.46.

8 Over de stroomlijning van procesrecht en rechterlijke organisatie in die jaren, zie: R. van Boneval Faure, *Het Nederlandse Burgerlijke Procesrecht*, I, Leiden, 1871, 37 e.v. Over de veelheid van jurisdicties, zie: M.W. van Boven, *De rechterlijke instellingen ter discussie*, Nijmegen, 1990 en Idem, 'Een blijvend domein van juristen', in: O. Moorman van Kappen (red.), *De Bataafse omwenteling en het recht*, Groningen, 1995, 135-149.



De Utrechtse Hofpoort.

de stad Utrecht was hoger beroep mogelijk op het Hof van Utrecht. ‘Miserabele’ personen – waarmee de armen van destijds worden aangeduid, weduwen en wezen inclusief – konden zelfs in eerste instantie voor het hoogste hof dagvaarden, aldus de regels van competentie.

In de wording van het Utrechtse recht – het Rooms-Utrechtse recht – is van eenmaking sprake geweest – zowel van de Habsburgse landsheer door uniforme wetgeving (zoals het procesrecht), optekening van gewoonterecht (waarin Utrecht opmerkelijk volgbaar was) en centralisering van rechtspraak, maar ook door overname van het recht van de stad Utrecht door de andere Utrechtse steden. Academie en praktijk waren bovendien sterk verweven, omdat er tussen rechterschap, advocatuur, de juridische faculteit en stads- en provinciebestuur een sterke personele wisselwerking bestond.⁹ Geschilbeslechting door

⁹ Raadsheren waren vaak afkomstig uit het stadsbestuur, bijvoorbeeld Hendrick Moreelse, die schepen was, hoogleraar werd, in 1652 raadsheer in het Hof, in 1662 burgemeester en in 1664 weer raadsheer. Thomas Zosius of Zoësius werd raadsheer in het Hof in 1580, maar vertrok in 1583 en werd in 1584 aan de Leidse academie hoogleraar. Zie de lijsten in: GUP, II, 1049-1055. Advocaten werden hoogleraar en raadsheer. Bovendien waren rechtsgeleerde adviezen aan rechters van groot belang. De Utrechtse advocaat Anthonius Matthisius is betrokken bij een kwart van de in de Utrechtse Consultatien gepubliceerde adviezen. Vele andere bekende en minder bekende juristen verschijnen in die driedelige publicatie.

academisch geschoolden of op grond van adviezen kanaliseerde het recht ook in de praktijk langs de geleerde weg. En die weg liep sinds 1636 ook geografisch door Utrecht, want in dat jaar werd de universiteit gesticht. Die kende in de achttiende eeuw jaarlijks een gemiddelde van een driehonderd studenten, op een inwonertal van 30.000.¹⁰

Lengte en complicaties van procedures waren in de gehele Republiek en in alle provincies – ja, waar en wanneer niet? – een onderwerp van debat en telkens reden voor aanpassing van de procedurele regels. Dat was ook een belangrijke reden voor de pennenstrijd over codificatie tussen de president van het Hof van Vlaanderen te Middelburg, Willem Schorer, die voor een codificatie pleitte, en de jonge ‘praktizijn,’ advocaat L.J. Vitringa, die zich op veel te scherpe toon tegen Schorer keerde, en tegen codificatie was.¹¹ Schorer noemt in zijn vertoog Utrecht slechts twee keer: een keer als een voorbeeld bij omgang met defloratie en een keer voor goede interpretatie van oude regelgeving ter bescherming van minderjarigen in het verwickeld raken in lange en zinloze procedures. Bij plakkaat van 4 oktober 1540 van Karel V wordt de nietigheid van rechtshandelingen door minderjarigen (onder de 25 jaar) om onroerende goederen te vervreemden en te bezwaren gedeclareerd. De Staten van Utrecht breiden dat bij plakkaat van 1659 uit tot roerende goederen. Over de codificatie van het recht waarvoor Schorer pleitte, horen we in Utrecht niet heel veel. De uitgave van het *Groot Utrechts Placaatboek* door de advocaat Van de Water in 1729 maakt het Utrechtse provinciale en stadse recht – ook het procedurele – goed toegankelijk, op een systematische wijze volgens publiekrechtelijke hiërarchie en volgens chronologie. Daarbij zijn ook oudere regelingen opgenomen, ook al zijn die nog slechts deels relevant. Zo wordt de procedurele regeling voor het Hof van Utrecht uit 1584 voorafgegaan door de regelingen uit 1530 en 1477.

Aan het einde van de achttiende eeuw luidden de patriottische en daarna Bataafse revoluties het einde in van de provinciale autonomie en van het provinciale recht. Het Hof van Utrecht als hoogste rechterlijke instantie verdwijnt als zodanig door de Bataafse revolutie in 1795.¹² Zowel het procedurele als het materiële privaatrecht worden daardoor vooralsnog niet grondlegend geraakt. De procedures waarin Burman en Van Ee als gedaagden worden betrokken, illustreren ons de achttiende-eeuwse procedure met gebruik van Rooms-Utrechts recht.

¹⁰ Zie daarover G.W. Kernkamp, *De Utrechtsche Academie 1636-1815*, Utrecht, 1936, en bovenal H. Jamin, *Kennis als opdracht*, Utrecht, 1996.

¹¹ W. Schorer (1717-1800), *Vertoog over de ongerymdheid van het samenstel onzer hedendaagsche regtsgeleerdheid en praktijk*, Middelburg-Amsterdam, 1777; L.J. Vitringa, *De eer der Hollandsche natie, en van hare wetgevers, rechters, en rechtsgeleerden, met eene zeedige, dog naar den aard der belediging geschikte vrymoedigheid verdedigd, tegens het vertoog over de ongerymdheid van het samenstel onzer hedendaagsche regtsgeleerdheid en practyck, van Mr. Willem Schorer, door eenen jongen practizyn*, Den Haag, 1777; W. Schorer, *De jonge practisyn ontmaskerd*, Middelburg-Amsterdam, 1777; L.J. Vitringa, *De valschelyk ontmaskerde jonge practizyn aan allen rechtzinnigen rechtsgeleerden en verstandigen landgenoten, in zyne ware gedaante en beweegredenen nader ontdekt door den schryver der Verdediging van de eer der Hollandsche natie*, Den Haag, 1777.

¹² Over de rechtsopvolgers van het Utrechtse Hof zie A. Creutzberg, K. van der Kraats en S. de Laat, *Het departement van de Zuiderzee*, Nijmegen, 2011, 39-85.

3 De hoogleraar en de handelaar

Pieter Burman, of Petrus Burmannus Senior (1668-1741) studeerde in Utrecht en Leiden, zowel humaniora als rechten, en promoveerde in 1688 te Utrecht in de rechtsgeleerdheid. Na een korte tijd als advocaat, werd hij aan de Utrechtse Universiteit hoogleraar, in geschiedenis, welsprekendheid en in 1703 ook in de *politica*.¹³ In 1703-1704 en 1711-1712 was hij *rector magnificus*.¹⁴

Zijn wezen was vrolijk, aangenaam, en een gulle blijheid gepaard met deftigheid waren zijne karaktertrekken. Bij zijne vrienden was hij boertensgezind, openhartig, nimmer veinzende, altoos de waarheid sprekende, hebbende eenen innigen afschrik voor leugens en vleierijen, deze openhartigheid verzekert men, was wel eens oorzaak dat hij de daden van sommigen in een al te ongunstig daglicht beschouwde (...).¹⁵

Vreemd is het misschien niet dat Burman verzeild raakte in een pamflettenstrijd, naar aanleiding van een procedure. En wat voor één! Het zou allemaal begonnen zijn op dinsdag 10 juli 1708, de dag dat Dina van Woudenberg, 21 jaar, dienstmaagd in Den Haag, naar Utrecht was gekomen om haar moeder, weduwe Dina van Spangen, te bezoeken en naar de kermis te gaan. Nog diezelfde dag ontmoette dochter, door bemiddeling van een zekere Kok, Pieter Burman bij diens huis aan de Maliebaan, waarbij de dochter zou hebben aangegeven wel in de huishouding van Burman te willen werken. Bij een nadere afspraak daags erna ten huize van Kok – volgens sommigen een koperslager, volgens anderen exploitant van een ‘olijk hoerhuis’ – zou Burman zich vergrepen hebben aan de jonge dochter. Moeder Dina van Spangen spreekt Burman aan voor het Hof van Utrecht wegens defloratie van haar dochter.¹⁶ Een schande! Het betreft immers ontmaagding, of dat nu met of zonder instemming is geschied. In een dergelijk geval kon de vrouw vorderen met haar te trouwen. Niet in deze zaak. Burman was getrouwd met Eva Clotterbooke. Het ging Van Spangen om de alternatieve vordering tot vergoeding van allerhande kosten. Burman sprak alles zeer krachtig tegen.

De procedure was een groot schandaal en Burmans kwaliteiten werden flink uitgebeend. Burman werd neergezet als een vijand van Oranje,¹⁷ een ongelovige, een kwaadspreker, een plegervan slechte financiële praktijken, een volleerd vrouwenjager, schandelijke hoerloper,

¹³ GUP, III, 493 en 495; G.W. Kernkamp, *De Utrechtsche Academie 1636-1815*, Utrecht, 1936, 295-296.

¹⁴ Kernkamp, *De Utrechtsche Academie*, 132. Vanaf 1715 was hij te Leiden werkzaam.

¹⁵ A.J. van der Aa, *Biographisch woordenboek der Nederlanden*, dl. 2-2, Haarlem, 1855, 1594 e.v.

¹⁶ De gegevens van deze zaak zijn ontleend aan het dossier van de zaak te vinden onder: *Proces, geventileert voor den Ed. Hove van Utrecht tusschen Dina van Spangen, Wed. van Jan van Woudenberg, als moeder ende mombesse over haare onmondige dogter Dina van Woudenberg, impetranten in cas van defloratie Contra den heer ende mr. Petrus Burman, professor in de academie alhier gedaagde*, Rotterdam, 1709 te vinden in het Utrechts archief (HUA), inv.nr. 15824. Een weergave van de feiten kan men ook vinden in: *Amoureuze en pikante geschiedenis van het congres en de stad Utrecht. Augustinus Freschots verhaal achter de Vrede van Utrecht, ingeleid en toegelicht door E. Tigelaar*, vert. door R. Fagel, Hilversum, 2013, 163.

¹⁷ Ook in de vroege jaren van de 18^{de} eeuw waren er onlusten, gerelateerd aan de herschikking van de macht na de dood van stadhouder-koning Willem III.

Petrus Burmannus Senior, door J. Houbraken. Het Utrechts Archief, catalogusnummer 31827.



en zo veel meer.¹⁸ Kernkamp houdt het tweehonderd jaar later voor waarschijnlijk dat dochter en moeder zich uit hoop op gewin hebben laten aanzetten tot dit proces.¹⁹ Het proces eindigde in ieder geval met eisers' niet-ontvankelijkheid, in 1713, het jaar van de vrede van Utrecht. De deelnemers aan de vredesonderhandelingen te Utrecht in dat jaar behoefden zich met al die lectuur over feit en fictie, leugen, verdisting en waarheid, niet te vervelen.²⁰

Huibert van Ee, koopman en hoofdrolspeler in de andere zaak die een ruime halve eeuw later speelt in de jaren 1770, was geen bekende persoonlijkheid. Van Ee was getrouwd met Dora van Klaveren, had in ieder geval twee dochters, die in de Domkerk werden gedoopt, woonde eerst in de Schoutensteeg – nu Schoutenstraat – en ten tijde van

¹⁸ Zielwekker, of deugdenspoor voor den heere Petrus Burmannus; over desselfs misval, 1709, 4; Een Verzagtend zelfje op de smertelijke wonde van den Heer Pieter Burman, 1709, 1-4.

¹⁹ G.W. Kernkamp, 'Peter Burman, van 1696 tot 1715 hoogleraar te Utrecht', in: Verslag van het verhandelde in de algemeene vergadering en de sectievergaderingen van het Provinciaal Utrechtsch Genootschap van kunsten en wetenschappen gehouden den 7^{en} en den 6^{en} juni 1933, Utrecht, 1933, 112.

²⁰ Zie: Histoire amoureuse & badine du congres & de la ville d'Utrecht, Luik, 1713, 274-292.

onze procedure aan de Minrebroederstraat.²¹ Het conflict waarin Van Ee verzeild raakte is een heel gewoon handelsconflict, zonder enige additionele publiciteit, waarbij onenigheid bestond over een commerciële rechtsbetrekking tussen Huibert van Ee,²² de Rotterdamse koopman Mattheus Smits, en de Amsterdamse koopman Salomon Weijl. Van Ee had een document getekend, gedateerd 14 juni 1775, waarin een schuld van Van Ee jegens Smits beschreven was. Van Ee zou op grond daarvan aan Smits een bedrag van 3.300 gulden dienen te betalen. Die betalingsverplichting vond haar grondslag in een koopovereenkomst van de Rotterdamse koopman Smits met de Amsterdamse koopman Weil, die alles had gekocht wat Smits in zijn huis als Oost-Indische koopwaar had opgeslagen. Van Ee had zich tot die betaling in dat document verplicht. Smits leverde aan Weil. De betaling bleef deels uit omdat Smits niet alles van het verkochte geleverd zou hebben. Smits sprak Van Ee aan tot betaling op grond van het door Van Ee getekende document. Van Ee verweerde zich. De procedure over de uitleg van het document werd eerst voor het gerecht Utrecht gevoerd, waarbij Van Ee tot betaling werd veroordeeld. Van Ee ging in appel bij het Hof van Utrecht, zonder succes. Ook het Hof veroordeelde Van Ee tot betaling.

4 Procederen in Utrecht

4.1 Regels

De procedurele regelgeving van het Utrechtse Hof kan worden gekend uit het *Groot Utrechts Plakkaatboek*. Het behandelt de procedure op systematische wijze in het vijfde boek: *behel-sende al het geen de Administratie van de Justitie, met de gevolgen en aankleeven van dien, betreft*.²³ De belangrijkste rechtsbron voor het procedurele recht is de *Ordonnantie ende Instructie op de styl ende manieren van procederen, dien men voortaan sal houden voor den Hove van Utrecht, soo in civile als criminele saaken, zoals vastgesteld door de Staten van Utrecht op 3 april 1583* – hierna: ‘de Instructie’.²⁴ De Instructie wordt ingesteld, aldus de aanhef, omdat ‘negligentie ende versuymenisse, ... quade observatie ende menigvuldige veranderinge van de voor-gaande Instructien, die dog imperfect, ende in vele poincten veranderinge en vermeerdering waren eysschende’. Het procedurele ideaal is van alle tijden: dat de rechtsbedeling in goede orde, met de minste kosten voor partijen, en ‘soo geringe expeditie als eenig-sins mogelyk is’.²⁵ De procedure voor het Hof van Utrecht wordt nader uiteengezet door Ge-

21 Aldus blijkt uit een notariële akte van notaris Adrianus Hoevenaar. Hoevenaar was ook procureur bij Van Ee’s proces in eerste instantie voor het Gerecht van Utrecht.

22 Van Ee wordt vermeld als oprichter van een loodgieterij te Utrecht op het terrein van het St Lukas Bolwerk, in St. Lukas Bolwerk, *Tijdschrift voor Geschiedenis, Oudheden en Statistiek voor Utrecht*, 1844, 135. Van de auteur worden alleen de initialen N.M. vermeld. N. van der Monde, de uitgever van het tijdschrift, lijkt de waarschijnlijke auteur.

23 GUP, II, 946.

24 GUP, II, 984-1029.

25 GUP, II, 984.

rard van Wassenaer in 1660²⁶ en door Willem van der Muelen²⁷ in 1706. Toepassing van de procedurele regels op materieelrechtelijke geschillen blijkt uit adviezen door rechtsgeleerden²⁸ en uit incidenteel gepubliceerde rechtspraak, zoals de *Decisiones* van Willem Radelant.²⁹ De regels hebben aantoonbaar een oudere herkomst en zijn nog steeds herkenbaar vanuit onze eigen tijd. Wel anders dan nu moet er eerst op verzoekschrift toestemming worden verleend om te mogen procederen.³⁰ In dat verzoekschrift wordt een al zeer onderbouwde eis vermeld. Toestemming wordt verleend, in de marge van het verzoekschrift genoteerd – *fiat citatie in cas d'appel*. Procesvertegenwoordiging, procuratie, is noodzakelijk – Van Wassenaer hamert er op.³¹ De akte waarbij dat wordt gedaan is in onze procedure van Smits tegen Van Ee een notariële. De procedure wordt vervolgd met een dagvaarding (citatie), conclusies van eis, antwoord, als nodig repliek en dupliek en zelfs mogelijke voortgezette wisselingen van conclusies. De verweren of excepties kennen net als tegenwoordig de logische hiërarchie: eerst de exceptieve verweren (bijvoorbeeld betreffende de bevoegdheid van de rechter) naar voren brengen – destijds *declinatoire* genoemd – op straffe van verval. *Principale* verweren, destijds *peremptoir* genoemd, raken de inhoud en kunnen later in de procedure worden ingebracht. Bewijs van de feiten is geen hoofdstuk apart bij Van Wassenaer, maar hij beschouwt het als zeer belangrijk en lastig. De bewijsprocedure – voor een daartoe aangewezen rechter-commissaris – is het ‘swaerste ende moeyelijkste [...] van een proces, ende daerom by de Practisijns de Moordkuyl genoemd, omdat de processen daer in dikwils smoren en versterven’.³² In proceshandleidingen wordt juist daarom uitgebreid op de bewijsregels ingegaan. In het bewijs ‘smoren en versterven’ dat gebeurde ook in onze beide procedures: het bewijs werd niet geleverd, noch van borgtocht door Van Ee, noch van defloratie door Van Spangen.

Het procesrecht in de vroegmoderne periode is sterk geankerd in algemene beginselen. Zij worden niet in de *Instructie* als zodanig geëxpliciteerd, maar zijn wel krachtig aanwezig: rechtvaardigheid, toegankelijkheid, onpartijdigheid, onafhankelijkheid, open-

26 G. van Wassenaer, *Practyk Judicieel, ofte Instructie op de forme van Procederen voor Hoven ende Recht-bancken, so in't generaal, als in verscheyden particuliere materien, meest voorvallende...*, Utrecht, 1660. De titel verwijst naar algemene toepasselijkheid. In de inhoud blijkt van de Utrechtse herkomst. Naar de Utrechtse rechtspraktijk wordt het eerst en het meest verwezen.

27 W. van der Muelen, *Ordonnantie ende instructie op de stijl ende maniere van procederen voor den Hove van Utrecht*, Utrecht, 1706.

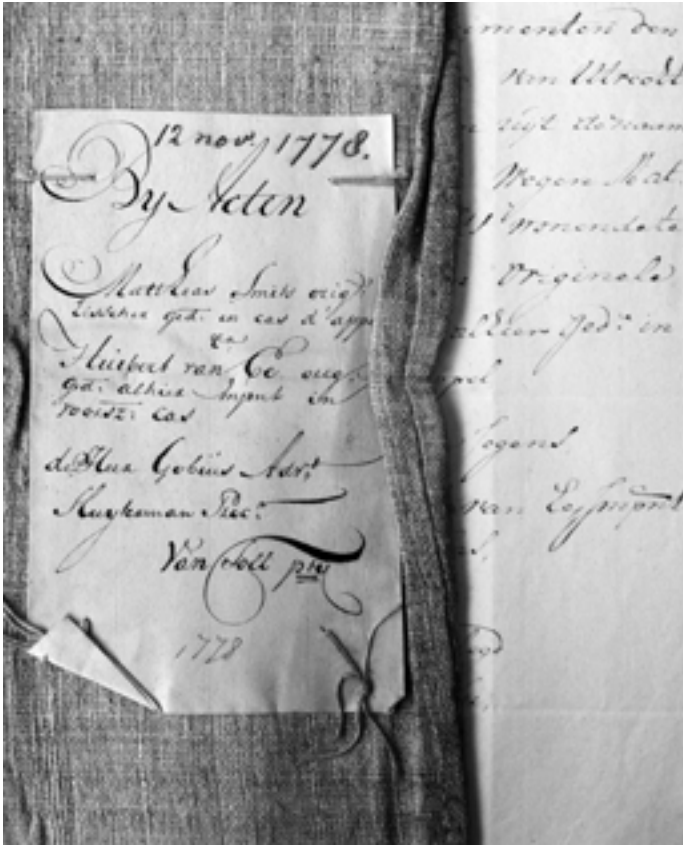
28 *Utrechtse Consultatien*, I, Utrecht, 1676.

29 W. Radelant, *Decisiones posthumae curiae provincialis Traiectinae, per celeberrimum Jurisconsultum D. Wilhelmum Radelantium eiusdem curiae quondam praesidem collectae*, Utrecht, 1637. Willem Radelant (1538-1612) studeerde te Leuven en Douai. Van der Aa, dl. 16, 31 e.v.; Radelant was president van het Hof van Utrecht van 1598 tot 1611. Zie ook A. Matthaeus III, *Observationes rerum judiciarum a supremo Ultrajecti Revisionis Concessu*, Leiden, 1673. Over de publicatie van rechtspraak, zie: W. Zwolve en C. Jansen, *Publiciteit van Jurisprudentie*, Deventer, 2013.

30 Niet alleen in Utrecht, maar ook elders in de Republiek, zie M.L. le Bailly, *Procesgids Hof van Holland*, Hilversum, 2008. Het is een oude traditie die in ieder geval teruggaat op de procedure voor de Grote Raad van Mechelen en, eerder, het 13^{de}-eeuwse Parlement van Parijs, zie W.G.Ph.E. Wedekind, *Bijdrage tot de kennis van de ontwikkeling van de procesgang in civiele zaken voor het Hof van Holland in de eerste helft van de zestiende eeuw*, Assen, 1971, 44 e.v., met name voetnoot 230, met verwijzingen naar Aubert (1894) en Spaan (1780). Over de Grote Raad van Mechelen, zie: C.H. van Rhee, *Litigation and legislation: civil procedure at first instance in the Great Council for the Netherlands in Malines (1522-1559)*, Brussel, 1997, 53 e.v.

31 Van Wassenaer, *Practyk Judicieel*, nr. 40.

32 Van Wassenaer, *Practyk Judicieel*, nr. 124.



Proceszak Van Ee versus Smits.

baarheid en het horen van beide partijen.³³ Dat blijkt onder meer uit de eisen die gesteld worden aan raadsheren en advocaten.

4.2 De Raadsheren

De benoembaarheid van raadsheren aan het Hof vereiste een minimale leeftijd, een band met Utrecht (geboorte of woonplaats), de gereformeerde religie – die ten tijde van de geloofstwisten flink werd aangezet – en een universitaire graad. Inhoudelijke kennis is het belangrijkste: uitsluitend ‘goede, bequame, ende wel gequalificeerde personen’ komen in aanmerking.³⁴ Onpartijdigheid en onafhankelijkheid zouden wij hier minder aanwe-

³³ Nu in hoofdzaak gegrond op artikel 6 EVRM, de Grondwet en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

³⁴ GUP, II, 1038-1045 en 1054. Raadsheren dienden de gereformeerde religie te zijn toegedaan. De praktijk is soms sterker dan de leer – ook katholieke raadsheren werden benoemd. Zo was er sprake van de benoeming van de katholieke Van Wijkersloot, die nadien zijn functie mocht blijven uitoefenen, tijdens het korte Franse intermezzo in 1672. Over de woonplaats, zie: GUP, II, 1044 (resolutie van 10 mei 1649). Over het extra aanzetten van de gereformeerde religie, zie: GUP, II, 1038-1039. In verschillende resoluties nadien wordt dat geexpliciteerd: resoluties van 10 mei 1649 en 14 februari 1667. (GUP, II, 1044-1045.) Over die geloofstwisten, zie: A.Th. van Deursen, *Bavianen en Slijkgeuzen*, Franeker, 2010.

zig vermoeden. Sporadisch werd op het vereiste van religie een uitzondering gemaakt. In 1627 kon Otto Schrasser worden benoemd, ofschoon hij katholiek was, om ‘zyn excellerende geleertheyd ende experientie’.³⁵ De raadsheren dienen er voor te zorgen dat ‘de Justitie sinceerlijk werde geadministreerd, sonder eenige passie, gunste, wangunste, faveur, of disfavuur daar inne te gebruyken’.³⁶

De inhoudelijke fundamentele vereisten zijn belangrijk, maar het blijft een ideaal, met risico van inbreuken. Van der Muelen expliciteert en citeert uit Joost de Damhouder:

Buyten twijffel, zoo in het confereeren van digniteyten, Staten en Ampten, zoo veel regard wierde genomen op de bekwaamheyd, als op de persoon, zyn geboortde, geld, alliantie en diergelijke uytterlijke qualiteiten, men soude de goede konsten en wetenschappen in hooger achtinge hebben, en deselve met meerder yver cultiveren, en bygevolge de Politie en Justitie van bequamere en schrandere Regenten worden gehandhaaft en geadministreert.³⁷

Primair wordt door Van der Muelen de verankering van een deugdelijke justitie gezocht in de Bijbel: ‘Ghy en sult het aengesichte in ’t gericht niet kennen; ghy sult den kleynen soo wel als den grooten hooren’.³⁸ Geld noch geschenken mogen worden aangenomen: ‘[t]en eynde de Justitie heylichlijk, zuyverlijk en onberispelijk soude worde geadministreert. (...) Pesten des Rechters zijn gierigheid, gunste en haat. Een Rechter moet zig niet te koop stellen of van een anders Proces zijn roof maken en zig onthouden van vuyl gewin’.³⁹ Van der Muelen citeert ook uit Deuteronomium 16:19: ‘Ghy sult het Gerichte niet buygen/ghy sult het aengesicht niet kennen: oock en sult ghy geen geschenck nemen; want het geschenck verblindt de oogen der wijsen ende verkeert de woorden der rechtveerdigen’.⁴⁰ Tegen eigenbelang moet worden gewaakt. De zogenoemde rapportgelden moeten die door partijen worden gedeeld, of naar billijkheid worden vastgesteld door de rechter? Van der Muelen stelt: ‘het ware te wenschen dat hetzelfde by den Souverain gemoderend en getaxend wierde; dewijle, zulks aan den rechter gedefereert zijnde, te dugten is, dat hy menigmaal door een yver van eygenbaat verwonnen ende vermeesterd zynde, de moderatie en billijkheid verre te buyten gaat’.⁴¹

Een van de raadsheren ten tijde van het proces van Burman was onze al genoemde Van der Muelen. Raadsheren werden ambtelijk ondersteund door een griffier, een substituut griffier, een aantal schrijvers, een deurwaarder en acht panders. De deurwaarder had verschillende taken de orde betreffend bij het Hof. Hij haalde en bracht de president en vice-president in de Raad, riep zaken uit, bewaakte de orde bij zittingen, en deed alle dag-

35 GUP, II, p. 1054.

36 Artikel 4 van de Instructie Provisioneel voor de Extraordinaris Raden (...) van 18 november 1662 (GUP, II, p. 1040-1041). De Instructie bouwt voort op een eerdere ordonnantie van 18 januari 1595, die in 1618 werd gewijzigd, aldus de aanhef.

37 Van der Muelen, *Ordonnantie ende instructie*, nr. 9.

38 Deuteronomium 1:17, Van der Muelen, *Ordonnantie ende instructie*, 16.

39 Art. I.11 Instructie, GUP, II, p. 985; Van der Muelen, *Ordonnantie ende instructie*, 40 e.v.

40 Van der Muelen, *Ordonnantie ende instructie*, 43. Verder verwijst hij naar Exodus 23.

41 Van der Muelen, *Ordonnantie ende instructie*, 55.

vaardingen, exploiten en tenuitvoerleggingen binnen de stad Utrecht. De panders waren hiervoor verantwoordelijk op het platteland en in de kleine steden van de provincie Utrecht.

4.3 De advocaten en procureurs

Advocaten – niet de procureurs – waren evenzo opgeleid aan de academie, en dus geschoold in het Romeinse recht. Zij hielden zelf beslissingen van het Hof van Utrecht bij.⁴² De advocaat van Van Ee – Adrianus Hoevenaar – was tevens kunstenaar, en bovendien een van de voormannen in de Utrechtse patriotten-revolte van de jaren 1780. Het was een kleine juridische gemeenschap, met een gemaximeerd aantal aan het Hof van Utrecht verbonden procureurs.⁴³ Zowel advocaten als procureurs – een onderscheid nog in alle scherpte aanwezig⁴⁴ – dienden aan eisen te voldoen van vorm, inhoud en deugd. Beiden leggen een eed af bij president en raden:

dat zij den Heere, ofte Hooge Overheyd van den Lande, ende zynen gecommiteerden, die Staten van den Lande, ende haren gedeputeerden, Praesident ende Raden, t'allen plaatsen, eere, reverentie, ende weerdigheyd bewysen sullen; dat zy in geen saak dienen sullen, die zy weten onrechtveerdig te zyn, 't zy dat zy hen daar af gebleeken ware in den beginne van den processe, ofte daer na; dat zy neerstelyk ende getrouwelyk heure Meesters dienen sullen, ende heurluyden saken reverentelyken, ende sonder injurie bedingen, ende beschryven; dat zy te vreden sullen wesen met den taux van den Rade, dat zy geene onbehoorlyke uytwegen ofte dilayen zoeken, noch geen overeenkomste maken en sullen, portie ofte deel in den sake hebben; ende generallyk, dat zy hen in ende over al dragen sullen, als goede ende getrouwe Advocaten schuldig zyn te doen, en na den inhoud van dese Instructie reguleren.⁴⁵

De eed werd elk jaar opnieuw afgenomen 'na die groote vacantie'.⁴⁶ Zoveel is duidelijk uit de gedetailleerde regelgeving: advocaten en procureurs moeten zich deugdelijk en eerbaar gedragen, waarbij telkens een *boete* verbeurd kan worden.⁴⁷

Er is een aanwezigheidsplicht 'soo lange zy daar te doen hebben'.⁴⁸ Ze dienen zich met respect voor de rechtsbedeling uit te drukken – niet interrumpen, niet beledigen – op

⁴² Zoals ook wordt geadviseerd door Joannes van der Linden. Zie zijn *Rechtsgeleerd en praktikaal koopmanshandboek*, Amsterdam, 1806. Van een aantal advocaten is een dergelijk manuscript bewaard gebleven. Zo bijvoorbeeld van Anthonius van Warmvliet – van 1674 tot zijn overlijden in 1685 raadsheer in het Hof van Utrecht. Voorts van Herman van Atteveld (1644?-1710), *Decisien van den hove van Utrecht van 1662 tot 1692 med een wyzer op de zelve*, Universiteitsbibliotheek Utrecht, Hs. 17 B 139.

⁴³ Van der Hoeven's dochter zou trouwen met de Utrechtse revolutionaire leider Pieter Quint Ondaatje. Over die Utrechtse revolutie, zie: I. Vijlbrief, *Van anti-aristocratie tot democratie*, Amsterdam, 1950 (passim), en daarop gebaseerd: S. Schama, *Patriots and Liberators: revolution in the Netherlands, 1780-1813*, New York, 1977.

⁴⁴ In Nederland afgeschaft per 1 september 2008. Wet van 20 maart 2008, Stb.2008, 100.

⁴⁵ Instructie 4.1. voor advocaten en 5.1 voor procureurs.

⁴⁶ Instructie 4.15.

⁴⁷ Thans: gedragsregels, zie NOvA 1992; F.A.W. Bannier, *Zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Advocatengedragsrecht*, Apeldoorn, 2010.

⁴⁸ Instructie 4.2

straffe van een carolusgulden.⁴⁹ Een zekere Thomas Uyttenbroek deed dat in 1567 niet, ‘hebbende in zijne pleydoye irreverentelijk gesproken, [en is] by desen Hove een maand [...] gesuspendeerd geweest’, vermeldt Van der Muelen.⁵⁰ De feiten moeten helder worden gesteld,⁵¹ bondig worden geformuleerd, zonder verdraaiing, waarbij de boetes flink kunnen oplopen tot en met ontzetting uit het ambt.⁵² Bezwaren tegen bewijs – *reprochen* en *salvatiën* – mogen niet worden gebruikt om argumenten ten principale over te brengen.⁵³ Stukken van andere advocaten mogen alleen getekend worden als ze deze *rypelyk gevisiteert* hebben, en dat zij daarvoor willen *verantwoorden*.⁵⁴ De advocaat wordt voor zijn diensten betaald, met uitzondering van *arme luyden*, die zij ‘om Godsloon dienen sullen’.⁵⁵ Van de betalingen dienen zij een register bij te houden. Vorderingen op cliënten verjaren na twee jaren, tenzij de vordering op schrift staat of de diensten worden voortgezet.⁵⁶ De vordering van de advocaat mag als waardepapier worden verhandeld.⁵⁷ Een retentierecht op de stukken van de partijen die zij vertegenwoordigen hebben advocaten, anders dan tegenwoordig in Nederland,⁵⁸ niet.⁵⁹ Ten aanzien van rechtszaken tegen advocaten is alleen het Hof zelf competent.⁶⁰ In het procesdossier van Van Spangen tegen Burman zijn de procureurs Ribbius en Vosch van Avesaat. In de procedure van Van Ee tegen Smits betreft het de procureurs Van Toll en Sluijterman. Zij allen waren geschoold in het geleerde recht.

5 Geleerd recht in Utrecht

Het geldende recht – materieel en procedureel – was van het geleerde Romeinse recht doordrongen. Dat werd in de procespraktijk – zeker voor een hoogste gerechtshof – eens te meer in de hand gewerkt door de praktijk om advies aan geschoolde juristen te vragen – de Utrechtse *consultatiën* staan er vol mee.⁶¹ In dat raamwerk van het *ius commune* neemt het Utrechtse materiële privaatrecht een herkenbare positie in.⁶² Bij ons handel-

49 Instructie 4.3.

50 Van der Muelen, *Ordonnantie ende instructie*, 280.

51 Instructie 4.4

52 Instructie 4.5 en 4.6.

53 Instructie 4.7.

54 Instructie 4.8.

55 Een uitvoerige en gedetailleerde sequentie in de Instructie, van 4.16 tot 4.35, het laatste artikel van de rubriek.

56 Instructie 4.10.

57 Atteveld doet kort verslag van een beslissing van het Hof van Utrecht dienaangaande op 4 mei 1657. Atteveld, *Decisien*, II, 2.

58 Een retentierecht op dossiers kan worden uitgeoefend, maar, aldus de gedragsregel 27 onder 4, slechts met behoedzaamheid. (Hoge Raad 15 januari 1994, *Nederlands Juristenblad*, 1995, 640.)

59 Instructie 4.11.

60 Instructie 4.13.

61 *Utrechtsche consultatiën, dat is decisioire ende andere advisen, instructiën ende advertissemerten van rechten (...)*, 3 dln., Utrecht, 1676.

62 Een mooi compact overzicht over dat Romeins-Utrechtse privaatrecht werd door Verdam vervaardigd; zie P.J. Verdam, *Rooms-Utrechts recht*, Bilthoven, 1997, 53-104.

den de procedures over twee verbintenisrechtelijke kwesties: tot schadevergoeding enerzijds door defloratie en anderzijds door niet-nakoming van een contractuele verbintenis.

Het was voor geleerde juristen in hun adviezen, voor advocaten en raadsheren gebruikelijk het in heel Europa aan de universiteiten gedoeerde *ius commune* in de rechtspraktijk toe te passen, niet alleen als subsidiair geldend recht, maar soms zelfs als primaire rechtsbron, minstens als autoriteitsargument. Met name hogere rechtspraak had een sterk gemeenschappelijk karakter, over de grenzen van tijd en plaats. Dat is ook in onze zaken zichtbaar. Willem Radelant⁶³ maakt aan het einde van de zestiende, en het begin van de zeventiende eeuw gebruik van zeer veel bronnen uit het geleerde recht.⁶⁴ Een vergelijkbare argumentatie kan aan het einde van de achttiende eeuw nog steeds worden waargenomen, maar dan minder diep in het verleden verankerd. Het Utrechtse recht is Europees geleerd recht, en dat zorgt aantoonbaar voor coherentie in een grote diversiteit van aan plaats gebonden recht.⁶⁵ Het blijkt evenzeer uit de proceshandleidingen van Van Wassenaer en Van der Muelen. Maar niet alleen procedureel recht wordt uiteengezet: voor een flink deel wordt ingegaan op materieel geleerd recht. Defloratie en borgtocht worden onder meer afzonderlijk in Van Wassenaers proceshandleiding behandeld.

Defloratie is een misdad tegen de eer, inhoudende het onteren van een maagd buiten geweld begaan, dus ook bij instemming, wegens de zwakheid van de vrouw, aldus de vroegmoderne analyses. Een man diende in dat geval ofwel met de vrouw te huwen ofwel een vergoeding te betalen te bepalen door de rechter, ‘na haer beider gelegenheid’,⁶⁶ dat wil zeggen dat de hoogte overeenstemde met beider maatschappelijke positie. Bovendien diende de man de zwangere vrouw de kraamkosten te vergoeden en alimentatie te betalen of het verwekte kind te onderhouden vanaf de geboorte.⁶⁷

Het bewijs van het vaderschap, en de gemeenschap, was in deze en op deze zaak gelijkende gevallen lastig te leveren aangezien de daad – ook destijds al – meest in het nachtelijk duister en zonder getuigen plaatsvond. De eiser moest de zaak bewijzen, en deed dat vooral op basis van attestaties van getuigen die in veel gevallen onder ede voor de rechter werden afgelegd of bevestigd.⁶⁸ In veel gevallen kon het bewijs slechts ten halve geleverd worden – waarbij een aanvullende eed uitkomst bieden kon. De rechter diende te beslissen of het afleggen van een eed nodig was en wie die dan diende af te leggen. De eed van de man woog zwaarder, zeker als hij gehuwd was.⁶⁹ Bij ontkenning van de gemeenschap – zoals

63 Zie boven in § 4.1, voetnoot 29.

64 Bijvoorbeeld het *Speculum* van Durantis (1230-1296) en de commentaren van Bartolus de Sassoferrato (1313-1357) en Baldus de Ubaldis (1327-1400).

65 J. van der Linden, *Regtsgeleerd en practicaal koopmanshandboek*, Amsterdam, 1806, xli.

66 G. van Wassenaer, *Practyk judicieel*, 355. De te Utrecht geldende ordonnantie van 6 oktober 1584 – bekend als het Echtsreglement – geeft allerhande vormvereisten voor het huwelijk, huwelijksverboden en geboden, en regels betreffende overspel, inclusief een schakelbepaling naar het subsidiair of anderszins geldende recht (artikel 28): ‘Ende dit al onvermindert alsulke recht, als die geïnteresseerde partyen ... naar rechten competeert.’ (GUP, I, 439.)

67 *Ibidem*, 355.

68 D. Haks, *Huwelijk en gezin in Holland in de 17^{de} en 18^{de} eeuw*, Assen, 1982, 90.

69 *Ibidem*.

Extract uit 't Register van civile
 Sententiën van den Ed. Sch. Gerecht
 der Stad Utrecht.

Gezien by den Gerecht der Stad Utrecht het
 Proces aldaar gesuoneerd, ongedecideerd langda-
 lighen Mattheus Smits wonende te Rotterdam
 Effcher tegennae ende Hendert van Ee gedaagde,

't Voorscreve Gerecht, op alles gelet, doende recht, condeemneerd
 den gedaagde, zonden he licten op degeijft ten Proceffe gedaane
 presentatie, aanden Effcher te betalen. Zedamige Somme van
 drie duizend drie hondred gilden, ald by gedaagde ten vol-
 doeninge vanden tucten en Laatten tearmijn, volgen of
 schuld bekentnisse vandaer 14^{en} Junij 1775 groot in Capital
 Zal duizend drie hondred gilden op den 12^{en} Januarij 1776
 nae aan volgeinde aanden Effcher of zijn ondae schuldij May
 te voldoen, endit mak de renten vanden nae advenand van
 vier 6^{en} in 't Jaare te rekenen zedard de Lict contabucie tot
 dato dat de voorscreve Somme van drie duizend drie
 hondred gilden zal wesen voldaan, condeemneerde den
 gedaagde bovendien in de kosten vanden Proceffe, tot taxatie
 vanden Gerecht.

Aldit geprominticeerd den 22^{en} Septembaer 1778.

Hoeremane ald Pro^{te} vanden gedaagde, gehoort de
 promintiatie deser, sulde zich ilico appellant
 aanden Ed. Dore Dees Provincia, protesteerende
 tegen de presentatie vanden, actum ut supra

Accordceerd, rose zooveel 't geextra
 Secda sangaat, met voorscreve Re.
 gittae by mij Secretaris van Welge,
 onken Gerecht den 29^{en} Octob. 1778.

J. H. Romend

Burman deed – dan worden de beweringen van de vrouw niet geloofd, mits hij bereid is een zuiveringseed af te leggen. Ten aanzien van de vordering tot provisionele verplichtingen tot onderhoud voor het kind was een eenvoudige ontkenning van gemeenschap genoeg.⁷⁰

Van Ee voerde een inhoudelijk verweer over de uitleg van de door hem ondertekende schuldbekentenis. Het ging volgens Van Ee niet om een schuldbekentenis, een schuld uit ‘geleende en aangetelde penningen,’ zoals Smits en het Gerecht aannamen, maar om een borgstelling, zoals vanaf artikel 14 in de conclusie van eis kan worden gelezen: ‘van voorsz. borgtogt is opgericht een schuldbekentenis’. Dat betekent dat Van Ee zich inderdaad had verplicht: ‘waarbij de eerste impetrant zig verpligt heeft voorsz. drie duizend gulden en drie duizend drie hondert gulden te betalen’. Van Ee ontkende zijn schuld dus niet. Maar een uitleg als borgstelling betekende dat Van Ee zich kon verweren, want (art. 17) hij heeft ondertekend zonder de verweren van een borg daarbij te verwerpen: ‘... niet met renunciatie der exceptien de borgen naar rechten competerende’. Dat zou dan betekenen dat de oorzaak van de schuld, de *causa debiti*, ‘ond[e]ugtig en onwaarachtig’ is (art. 17), en later: ‘onwaarachtig en falsch’ (art. 45). Van Ee vervolgde met het verweer dat hij als borg ook het verweer van wanprestatie uit de onderliggende koopovereenkomst kon inbrengen. Dat verweer komt neer op een uitvoerige uiteenzetting over de omvang tussen wat verkocht en wat geleverd is. Verkocht was oorspronkelijk alles wat tussen nok en kelder van Smits’ huis was opgeslagen; dat was minder geworden, omdat Smits voor eigen gebruik wat terug wilde houden, zodat ook de koopprijs was teruggebracht tot 6.300 gulden. Kennelijk was over de hoeveelheid Oost-Indische onenigheid ontstaan. Uiteindelijk leidde dit niet tot een andere uitleg van de contractuele schuld van Van Ee jegens Smits. Het is jammer dat we het document niet meer in het procesdossier hebben aangetroffen – maar de gekozen bewoordingen zullen waarschijnlijk meer op een schuldbekentenis hebben geleken, dan op een borgstelling. De koopman werd aan zijn gegeven en geschreven woord gehouden.

6 Schuld en eer in Utrechts recht

De provincie Utrecht kende eigen recht in haar autonomie binnen de Republiek. Die autonomie in het recht blijkt onder meer uit de eigen hoogste rechtspraak door het Hof van Utrecht, uit de eigen proceshandleidingen van Van der Muelen en Van Wassenaer. Daaruit blijkt ook her en der van eigen materieel recht. Een deel van dat eigen recht werd door Van de Water in het Groot Utrechts Plakaatboek geordend en gepubliceerd. Wie echter rechtspraak, procesrecht en materieel recht beschouwt, wordt getroffen door de alomtegenwoordige overeenkomsten met andere autonome gebieden in de Nederlanden en daarbuiten, wat betreft fundamenteën, concepten, regels en systematiek. Dat was natuurlijk de kracht van het geleerde recht.

⁷⁰ Van Wassenaer, *Practyk judicieel*, 356-357.

Procedures bieden eenzelfde vergelijkbaar beeld. Maar bovenal bieden procedures een beeld van de rechtspraktijk, van de instituties en de daar werkzame personen en de manier waarop ieders institutionele taak gestalte kreeg. Die rechtspraktijk werd in de fundamenteën van een deugdelijke rechtsbedeling verankerd – waar al de beginselen van procesrecht die we heden ten dage onze eigen verworvenheid wanen, al krachtig aanwezig blijken te zijn. Kardinale deugden, *Justitia* bovenal, waren ook bij het bestier van een vroegmoderne samenleving immer nabij.

Ook de samenleving zelf geeft daarvan blijk. Niet dat alles deugdelijk is, maar dat zeker in de normatieve ordening daarnaar wordt gestreefd. Waarschijnlijk gaf het geen pas dat een volkse Van Spangen de hoogleraar voor het Hof deed dagvaarden. Maar de mogelijkheid was gegeven, ook formeel in de regels van absolute competentie. In recht en praktijk van contracteren werd gebouwd op gegeven en geschreven woord. Daar moest op kunnen worden vertrouwd. Het verbaast niet dat onze Utrechtse Van Ee aan het kortste eind trok, maar ook niet dat hij in hoogste beroep ging bij het Hof. Want de vraag is van alle tijden, wat de betekenis is van het woord, gegeven of geschreven.

Summary

This contribution explores civil law as well as civil procedure in 18th century Utrecht, an autonomous province within the Dutch republic. Two cases on contract and delict, respectively in the first and the last quarter of the century, take judges, professors as well as laymen center stage. The fabric of law in these early modern times shows itself to be more than a common learned and authoritative frame of reference, but first and foremost the formal social playing field of persons, their debts and their honor.

Keywords

Roman-Dutch Law, Roman-Utrecht Law, Civil Procedure, Contract Law, Debt, Suretyship, Law of Delict, *Iniuria*, *Defloratio*

DE GERECHTELIJKE ACTIVITEIT VAN DE GROTE RAAD VAN MECHELEN IN DE ACHTTIENDE EEUW

HET VOORBEELD VAN DE BEROEPSPROCEDURES UIT NAMEN*

1 Inleiding

Het Naamse privaatrecht, in de zin van een corpus regels dat de betrekkingen tussen personen ordent, wordt, in tegenstelling tot het publiek- of strafrecht, soms stiefmoederlijk behandeld in het onderzoek binnen de rechtsgeschiedenis. Het archief van de Grote Raad van Mechelen, die voor wat de beroepsprocedure betreft uitsluitend bevoegd was op dit privaatrechtelijk gebied, is een waardevolle bron op dit gebied, en nog steeds weinig aangeboord, bij gebrek aan systematisch bronnenonderzoek en waarschijnlijk ook omdat het privaatrecht door zijn juridisch-technische aard minder toegankelijk is voor de historicus. Privaatrecht moet hier in brede zin worden opgevat, des te meer daar er weinig formele classificaties zijn in het tijdperk. Het omvat burgerlijk recht, handelsrecht, maar ook gebieden die vandaag bij voorkeur deel zouden uitmaken van het publieke, administratieve en zelfs fiscale recht, maar die, tenminste voor wat hun consequenties en hun wijze van uitvoering betreft, binnen het gebied van het privaatrecht voorkwamen en bijgevolg ook voor de overeenkomstige jurisdicties, volgens dezelfde procedures en met dezelfde rechtsmiddelen: persoonlijke status, dode hand, woeker, rechten van de gemeenschappen, verdeling van reële en persoonlijke lasten, enzovoort. Hier zal dan ook geen sprake zijn van strafrecht of publiekrecht in de zin van de organisatie en de werking van het politieke beleid.

Het fonds van de beroepen vanuit Namen voor de Grote Raad van Mechelen, dat we geïnterviewd en onderzocht hebben voor de achttiende eeuw, is bijzonder interessant omwille van verschillende, zowel praktische als theoretische, redenen. Enerzijds is het door zijn beperkte omvang beter toegankelijk dan bijvoorbeeld het fonds van de beroepen uit Vlaanderen, waarvan de inventarisatie overigens nog vele jaren zal aanslepen. Anderzijds draagt het de stempel van de beste juristen van die tijd en is het voorwerp van een historische continuïteit waarbij de Grote Raad steeds gezag heeft uitgeoefend over de Naamse justitie gedurende de ganse vroegmoderne tijd. De meeste andere provinciale raden van de Zuidelijke Nederlanden zijn immers vroeg of laat soevereine hoven geworden. Ten slotte is het geografische gebied van de provincie Namen stabiel en is zijn gewoonterecht goed gedocumenteerd.

* Deze bijdrage is een samenvatting van een hoofdstuk uit een meer globaal franstalig onderzoek naar het oude Naamse privaatrecht, dat uitgevoerd werd in het kader van een doctoraat aan de *Université catholique de Louvain* onder promotorschap van Alain Wijffels.

Dit artikel is hoofdzakelijk beschrijvend en kwantitatief van aard en richt zich op de activiteit van de Grote Raad van Mechelen gedurende de achttiende eeuw. Het is gebaseerd op een database die in de loop van de inventarisatie werd opgebouwd om het profiel van de beroepen uit Namen voor de Grote Raad te beschrijven. Mijn ambitie is louter om een breder onderzoek naar het oude Naamse privaatrecht van de achttiende eeuw te faciliteren. Binnen dit breder onderzoek zal namelijk de vraag centraal staan of en hoe de normen veranderd zijn, en hoe het fenomeen van ‘creatieve transformatie’ van het gewoonterecht deze heeft aangepast aan nieuwe behoeften. De invloed van het geleerde recht op deze ontwikkeling, en hoe het wordt geïntegreerd in de redenering van de praktizerenden, is eveneens een bijzonder punt van aandacht.

Het graafschap Namen is een klein vorstendom dat in 1421 in het Bourgondische domein werd geïntegreerd. Daarna werd het onderdeel van de Spaanse en uiteindelijk de Oostenrijkse Nederlanden vanaf de Vrede van Rastatt (1713) en dit tot aan het einde van het ancien régime. Deze Oostenrijkse periode is vrij stabiel en welvarend te noemen en de bevolking van de stad Namen steeg van 10.000 tot 15.000 in de loop van de eeuw. Deze hoofdstad van het graafschap heeft aanzienlijke belegeringen ondergaan in 1692, 1695, 1704, 1746 en 1792. Een Hollands garnizoen is er in gelegerd geweest als gevolg van het Barrièreverdrag (1715) tot 1782.

2 Het archief van de appèldossiers uit Namen

Het fonds van het Algemeen Rijksarchief (ARA) getiteld ‘Archieven van de Grote Raad te Mechelen, Beroepen van Namen’, de basis van dit onderzoek, was tot nu toe grotendeels onontgonnen. De oude inventaris I 560, door het ARA in 2014 gepubliceerd, bevat immers slechts 186 nummers met betrekking tot de achttiende eeuw, te weten ongeveer twaalf procent van alle bewaarde stukken met betrekking tot deze periode. De inventarisatie, die ik van september 2015 tot juni 2016 realiseerde, opent dus alle overgeleverde procesdossiers van die periode en wordt momenteel door het ARA gepubliceerd in de vorm van drie additionele volumes samen met de oude inventaris I 560.¹

Een totaal van 1333 items stond open voor inventaris. De aftrek van 53 lege mappen (‘ontbrekende dossiers’) en de creatie van negentien nieuwe nummers door herklassering van stukken, leidde tot 1299 bruikbare dossiers. Dit aantal blijft echter dalen. Ook veel hergroeperingen waren immers nodig, aangezien gedeelten van sommige processen verspreid waren over meerdere archiefnummers. Zo zat de procedure gevoerd door de priester Marneffe voor de Naamse en Mechelse rechtbanken tussen 1715 en 1720, waar-

¹ De nog niet geïnventariseerde stukken waren eerder, zij het oppervlakkig, grotendeels gesorteerd en geklasseerd, eerst na het werk van de gebroeders Lefèvre in de jaren 1920 en daarna op basis van een lijst opgemaakt door de vrijwilliger X. Duquenne. De enige verstrekte informatie bestond echter uit de namen van de partijen en een datum, maar al te vaak waren deze gegevens verkeerd. Twee volumes, I634C I635, zijn inmiddels gepubliceerd.

over later meer, verspreid over twaalf verschillende inventarisnummers. Wat de verschillende maar verwante processen betreft, heb ik de nummers gegroepeerd wanneer de rechtbanken zelf de processen verenigden op grond van de samenhang. Zo werden in de inventaris in totaal 352 items samengevoegd.

Daarenboven bevatte het fonds ook dertig niet-Naamse dossiers, ten onrechte hierin ondergebracht. Het ging vooral om Luxemburgse processen (tien stuks) of rechtszaken betreffende plaatsen met een bijzondere status waarbij de mogelijkheid van appel op een provinciaal hof ontbrak (Pipaix, Mansard, Hantes, Roucourt, Falay, Fumay). Deze stukken werden geïdentificeerd en gemerkt voor een aparte classificatie. Omgekeerd is een vergelijkbaar aantal nieuwe nummers ontstaan als gevolg van het toevoegen van onderdelen uit andere fondsen. Deze lijst is niet definitief en andere stukken zullen in de toekomst worden toegevoegd naarmate de inventarisatie met betrekking tot de andere provincies vooruitgang boekt. Tot slot blijken 23 Naamse dossiers (2,3 procent van het totaal) geen appel te betreffen, maar wel een procedure in eerste aanleg die rechtstreeks bij de Grote Raad van Mechelen werd opgestart.² Het aandeel van deze dossiers in eerste aanleg is echter zeer laag en hun stukken zijn duidelijk minder goed bewaard als die van de appeldossiers. Ik zal me, gelet op consistentie, tot deze laatste categorie beperken. Uiteindelijk bedraagt het totale aantal geïdentificeerde, en voor deze studie bruikbare, Naamse appeldossiers 993 stuks, waarvan 859 het onderwerp waren van mijn inventaris van 2015/2016 en 134 reeds waren opgenomen in de I 560 inventaris gepubliceerd door D. Leyder in 2014.³

Is dit fonds volledig? Zeker niet en het bewijs is gemakkelijk te leveren. Niet alleen zijn sommige processen van *arrêtistes*, zoals Humayn, Dulaury en Coloma, spoorloos verdwenen, zoals ook drie van de vier zaken waarvoor uitgebreide sententies werden bewaard, maar vooral kunnen 26 procent van de beslissingen uit de registers van *dicta* voor de achttiende eeuw niet gekoppeld worden aan de geïnventariseerde processen. Een vergelijkbaar percentage komt aan het licht bij het bestuderen van de registers van de Stassart, gewezen voorzitter van de Raad van Namen, die veel referenties (of zelfs kopieën) van beslissingen bevatten aangaande processen waarvan de stukken niet bewaard worden in de fondsen van het Rijksarchief.⁴ Als we een eenvoudige regel van drie toepassen, wat op zich aanvaardbaar is in een grote steekproef zonder statistische fout, kunnen we het to-

² We weten dat de Grote Raad *ratione personae* of *ratione materiae* bepaalde geschillen in eerste instantie kon behandelen. De criteria om de gewone rechter te passeren zijn relatief vaag: personen onder de ‘bescherming’ van de soevereiniteit of liefdadigheidsinstellingen, weduwen en wezen mogen – *ratione personae* – op de Grote Raad aanspraak maken. *Ratione materiae* behandelde de Raad ook bepaalde fiscale zaken. De registers van de *dicta* bevatten echter ook een aanzienlijk aantal beslissingen in eerste aanleg voor de Grote Raad waarbij de eisers gewone Naamse burgers zijn. In veel gevallen lijken deze processen niet te verschillen, noch door de aard van de zaak noch door de aard van de betrokken procederende partijen, van die processen die de normale appelprocedure volgen. Het lijkt er op dat in de achttiende eeuw een zekere flexibiliteit in de keuze van de procedure gold.

³ D. Leyder, *Inventaire des archives du Grand Conseil des Pays-Bas à Malines: Dossiers de procès de Namur 1-500 (1577-1755)*, Inventaires Archives générales du Royaume 560, Brussel, 2014.

⁴ Namen, Archives de l'État à Namur (AEN), Conseil Provincial de Namur (CPN), inv.nrs. 3249-3258: *Recueils de motifs de droit annotés et transcrits par Jacques-Joseph Stassart et Jacques-Joseph-Augustin Stassart de Noirmont*.

taal aan Naamse beroepsprocedures voor de Grote Raad gedurende de achttiende eeuw op ongeveer 1340 eenheden schatten. Het ‘Mechels’ archief is dus opvallend rijk. Ter vergelijking zijn voor dezelfde periode 1607 dossiers bewaard gebleven voor de Raad van Namen⁵, terwijl beroepsprocedures slechts een fractie van de processen in eerste instantie uitmaakten. Tot slot, noteren we dat 36 appeldossiers van de Raad van Namen in het Rijksarchief in Namen bewaard worden.⁶

De beroepsprocedure wordt normaliter schriftelijk gevoerd, dat wil zeggen op basis van het schriftelijk dossier van de vorige instantie, en wordt beoordeeld op basis van dezelfde stukken (*ex eisdem actis*). Het is nochtans heel gebruikelijk dat een partij nieuwe stukken wenst te tonen: ze voert daarvoor een *clause de requête civile* aan die, als ze ontvankelijk wordt bevonden, *validée pour civile* genoemd wordt. Het is gebruikelijk dat het beroepsdossier geen documenten bevat met betrekking tot de procedure in Mechelen, maar alleen met betrekking tot de eerste procedure gehouden voor de Raad van Namen, of zelfs eerder voor een lokale rechtbank. In dat geval wordt de kwaliteit van *appellant* of *intimé* (geïntimeerde) slechts bekend indien een *dictum* bewaard is gebleven, wat het geval is voor 61 dossiers. Indien dit niet zo is, kunnen de partijen alleen door hun kwaliteit zoals aangegeven in de procedure van eerste aanleg aangewezen worden, in de regel *demandeur/défendeur* en *suppliant/rescribent* bij de Raad van Namen. Dit geldt voor 304 van de 993 dossiers (30,6 procent).

3 Volume van de processen

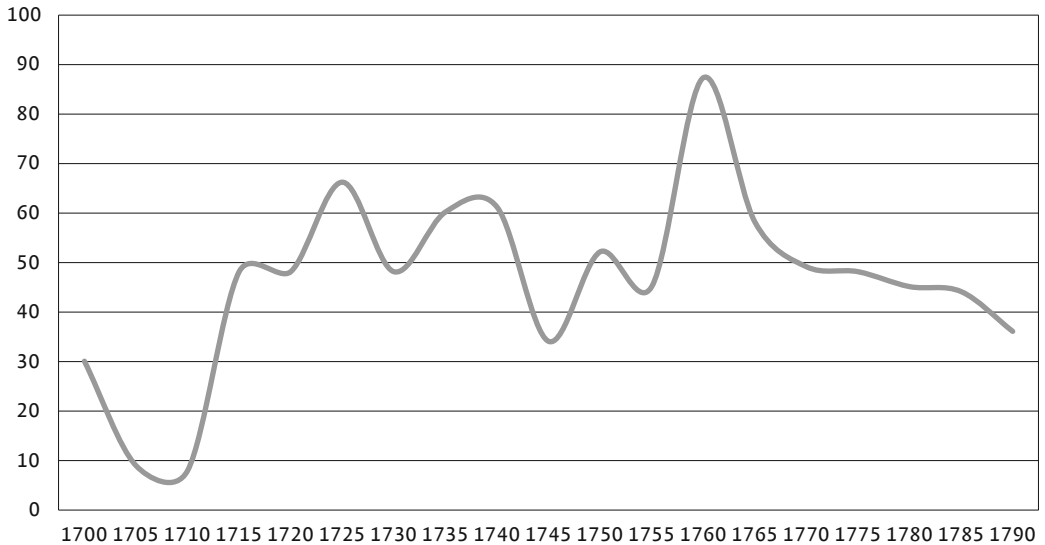
Het is interessant om de omvang en de chronologische evolutie van de naar Mechelen overgebrachte Naamse zaken te bekijken. De rangschikking is gemaakt op basis van de laatst bekende datum van het beroepsdossier (beslissing of laatste stuk), of op basis van het laatste stuk van de vorige instantie.

Grafiek 1 wijst op een verminderde activiteit tijdens de Spaanse Successieoorlog aan het begin van de achttiende eeuw – Namen blijft gecontroleerd door het Anjou-regime na de slag bij Ramillies in mei 1706 –, een daling gedurende de Oostenrijkse Successieoorlog, en een forse daling vanaf 1765. De bezetting van een groot deel van de Zuidelijke Nederlanden door de legers van Lodewijk XIV verklaart de lage activiteit voor de Vrede van Utrecht (1713). De provincies Namen en Luxemburg, eerst gecontroleerd door Frankrijk en daarna als onafhankelijke staat, behoren immers niet langer tot de bevoegdheid van de Grote Raad. Een wederzijds beroepssysteem wordt dan onderhouden tussen de twee

⁵ Te weten 1.527 dossiers in eerste aanleg (AEN, CPN, inv.nrs. 6725-8251) en 80 appeldossiers (AEN, CPN, inv.nrs. 8172-8251), te vergelijken met zes registers van sententies (AEN, CPN, inv.nrs. 2787-2792). Onderzoeken in opdracht van de Raad van Namen zijn beter bewaard gebleven: 2.709 onderzoeksdossiers blijven voor dezelfde periode bewaard (AEN, CPN, inv.nrs. 8453-11161). Zij staan beschreven in: C. Douxchamps-Lefèvre, *Inventaire analytique des enquêtes judiciaires du Conseil de Namur*, V (1701-1748) en VI (1749-1794).

⁶ AEN, CPN, inv.nrs. 3023-3031.

Grafiek 1 Appèldossiers uit Namen voor de Grote Raad van Mechelen



Grafiek 2 Bewijsprocedures voor de Raad van Namen



provincies tijdens de korte regeerperiode (1711-1713) van Maximiliaan Emanuel van Beieren. De sterke daling aan het einde van de achttiende eeuw is in overeenstemming met de afname van de rechterlijke activiteit voor de hogere hoven in heel Europa,⁷ en wordt in die streken benadrukt door de Brabantse revolutie. Deze evolutie is identiek aan de trend vastgesteld door Verscuren en gebaseerd op de distributiestatistieken van de Naamse dossiers aan de Mechelse rechters.⁸ Het aantal procedures voor de Raad van Namen ech-

7 M.C. Le Bailly, 'Langetermijntrends in de rechtspraak bij de gewestelijke hoven van justice in de Noordelijke Nederlanden van ca. 1450 tot ca. 1800', *Pro Memorie*, 2011, 30-67; C. Kaiser, 'The deflation in the volume of litigation at Paris in the eighteenth century', *European Studies Review*, 1980, 309-336.

8 A. Verscuren, *The Great Council of Malines in the 18th century. An Aging Court in a Changing World?*, 2015, *Studies in the History of Law and Justice*, dl. 3, Cham, 2015.

ter, waarvoor de best beschikbare indicator waarschijnlijk de lijst is van bewijsprocedures (*enquêtes judiciaires*),⁹ evolueert niet op dezelfde manier (grafiek 2). De Spaanse Successieoorlog, in het bijzonder de nasleep ervan, hebben geen invloed op de lokale justitiële activiteit.

4 Duur en aard van de procedure

Volgens Verscuren bedraagt de mediane duur van een procedure voor de Grote Raad in de achttiende eeuw 214 dagen.¹⁰ Voor beroepsprocedures afkomstig van de Raad van Namen bedraagt deze mediane duur 242 dagen. Als we rekening houden met sommige extreme gevallen, zoals een zaak die 65 jaren lang aansleept, stijgt het gemiddelde tot 334 dagen. De looptijd varieert naargelang er maatregelen werden genomen om de achterstand te verminderen, evenals ten gevolge van lopende militaire conflicten. Een nieuwe verlenging van de procedure aan het einde van het ancien régime is ongetwijfeld gerelateerd aan de ondergang van de instelling zelf. Verscurens schatting is berekend op basis van de toekenning of distributie van de dossiers (zie ook onder 11 *Dicta*), welk tijdstip verschilt met het daadwerkelijke begin van de procedure. Gebaseerd op het verschil tussen het eerste en het laatste ‘Mechelse’ stuk in de procesdossiers, heb ik daarentegen en logischerwijs een langere periode vastgesteld, namelijk een gemiddelde van twee jaar en zeven maanden en een mediaan van veertien maanden. Complexe gevallen kunnen jaren duren, en het is niet ongewoon dat een zaak verder wordt gevoerd door de erfgenamen.

We merken op dat in 66 gevallen de interventie van de Grote Raad van Mechelen een procedure in derde aanleg is, omdat de Raad van Namen al in tweede aanleg geoordeeld heeft tegen de beslissing van een ondergeschikte rechtbank. Vijftien van deze gevallen waren in eerste instantie opgestart bij het *Haute Cour de Namur*, acht bij dat van Charleroi, vier bij het Soeverein-Baljuwschap van Namen, vier te Fleurus, drie te Jambes, en de rest bij verschillende lokale instellingen en enkele bijzondere rechtbanken, zoals het hof van de metaalbewerkers (*Cour des Feron*), of dat van drijfjacht (*Gruerie et Vénerie*). Daarenboven werden zeven evocatieprocedures geïdentificeerd, dat wil zeggen zaken aanhangig bij de Raad van Namen maar welke door de Grote Raad van Mechelen naar zich toe werden getrokken. Veertien maal konden we evocaties door de Raad van Namen van zaken behandeld door lokale rechtbanken identificeren. Ook één enkele reformatieprocedure kon geïdentificeerd worden, welke een zaak besluit die in Namen begonnen was. Deze werd opgenomen op 15 oktober 1704 en eindigt met een afwijzing van het verzoek van de aanvrager.¹¹

9 Zie Douxchamps-Lefèvre, *Inventaire analytique*, V (1701-1748) en VI (1749-1794).

10 *Ibidem*, 231.

11 Beslissing in Gosée tegen Gosée, de Barbieux en Cassal (15 oktober 1704), Brussel, Algemeen Rijksarchief (ARA), Grote Raad voor de Nederlanden te Mechelen (GRNM), *Dicta* (D), dl. 107, inv.nr. 1031. Sommige andere stukken in de bestudeerde archieven verwijzen naar reformatieprocedures, maar ze horen niet thuis bij de Naamse provincie en werden gedeclasseerd.

De Grote Raad van Mechelen was niet bevoegd om Naamse strafzaken te berechten omdat er in principe geen appèlmogelijkheid bestond binnen het strafrechtelijk domein. Er zijn wel twee opmerkelijke gevallen: de zaak-De Vivier enerzijds, omtrent ernstige incidenten veroorzaakt door schepen De Vivier tijdens een zitting van de schepensbank, en anderzijds een proces aangaande de usurpatie van de rang van kolonel, waar de advocaat-fiscaal Baron Mesnil vervolgt. Soms trekt de Grote Raad ook een zaak naar zich toe om ze met de civiele rechtzaak samen te voegen en neemt de zaak in vooronderzoek.¹² De schadevergoeding bij doodslag valt immers onder het privaatrecht en volgt de normale procedure. Zo doodde een officier bij het Oude Loraine regiment een schipper na een onenigheid over visserij in de Maas, waarop een vordering tot schadevergoeding¹³ volgde. Wat nog vreemder is, is de actie van een ter dood veroordeelde moordenaar, aan wie gratie werd verleend, die een procedure aanspant om te worden ontheven van de schandelijke aard van zijn straf, en dit op basis van zijn functie en van het onopzettelijk karakter van de doodslag. Dit zeer speciale geval is een vervolg op een weidrechtsgeschil. Op een avond in juni 1744, eindigde een ruzie namelijk met een schot dat door een jachtopziener werd afgevuurd op een zekere Stevart, die drie dagen later overleed.¹⁴

Bij de speciale procedures horen ook de processen voortkomend uit het kortstondig bestaan van een onafhankelijke staat die werd gevormd door de fusie van de provincies Namen en Luxemburg tijdens de regeerperiode van Maximiliaan Emanuel van Beieren (1711-1713). Men noteert twee zaken in beroep, één in elke richting, tegen de beslissingen van de respectievelijke raden van beide provincies. Dit was mogelijk omdat de prins wederzijdse beroepsprocedures mogelijk had gemaakt met betrekking tot de beslissingen van beide raden.

Tot slot kent één dossier een bijzonder verloop. Een beslissing door de Raad van Namen op 9 februari 1748, en dus tijdens de Franse bezetting, komt voor in beroep voor het parlement van Douai. Na het verdrag van Aken, maakt de appelerende partij een einde aan deze procedure om die bij de Grote Raad van Mechelen te brengen.¹⁵ De verplaatsing van de Grote Raad naar Echternach tijdens de Oostenrijkse Successieoorlog heeft geen spoor achtergelaten in het onderzochte fonds. Zijn bevoegdheid werd dan de facto beperkt tot Luxemburg. Vermeldenswaardig is ten slotte nog het feit dat in 1793-1794 de bevoegdheid van de Grote Raad wordt ingeroepen vanwege de vermeende ongrondwettigheid van de Raad van Namen tijdens de Brabantse Revolutie en de eerste Franse bezetting¹⁶. Vermeldenswaardig is ten slotte dat de Geheime Raad niet vaak tussenkomt in de procedures. In slechts twee zaken werd tegen de Raad van Namen een rechtsmiddel aangewend voor de

12 Beslissing in de Mesnil tegen Fontaine, advocaat-fiscaal (5 april 1732), ARA, GRNM, D, dl. 107, inv.nr. 1039.

13 Demesnil tegen Godinnes (na 1741), ARA, GRNM, Beroepen uit Namen (BN), inv.nr. 4089. Deze referentie verwijst naar de huidige nummering van het fonds. Dit zal gewijzigd worden met de publicatie van de nieuwe inventaris, maar een concordantietabel wordt voorzien. De melding 'na' verwijst naar het meest recente stuk van de Naamse procedure indien het dossier geen stuk van de oproepprocedure bevat.

14 Laurent tegen Gabriel (na 1748), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 177.1 en 178.1.

15 Chapelle en Barbaix tegen decaan en kapittel van St. Denis in Luik (1750), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 180.3 en 182.3.

16 Minet tegen de eerste twee leden van de Staten van Namen (1793-1794), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 4668.

Geheime Raad, in 1730 en in 1760, terwijl na een beroep van de rechtbank van *Vénerie et Gruerie* voor een jachtmisdrijf in de provincie, de zaak naar de Grote Raad gedelegeerd werd.

5 De procespartijen

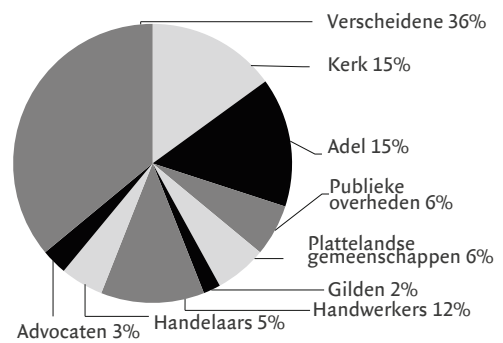
5.1 Socio-professioneel profiel van de partijen

De betrokken partijen in de Naamse beroepsprocessen vertegenwoordigen de hele maatschappij (Grafiek 3).¹⁷ Opvallend is het percentage mensen dat afkomstig is uit adellijke en clericale middens. Dit percentage ligt veel hoger dan hun eigenlijke vertegenwoordiging in de maatschappij. Terwijl partijen afkomstig uit clericale middens, plattelands gemeenschappen, overheden en gilden vaak partijen zijn bij zeer specifieke geschillen, waar ik later op zal terugkomen, verdedigen adellijke partijen integendeel vooral belangen in verband met erfenissen.

Niet alle categorieën van justitiabelen zijn op dezelfde wijze betrokken bij de procedures. Grafiek 4 geeft het aantal gevallen weer waarin elke categorie als *demandeur/suppliant* (aanlegger, gearceerd) of als *défendeur/rescribent* (verweerder, niet-gearceerd) optreedt. Het is duidelijk dat de adel, advocaten en vooral de gilden een meer ‘proactief’ gedrag vertonen dan gemiddeld het geval is.

Opvallend is hoezeer justitiabelen proberen het gewicht van hun functie te laten gelden in de processtukken. De edelen beschrijven de details van hun titels en dat geeft een vrij goed beeld van de samenstelling van hun stand in die tijd: zestien ridders, 64 baronnen, één burggraaf, 48 graven, tien markiezen, twee hertogen en acht prinsen pleitten in Mechelen voor Naamse zaken. Gelukkig maar voor de griffiers gaat niet iedereen zo ver in de opsomming van hun functies als Anne Louis Alexandre de Montmorency, ‘prins van Morbecq, magnaat van Spanje van eerste klasse, eerste christelijke baron van Frankrijk, graaf van Estaires, van Bouchoven en van het Heilig Roomse Rijk, luitenant-generaal van de legers van de zeer christelijke Majesteit, gouverneur van de stad, kasteel en Frans fort van Aire in Artois, commandant van maritiem Vlaanderen’.¹⁸ Ook de burgers citeren graag hun status: 7,6 procent van de pleiters gedragen zich zo. Omgekeerd, vermoedelijk om de rechtbank wat milder te

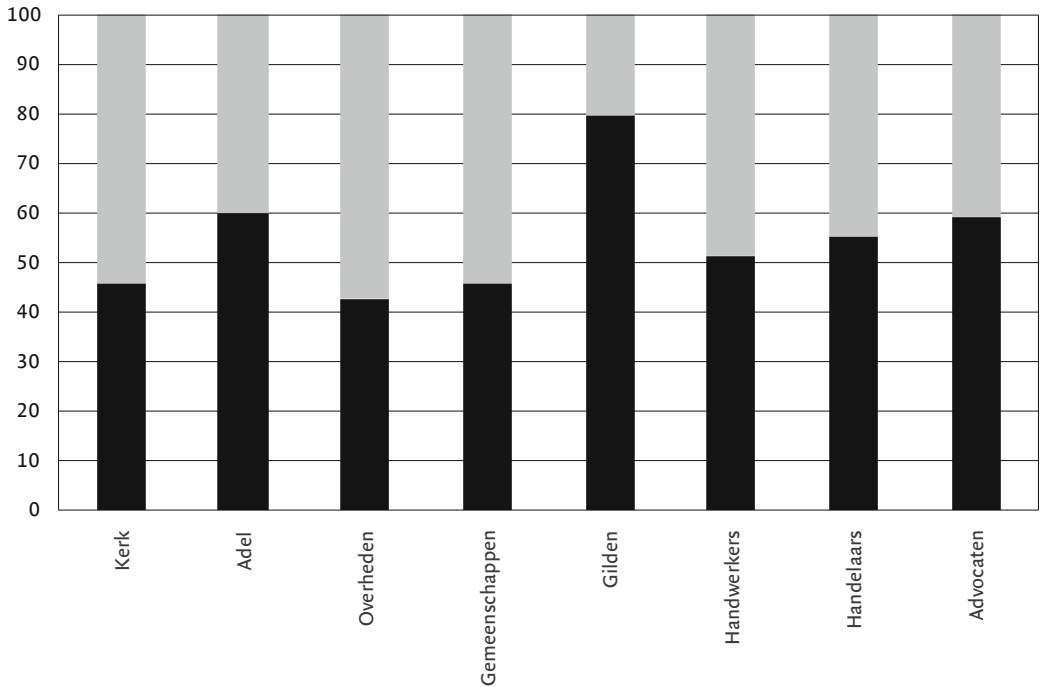
Grafiek 3 Socio-professionele achtergrond van de procespartijen



¹⁷ Een kwart (23,8 procent) van de procederende partijen hebben geen geïdentificeerde functie of beroep.

¹⁸ Minet tegen de Montmorency (1770-1794), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 3528 tot 3530/D en 404.04.

Grafiek 4 Socio-professionele groepen als aanlegger en verweerder

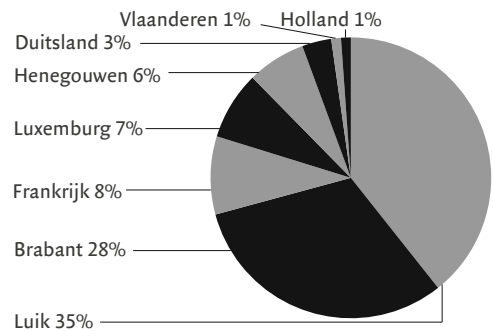


stemmen, benadrukken sommigen de bescheidenheid van hun situatie, door zichzelf te betitelen als ‘arme vrouw’, ‘arme dienaar’ of ‘arme knecht’. Paradoxaal genoeg zijn ze wel in staat langdurige en kostbare procedures te voeren.¹⁹

5.2 Geografische oorsprong van de procespartijen

Procespartijen van de in Mechelen behandelde Naamse dossiers zijn voor het merendeel inwoners van de provincie Namen, en wel van de hele provincie. Er zijn weinig dorpen of steden waarvan de naam niet voorkomt in de dossiers. 31,7 procent van de justitiabelen waarvan de woonplaats bekend is, woonde in de stad Namen (35,3 procent als we de onmiddellijke omgeving meetellen). We merken op dat Charleroi en de omliggende gemeenten, toen nog in de provincie Namen,

Grafiek 5 Verdeling procespartijen van vreemde origine



¹⁹ Er zijn sporen van Pro Deo-hulp, zie bijvoorbeeld: Godefroid tegen Malfroid (1760-1763), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 4194 en 402.3; Jamin tegen Halot (1776), *ibid.* 4325.

slechts vier procent van de processen vertegenwoordigen. Sommige partijen zijn dan weer niet uit de provincie afkomstig. 7,5 procent kunnen als ‘vreemd’ omschreven worden en het is opvallend dat binnen deze groep de verweerders/geïntimeerden met dubbel zoveel zijn als de aanvragers/appellanten. Hun verdeling (Grafiek 5) is een goede indicator van de (commerciële) betrekkingen van Namen met de burens.

5.3 Voorwerp van de geschillen

Het kader van dit onderzoek is de rechtsgeschiedenis en we hebben bijgevolg bijzondere aandacht besteed aan de aard van de geschillen. De bestaande inventarissen zijn vaak onjuist in dit verband. Het is bijvoorbeeld vaak misleidend te zien dat ‘rente’ vermeld wordt als het object van het geschil, terwijl de rente slechts het financiële instrument is. Verder onderzoek naar het eigenlijk voorwerp van het proces is dan ook noodzakelijk.

We hebben geprobeerd een classificatie te maken op basis van een logica, die het voordeel heeft leesbaar te zijn voor een hedendaagse jurist. In 80 dossiers van de 993 kan het onderwerp niet worden bepaald wegens gebrek aan voldoende documenten. Anderzijds komt het voor dat eenzelfde proces op verschillende domeinen slaat. De identificatie van het onderwerp verzekert ook niet dat het dossier potentieel interessante documenten voor de rechtsgeschiedenis bevat. Vooreerst bevatten veel procesdossiers enkel processtukken. Zelfs als de juridische argumenten uit deze processtukken – ‘lecta’ (‘gelezen zaken’), *mémoires*, *avertissements*, en andere ‘rechtsmotieven’ – blijken, betekent dit niet dat ze ook een wezenlijk belang hebben. De debatten gaan vaak over feiten, zonder echte onderliggende juridische kwestie: honderden pagina’s kunnen geschreven worden om de realiteit van een betaling, de afbakening van een erf of de echtheid van een handtekening te bewijzen of te ontkennen. Onze kennis van het oude recht maakt daarmee bovendien geen enkele vooruitgang. De facto bieden ongeveer 260 dossiers ons potentieel waardevolle informatie vanuit dit perspectief en meer dan 9.000 dubbele pagina’s werden weerhouden voor analyse.

De onderwerpen van de meest courante processen zijn een afspiegeling van het economisch en sociaal leven van de tijd: particuliere erfgoedkwesties (vooral in onroerend goed), aangevuld met problemen van het platteland (agrarisches recht) en van het religieuze leven (Tabel 1). Globaal gesproken is deze grote steekproef op het vlak van de analyse niet zeer verschillend van de collectie van de Raad van Namen van Drosmeel van de vorige eeuw,²⁰ noch van wat we zien in het midden van de vijftiende eeuw in de raden en *rencharges* van het Hoge Hof van Namen.²¹

20 C. Vael en D. Paquot, ‘Les ‘cas jugés’ du président Drosmeel. Un recueil de jurisprudence namuroise du 17^{ème} siècle’, *Bulletin de la commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de Belgique*, 1996, 231-374.

21 Ph. Godding, *Conseils et rencharges de la Haute Cour de Namur (1440-1488)*. Recueil des anciennes coutumes de la Belgique. *Coutumes de Namur et Coutumes de Philippeville*, dl. 5, Brussel, 1992.

Tabel 1 Voorwerp van de geschillen

Onroerend goed: 190	Renten (grond en betaling)	82	Personenrecht: 46	Bescherming curatele, collocatie	21
	Betwiste goederen	32		Onderhoudsplicht	12
	Beslag op vaste goederen	30		Minderjarigheid	6
	Feodaal reliëf	15		Bekoring	4
	Naasting	14		Bekwaamheid van de vrouw	3
	Hypotheken	7			
	Nabuurschap	5			
Servituut	5				
Patrimonial recht: 149	Erfopvolging	110	Gerechtigd recht: 44	Bevoegdheid en procedure	23
	Legaten en testamenten	29		Gerechtskosten	12
	Huwelijken, huwelijksgoed	7		Deurwaarders en advocaten	9
	Schenking	3			
Contractenrecht: 109	Verkoop	42	Gildenrecht: 35		
	Diverse contracten	22			
	Huurcontract	16			
	Vennootschap	15			
	Verdeling	7			
	Nulliteit en verjaring	7			
Geschillen van de Kerk: 70	Pastorieën en vicariaat	23	Publiekrecht: 34	Publiek beheer	17
	Lasten van kerken en pastories	23		Anders (rekvisitie enz.)	12
	Prebenden en inkomsten	14		Politie	5
	Tiend	10			
Schuldinvordering: 64	Diverse schulden (buiten renten)	38	Scheldwoorden en lastering: 17		
	Geldwaardige papieren	20			
	Varia	6			
Fiscaliteit: 56			Heerlijke rechten: 17		
Agrarisch recht: 52	Weiden	20	Possessoire vordering: 12		
	Bossen	17			
	Jacht en vissen	7			
	Gemeenschappelijke goederen	6			
	Varia	2			

Ook al is het archief een essentiële bron, het is niet exclusief. De collecties van arrêstisten Coloma, Hony, Frarin, Dulaury of Humayn, maar ook andere in het Rijksarchief van Namen bewaarde stukken, zijn ook van belang voor de kennis van het recht in de achttiende eeuw. Het gaat onder meer over de collecties processtukken van vader en zoon de Stassart,²² over het eigenaardige repertoire van president Lambillon,²³ de collectie van deze rechter voor zijn persoonlijk gebruik, en vooral over de zeer volumineuze handgeschreven commentaren over het Naamse gewoonterecht, bewaard door de lokale *Société*

²² AEN, CPN, inv.nrs. 3249-3258.

²³ AEN, CPN, inv.nr. 3260-3261: *Répertoire commenté de matières juridiques établi par le président Lambillon*; AEN, CPN, inv.nr. 3249-3258: *Recueils de motifs de droit annotés et transcrits par Jacques-Joseph Stassart et Jacques-Joseph-Augustin Stassart de Noirmont, xviii^e siècle.*

Archéologique.²⁴ Vanuit een historisch perspectief, zal ik later en elders ook voortbouwen op bewaarde turbenonderzoeken²⁵ en oudere registers van jurisprudentie: het repertoire van 1440,²⁶ het Lodevoet repertoire van 1483²⁷ en de *conseils* en *rencharges* geregistreerd door het Hoge Hof van Namen tussen 1440 en 1488.²⁸

6 Justitie in haar context

De inleidingen op banden V en VI van de *Inventaire analytique des enquêtes judiciaires du Conseil de Namur*²⁹ bieden een goed inzicht in de politieke, economische en sociale achtergronden waartegen de Naamse rechterlijke activiteit zich gedurende de achttiende eeuw ontwikkelt. De beroepsprocedures in Mechelen betreffen vanzelfsprekend hetzelfde feitelijke geschil als in eerste instantie en wat werd gezegd voor de ene context geldt ook voor de andere, zelfs als een historicus vele nieuwe documenten ontdekt en een rechts-historicus over een veel rijker bronnenmateriaal beschikt.

Gedurende de achttiende eeuw herbergde Namen een garnizoen. Soldaten van alle rangen waren vaak partij in rechtsgeschillen en deze weerspiegelden ook de problemen van die tijd. De eeuw begon met de gevolgen van de campagnes van 1692 en 1695, met bijvoorbeeld gedwongen leningen voor de bijdragen die door Frankrijk geëist werden, de wederopbouw van huizen verwoest tijdens de belegering van Namen en het bombardement op Charleroi, de waardedaling van gebouwen of wijngaarden door de komst van nieuwe vestingwerken. De Spaanse Successieoorlog liet ook sporen na, voornamelijk door opeisingen en de levering van voedsel aan beide legers. De situatie was vaak in het voordeel van de Naamse handelaars, ondanks hun ergernissen over de inbeslagname van hun schepen of achterstallige betalingen. De verdragen van Utrecht (1713), Rastadt (1714) en het Barrièreverdrag (1715) leidden tot de komst van een Hollands garnizoen in Namen (stad en citadel) dat tot 1782 gebleven is. Dit lange samenwonen van ongeveer 3.000 soldaten met de burgerij deed echter, volgens de bestudeerde bronnen, geen specifieke geschillen ontstaan. De onlusten onder de regering van Jozef II lieten ook weinig sporen na in de beroepsprocedures vanuit Namen: de opeising van paarden in Hemptinne, de arrestatie van een musicus en schrijver van opruiende liederen, de patrouilles van Flawinne om ‘alle zwervers en schooiers, deserteurs van de troepen van Zijn Majesteit’ te arresteren.³⁰ Dit weerspiegelt eigenlijk niet de grote veranderingen en hevige beroering

24 Société Archéologique de Namur, *Manuscrits juridiques*, inv.nr. 107/2, 120/11, 121, 122 en 124.

25 *Enquêtes par turbe du Conseil de Namur (1496-1630)*, C. Douxchamps-Lefèvre en Ph. Godding (eds.), Brussel, 1972.

26 *Répertoire de jugements, recharges et conseils de la Haute Cour du Feix, année 1440*, in: *Les coutumes de Namur*, II, J. Grandgagnage (ed.), Brussel, 1870, 7-132.

27 *Répertoire de Louis Lodevoet, année 1483*, in: *Les coutumes de Namur*, II, J. Grandgagnage (ed.), Brussel, 1870, 133-390.

28 Godding, *Conseils et rencharges de la Haute Cour de Namur*.

29 Douxchamps-Lefèvre, *Inventaire analytique*, V (1701-1748) en VI (1749-1794). Voor een meer gedetailleerde weergave van de historische context, zie M. Ronvaux, *Une Histoire du Namurois*, II, *Les Temps Modernes*, Namen, 2015.

30 Delory tegen Gaine (na 1789), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 4367.

door de Brabantse Revolutie. Belangrijke processen werden niettemin ingesteld door notabelen die in het nauw gedreven werden omwille van hun trouw aan het regime, waarvan de eerste Jacques-Joseph-Augustin de Stassart was, voorzitter van de Raad van Namen.³¹

De sociaaleconomische veranderingen van de eeuw zijn duidelijk tussen de regels door te lezen in de Naamse appèldossiers: het toenemende belang van nieuwe industrieën, de prijsverhoging van landerijen, de intensievere landbouw tegenover de traditionele praktijk en in 1773 zelfs het ter discussie stellen van het bestaan van de gemeenschappelijke gronden. De uitbreiding van het wegennet genereert nieuwe en onvermijdelijk omstreden belastingen, vooral omdat de overheden, door tegenstrijdige maatregelen, de ontstane problemen nauwelijks aankunnen. Het geschil tussen de inwoners van Saint-Servais en het Naamse stadsbestuur, dat hen het onderhoud van de nieuwe Brusselse steenweg wil opleggen, is daarvan het perfecte voorbeeld.³²

Ook verandert de economische praktijk. Handelsondernemingen worden steeds vaker procespartij, onder meer ten gevolge van het gebruik van commerciële wissels en *promesses*. Veel procedures betreffen smederijen, die hun activiteiten uitbreiden bijvoorbeeld richting de wapenindustrie. De Montpellier van Yvoir bijvoorbeeld moest zich verdedigen voor een omstreden leveringscontract van ijzeren staven naar Amsterdam.³³ Andere traditionele Naamse industrieën blijven vertegenwoordigd in de appèldossiers. Een omstreden verkoop van zinkerts uit de mijnen van Limburg illustreert een actieve koperindustrie. Ook de aardewerk- en porseleinfabriek in Andenne en natuurlijk de vennootschap voor de '*négoce des plombs qui se retirent à Vedrin et environs*' komen voor in de appèldossiers in Mechelen.

Het Mechelse archieffonds bevat bovendien allerlei primaire informatie over de mijnbouwbedrijven, hun activiteit en hun technische ontwikkelingen, zoals de *machine à feu*. De geschiedenis van de mijnbouw in de regio van Charleroi begint serieus vanaf de jaren 1720. 'Parçonniers' (verenigde werknemers van een bepaalde mijn), eigenaars en investeerders verdedigden fel hun belangen. Houpe en l'air, Grande Castaigne of Forest Châtelineau, la petite Haize, la Masse et Le Vivier in Gilly, Grand Bouillon, Nayette, Layette, Cawette, Bawette, Cayelette en Mambour in Charleroi zijn de meest omstreden steenkooladers. Daar vindt de meeste oppervlakteschade plaats ten gevolge van de mijnbouw. Namen heeft ook zijn steenkoolbekken, weliswaar minder rijk, maar het vormt ook voorwerp van geschillen.³⁴ Ten slotte duikt ook de voormalige steenhouwersindustrie op in de Naamse appèldossiers.

31 De Stassart tegen Les 24 corps des métiers de la Ville et Banlieue de Namur (1793-1794), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 4659.

32 Inwoners van Saint-Servais tegen stadsbestuur van Namen (1760-1763), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 4602.

33 Sappin en Devooght tegen Petit en Delbecq (1725-1727), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 3995.

34 Voor een historisch overzicht van dit onderwerp, zie C. Douxchamps-Lefèvre, 'Le commerce du charbon dans les Pays-Bas autrichiens à la fin du XVIII^e siècle', *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1968, 393-421.

7 Institutionele procespartijen

Bepaalde categorieën van justitiabelen zijn sterk vertegenwoordigd in de appèldossiers. Kerkelijke en wereldlijke overheden, plattelandsgemeenschappen en gilden verdienen speciale aandacht. In deze periode waren de rooms-katholieke kerk en de geestelijkheid juridisch gezien niet langer overheersend. Het oppergezag van de jurisdictie van de wereldlijke overheid was niet langer omstreden, en rechtsgeschillen hadden vaak directe invloed op het religieuze leven. De clerus had geen echt privilege meer ten opzichte van het burgerlijk recht, behalve voor wat betreft de verjaring. Wel was de Kerk bijvoorbeeld onderworpen aan specifieke beperkingen om te verwerven (dode hand) of te vervreemden. De fiscale zaken waarin zij betrokken was gingen niet over het principe van de belastingplicht, maar over technische bedingen die van toepassing waren op elke belastingplichtige. De geestelijken leken net als andere justitiabelen van die tijd ook erg gehecht aan hun eer en aan het protocol en aarzelden niet om op dit gebied lange en kostbare processen te voeren. Het is niet verrassend dat de bouw- en onderhoudskosten van parochiekerken en pastorijen aan de basis lagen van veel geschillen. De aanleiding van veel van dit soort geschillen werd echter weggenomen met het edict van 1769 dat bepaalde dat deze kosten ten laste kwamen van de begunstigden van de tienden.³⁵

Ook overheidsinstanties waren regelmatig procespartij, eerst betrof dat vooral het Naamse stadsbestuur. De Grote Raad, als beroepsinstantie voor de Raad van Namen, deed uitspraak in echte administratieve geschillen. De appèldossiers betroffen allerlei maatregelen: openbare aanbestedingen, onteigeningen, verlening van burgerstatus, inkwartiering van troepen en handelsbeleid. Fiscale geschillen kwamen veel voor en betroffen bijvoorbeeld invoer- en doorvoerrechten, de ‘gabelle’³⁶ maar ook de verdeling van de bijstand en de aan de leenheer verschuldigde belasting. Fiscale geschillen waren dus gevarieerd en over het algemeen zwaarwichtiger dan het proces over de vrijstelling van de gabelle op wijn voor het jezuïetencollege van Namen over ‘enkele vaten die de Vader Rector vanuit het koninkrijk Frankrijk naar de stad gebracht had voor eigen consumptie’.³⁷ Het stadsbestuur, in zijn dubbele hoedanigheid van gerechtelijk en politiek functionaris, kon privaat aansprakelijk gesteld worden, bijvoorbeeld voor een ongerechtvaardigde gevangenisstraf of wegens zijn nalatigheid in de bewaking van een ontsnapte gevangene. Stadsontwikkeling, ten slotte, was een domein dat in Namen een belangrijker rol ging spelen in de achttiende eeuw. Zo was er sprake van compensatie voor onteigening van gronden gelegen bij de molen van de Samber, die de stedelijke overheid ‘heeft laten uitwinnen voor het genoegen van het publiek en de verfraaiing van de stad’. Het procesdossier levert

³⁵ Edict van Maria-Theresa van 25 september 1769 ‘sur l’obligation d’entretenir, de réparer et de restaurer les églises paroissiales au plat-pays, ainsi que les presbytères ou maisons pastorales’.

³⁶ De gabelle was de lokale belasting in Namen op voedingsmiddelen en consumptiegoederen (vooral wijn, bier en brandewijn).

³⁷ Stadsbestuur van Namen tegen Vader Rector van het Jezuïetencollege te Namen (1724-1725), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 139.2.

uitgebreide informatie over de toestand en de waarde van vastgoed in Namen aan het begin van de achttiende eeuw.³⁸ De verplichting om met steen te bouwen leidde ook tot procedures, zoals bij het bevel om een houten huis te slopen en te herbouwen op de hoek van de Saint-Hilairestraat, beschadigd door het beleg van 1695 alsook dat van 1704, en dit op grond van het edict van 20 februari 1708.^{39, 40}

Wat de gilden betreft, deze verschenen telkens voor de rechter om hun monopolies te verdedigen. Ze stonden regelmatig tegenover elkaar. Komt het toe aan de schrijnwerkers of aan de timmerlieden om een altaartrede in de Abdij van Salzennes te bouwen? Doorbreekt een orgelbouwer het monopolie van de timmerlieden als hij zelf het voetstuk van zijn instrument monteert?⁴¹ En waarom gooien de meester-slagers een ‘enorme hoeveelheid’ gerookte haring, verkocht door een concurrent uit Brussel, in de Maas? Is dat om een concurrent te verdringen of om de volksgezondheid te vrijwaren?⁴² Dit soort processen stapelt zich op, of het nu ging om de aanwerving van een helper of om de meesterproef om toegelaten te worden tot het ambacht. Deze corporatistische privileges doen anachronistisch aan in het licht van de nieuwe industriële ontwikkelingen, die de gilden kennelijk vreemd bleven.

Plattelandsgemeenschappen verdedigden actief hun materiële belangen, al was het maar uit principe. Zelfs de meest afgelegen landelijke gebieden waren betrokken: bossen en weiden waren cruciaal voor hen, in het bijzonder voor de zwakste leden onder hen. Deze rechten werden volledig erkend en hun vrijheid om in rechte op te treden was ruimer in Namen dan in andere vorstendommen.⁴³ Binnen deze gemeenschappen liepen de belangen tussen grote en kleine landeigenaren meer en meer uiteen. De onrustige achttiende eeuw weerspiegelt zich in deze appèldossiers: de invloed van de oorlogen tegen Frankrijk op het plattelandsleven, de automatisering van de landbouw ten koste van de traditionele praktijk en ten slotte het ter discussie stellen van de gemeentegronden door de verdeling in 1773 van een deel daarvan.

8 Bekende geschillen en *curiosa*

Originele stukken uit Mechelse archieven werpen soms nieuw licht op bekende geschillen uit de Naamse geschiedenis. Zo is er het proces per evocatie over de ernstige incidenten uitgelokt door de schepen en advocaat De Vivier tijdens een zitting van het stads-

³⁸ Stadsbestuur van Namen tegen Dupuis (1703-1704), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 4491.

³⁹ Edict van Philippe V van 20 februari 1708 ‘ayant pour objet de faire disparaître les maisons en bois existantes dans la ville de Namur, et statuant, en conséquence, qu’on en rebâtira dix chaque année’.

⁴⁰ Stadsbestuur van Namen tegen Misson en consorten (1719-1720), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 4496 en 397.2.

⁴¹ Goinaux tegen corporation des menuisiers (1753), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 4588.

⁴² Fanoy, Rase, Wéry en Eloy tegen gilde van de slaggers (na 1755), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 4592. Dicta van 24 januari 1761, 14 augustus 1765 en 4 februari 1768, ARA, GRNM, D, dl. 107, inv.nr. 1043.

⁴³ M. Ronvaux, ‘Communautés rurales dans les appels de Namur au Grand Conseil de Malines (XVIIIe siècle)’, *Annales de la Société Archéologique de Namur*, 2016, 21-56.

bestuur van Namen.⁴⁴ In een even bekende zaak werd de jurisdictie van het Naamse stadsbestuur in twijfel getrokken en dat leidde tot een echte krachtmeting met de Raad van Namen. Die zaak liep tien jaar, resulteerde in veel *dicta*, en de onderdelen van het dossier zijn verspreid in tal van archiefnummers.⁴⁵ Die zaak begon in augustus 1716, toen het Hof van Namen een dienstster, Jeanne Servais, veroordeelde tot drie maanden gevangenis en verbanning voor het leven voor diefstal uit het sterfhuis van haar meester Jacques Burlet. De vrouw werd daarna onschuldig verklaard door de Raad van Namen, en een onwaarschijnlijke opeenvolging van twistpunten begon, zowel tussen de twee hoven als tussen de partijen van het drama.

In een geschil over de inningen van de *gabelle* in Naninne en Dave en de daarmee gepaard gaande betwiste eigendom van deze dorpen in de buitenwijken van Namen, kwamen het stadsbestuur en de lokale heer herhaaldelijk tegenover elkaar te staan, in een procedure die duurde van 1741 tot 1758.⁴⁶ Het geschil was bekend, maar het dossier bevat wel nieuwe informatie over het burggraafschap van Dave.

Andere geschillen met een vrij kleine inzet maar een bijna romantisch karakter gaven aanleiding tot bijzondere procedures. De opvolging van Jean François Renard, de priester van Falisolle, brengt een rijke man met een liederlijke levensstijl ten tonele samen met een meisje met een omstreden identiteit, zijn vermeende peetdochter. De procedure, waarbij sprake was van verduistering uit de kamer van een stervende man, sleepte dertig jaar aan in Namen en Mechelen.⁴⁷ De meest verbazingwekkende zaak is wellicht het proces gevoerd tussen 1717 en 1726 door priester Joseph de Marneffe, die te gast was in het hotel *De Witte Schapen* van een zekere Chenu in Hemptinne. De priester werd ervan beschuldigd zijn rekeningen niet te betalen en werd opgesloten, terwijl zijn goederen in beslag werden genomen. Hij rustte niet voordat zijn naam gezuiverd werd, en dagvaardde de herbergier, de burgemeester, de schepenen en zelfs de agenten die hem hadden aangehouden. Hij aarzelde zelfs niet om zijn pleidooien te laten drukken. De zaak genereerde een onvoorstelbare hoeveelheid documenten. De priester won uiteindelijk van iedereen en dreef het zelfs tot de publicatie van een gedrukte publieke verontschuldiging.

Bekende figuren uit die tijd kwamen soms in een ongewoon daglicht te staan bijvoorbeeld door de aanwezigheid van handschriften, onder meer van François Joseph Galliot (1735-1789), een bekende historicus. De dossiers bevatten niet enkel processtukken en pleidooien van advocaten, maar ook vele specifieke, interessante elementen voor uiteenlopende onderzoeken: ondervragingen, fiscale registers, boeken van handelaars, enzo-

44 D'Hinslin tegen De Vivier (1719-1729), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 3975 en 397.3; ARA, GRNM, D, dl. 107, inv.nr. 1035.

45 Burlet tegen Servais en d'Hinslin (1717-1726), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 4022, 4566, 131.2, 388.7, 390.1, 391.1, 392.1, 393.1, 394.1 en 395.1; gelinkt met Burlet tegen Servais en d'Hinslin (1717-1726), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 131.3 en 390.3.

46 De Vignacourt tegen stadsbestuur van Namen (1741-1758), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 4528, 4591 en 483; *Dicta* van 13 juli 1739, 20 mei 1752 en 27 februari 1758, ARA, GRNM, D, dl. 107, inv.nrs. 1040 en 1042; zie ook de beslissing van 15 januari 1728 in een vorige procedure: ARA, GRNM, D, dl. 107, inv.nr. 1038.

47 Dumont tegen Renard et consoorten (1717-1726), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 4181, 4182, 4183, 4184, 199.3, 295.4 en 363.14.

voort. Het geschil tussen twee textielhandelaars zorgde zelfs voor twee perfect bewaarde textielstalen. Kunsthistorici kunnen er ongepubliceerde plannen voor kerken of gebouwen terugvinden, en talrijke geografische kaarten en plannen, waarvan sommige onder meer de geschiedenis van de mijnbouw in Charleroi illustreren.⁴⁸

9 De rechtspraktijk

De archieven van de Naamse appèldossiers brengen vanuit rechtshistorisch oogpunt niets revolutionairs aan het licht: er zijn relatief weinig zaken met een originele juridische inhoud, en bovendien preciseren deze vooral bestaand recht in plaats van het te wijzigen. Het gewoonterecht bleef het absolute referentiepunt en speelde een leidende rol. Het gewoonterecht ging nog vaak voor op nieuwe regelgeving, die eerder als aanvulling gold. De eerste prioriteit was steeds het bewijzen van oud – geschreven of ongeschreven – gewoonterecht. Bij gebrek aan bewezen lokale gewoonten werden soms gewoonten uit verafgelegen streken aangehaald. Deze speurtocht naar oude rechtsgebruiken kon uitmonden in een onderzoek door turben of andere gerechtelijke onderzoeken. Deze, uitgevoerd op de plaats van het geschil, konden ook in beroep verzocht worden, hoewel ze daar veel zeldzamer waren dan in eerste aanleg. Vooral het onderzoek door turben was zeldzaam geworden sinds het op schrift stellen van het gewoonterecht. Het (geleerde) Romeinse recht werd regelmatig ingeroepen als een rechtsvraag daar aanleiding toe gaf. De geschriften van moderne geleerde juristen werden veelvuldig en vaak eenzijdig aangehaald, soms met beperkte relevantie, en regelmatig door een citaat ‘uit tweede hand’. Naast de ‘grote klassieken’ van de Zuidelijke Nederlanden (Charles de Méan, Pieter Stockmans, Paulus Christinaeus), worden honderden rechtsgeleerden uit heel Europa geciteerd, van de middeleeuwen tot de toenmalige tijd, met een duidelijke voorkeur voor Johannes Voet, Antoine Favre en Andreas Gail. Ook beroepen de procespartijen zich vaak op de bijbel als rechtsbron.

Tegelijkertijd begon regelgeving door overheden een steeds grotere rol te spelen. Van 1751 tot de Revolutie treden 67 edicten en bevelen in werking in Namen. Dat is drie keer zo veel als in de eerste helft van de achttiende eeuw. De lange regeerperiode van Maria Theresia is duidelijk gemarkeerd door de publicatie van een reeks verordeningen aangaande de kerk: edicten over de verkoop van activa, de sanctie van misbruik in verband met ‘dode hand’, verplichtingen van begunstigden van tienden, tot en met het verbod van de jezuïetenorde. Deze nieuwe regels leken probleemloos geïntegreerd te worden in de juridische praktijk en gaven slechts marginale interpretatieproblemen.

De advocaten hadden veelal een gelijkaardige werkwijze. Ze verwezen bijvoorbeeld naar dezelfde rechtsbronnen. Ook een opeenstapeling van verwijzingen ter ondersteuning van hun standpunt is de regel. Procederende partijen waren er systematisch naar

⁴⁸ De Marneffe tegen Gillard, Jaumin, Sprumont en consoorten, en Mattagne (1717-1726), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 3977, 4481, 114.1, 115.1, 116.1, 117.1, 126.1, 127.1, 129.1, 129.2, 130.3 en 306.6.

op zoek om hun tegenstander en diens advocaat in diskrediet te brengen. Ze schetsten hun kwade trouw of oneerlijkheid en trokken hun mentale toestand in twijfel in termen die tegenwoordig ondenkbaar zijn. Ze produceerden lange lijsten met argumenten, soms honderden pagina's lang. Deze schitteren zelden door structuur of transparantie. Herhalingen, een warrige opbouw en lange uitweidingen zijn eerder de regel, alsof het erop aankwam de tegenstander in de massa te doen verdrinken. Eén van de talrijke voorbeelden: om zijn heerlijke rechten en titel als heer 'van Boninne' in plaats van 'in Boninne' te rechtvaardigen, schreef raadsman Pierre Paul de Gaiffier een 'avertissement' van 548 punten.⁴⁹ Processtukken, pleidooien, adviezen, rechtsmotieven, feitelijke en rechtsafleidingen werden bovendien soms gedrukt, ondanks de proclamatie van Maria Theresa uit 1775, om deze praktijk te beteugelen.

10 Uitgebreide sententies

Een uitgebreide sententie, opgesteld door de griffier of diens ondergeschikte op basis van de processtukken, herlezen en eventueel gecorrigeerd door de *magistrat rapporteur*, bevat de identificatie en de functie van de partijen in het geschil, de samenvatting van de procedure, de belangrijkste argumenten van de partijen en de beslissing zelf. Een uitgebreide sententie was de uitzondering en kwam ten laste van diegene die deze had aangevraagd, in principe dus diegene die het proces gewonnen had. Deze wilde namelijk een overtuigend bewijs in handen hebben voor zichzelf en zijn toekomstige erfgenamen.⁵⁰ De juridische motivering bleef beperkt (een verplichting om beslissingen te motiveren bestond niet) maar kon worden afgeleid uit de feitelijke en juridische argumenten van de winnende partij. De beraadslaging was geheim en mogelijke meningsverschillen tussen rechters werden niet weergegeven.

De uitgebreide sententies zijn bijna volledig bewaard gebleven, met uitzondering van die van de laatste twintig jaar van de achttiende eeuw, zoals vastgesteld door Verscuren.⁵¹ Hun aantal voor de appèldossiers vanuit Namen is zeer laag: vier voor de hele achttiende eeuw. Dit is erg weinig, zelfs al vormden uitgebreide sententies de uitzondering, want, hoewel die praktijk al in verval was,⁵² publiceerde de Grote Raad er nog 280 tussen 1693 en 1772. Moeten we hieruit afleiden dat de Naamse justitiabelen bijzonder zuinig waren of weinig behoefte hadden aan een veilige titel? Bovendien lijken drie van die vier uitspraken weinig juridische of historische waarde te hebben en alleen de wens van een explicie-

49 De Gaiffier tegen Stadsbestuur van Namen (1735-1745), ARA, GRNM, BN, inv.nr. 4521.

50 A. Wijffels, 'Grand Conseil de Malines: la rédaction des sentences étendues et le recueil de jurisprudence de Guillaume de Gysperre', in: A. Wijffels (red.), *Case Law in the Making, The Techniques and Methods of judicial Records and Law Reports*, Bellingham, 1997, 302.

51 A. Verscuren, *Nadere toegang op de geëxtendeerde sententies van de Grote Raad van Mechelen 1693-1772*, Brussel, 2013, 183.

52 Over deze daling, zie: S. Michel, 'Les 'arrêts étendus' du parlement de Flandre: étude d'une spécificité juridique locale', *Revue du Nord*, 2009, 745-761.

te titel voor de toekomst moet die justitiabelen gemotiveerd hebben. De eerste uitgebreide sententie betreft een puur procedureel geschil. Doel was het stadsbestuur van Namen te dwingen om een aantal van zijn registers te deponeren bij de griffie van de Raad van Namen.⁵³ De tweede betrof een boete opgelegd aan een kastenmaker door het gilde van timmerlieden, omdat hij een trap had gebouwd.⁵⁴ De derde betrof de toekenning van de pastorie van Thisnes.⁵⁵ Alleen de vierde zaak waarvan de processtukken bewaard bleven, heeft ondanks haar alledaagse onderwerp (de geldigheid van een rentebeding) enige juridische waarde.⁵⁶ De beslissing, gebaseerd op een onderzoek door turben, zou zelfs nog in de volgende eeuw voor commentaar zorgen.⁵⁷ Met uitzondering van dit geïsoleerde geval dragen de beslissingen van de Grote Raad van Mechelen uit de achttiende eeuw weinig bij aan de kennis van het oude Naamse recht. Het is ook duidelijk dat de uitgebreide sententies voor Namen nooit de rol van een 'interpretatief decreet' speelde, die Verscuren suggereert.⁵⁸

II De dicta

Het dictum, de kort en bondig geschreven beslissing, identificeert de partijen en geeft de beslissing weer. Het onderwerp wordt niet weergegeven, maar kan soms worden afgeleid uit de instructies van de rechters voor de uitvoering van hun beslissing. De dicta⁵⁹ met betrekking tot de achttiende eeuw zijn verzameld in zeventien grote registers in het Rijksarchief.⁶⁰ Ze zijn weinig onderzocht, want hun informatieve waarde is klein. Van 1700 tot 1794 zijn 9457 uitspraken geregistreerd, waarvan er 6352 definitieve oordelen zijn. Voor dit artikel zijn deze registers volledig doorgenomen in een poging om ze met al geïnventariseerde Naamse appèldossiers in verband te brengen, hetgeen nog niet eerder gedaan was. Omdat de appèldossiers, enkele uitzonderingen daargelaten, geen enkele aanwijzing omtrent hun afloop bevatten, leek dit de enige manier om bepaalde ontwikkelingen in de rechtspraak te onderscheiden. In dit onderzoek werden 366 'Naamse' beslissingen geïdentificeerd, inclusief 61 tussenvonnissen zonder een definitieve uitspraak.

53 Stadsbestuur van Namen, tussenkomenende voor zijn sergeant, Jean Piret (appellant) tegen Henri Auguste, heer de Dave et graaf van Laroche (geïntimeerde), ARA, GRNM, Geëxtendeerde sententies (GS), inv.nr. 973, fol. 625-634 (15 januari 1728). Appel wordt verworpen.

54 Gilde van de timmerlieden, dakwerkers en pontonniers (appellant) tegen gilde van de schrijnwerkers tussenkomenende voor Nicolas Cabareau, lid van het gilde (geïntimeerde), ARA, GRNM, GS, inv.nr. 975, fol. 19-146 (23 juni 1736). Appel wordt verworpen en Naamse beslissing van 17 maart 1730 bevestigd.

55 Provoost, decaan en kapittel van Andenne tussenkomenende voor Gilles Malherbe (appellant) tegen Artesfaculteit van Leuven tussenkomenende voor Jean Pierre Smouts (geïntimeerde), ARA, GRNM, GS, inv.nr. 976, fol. 352-435 (29 maart 1760). De Grote Raad hervormt de beslissing van de Raad van Namen van 28 april 1757.

56 Kapittel van Saint-Aubain tegen De Suenne (1728-1730), ARA, GRNM, BN, inv.nrs. 144.4, 145.5 en 412.04.

57 Zie namelijk de publicatie van turbenonderzoeken door: J. Grandgagnage, *Coutumes de Namur et Coutumes de Philippeville*, I, Brussel, 1869, 227 en 235.

58 Verscuren, *Nadere toegang*, II.

59 Terwijl oude documenten spreken over dictums, wat het Latijnse woord verfranst, wordt nu bij voorkeur dicta gebruikt.

60 ARA, GRNM, D, inv.nrs. 1029-1045.

De activiteit van de Grote Raad met betrekking tot Namen is dus gering. ‘Naamse’ *dicta* vertegenwoordigen slechts 3,9 procent van het totaal. Dit geringe percentage is echter vergelijkbaar met de fiscale bijdrage van de provincie Namen aan de financiën van de Zuidelijke Nederlanden. Het kleine aantal *dicta* is wel weer verrassend in vergelijking met het totaal van de Naamse *appèl*procedures dat bij de Grote Raad aanhangig werd gemaakt: kennelijk leidden slechts 27,3 procent van de aangespannen procedures tot een uitspraak (366 van de 1340) en enkel 22,8 procent tot een definitieve beslissing (305 van de 1340). Dit zou betekenen dat slechts in een verrassend klein aantal Naamse *appèl*procedures een definitieve beslissing werd bereikt. Dit kan enigszins genuanceerd worden door een vergelijking met de distributieregisters. De distributie of toekenning van het dossier aan een *magistrat rapporteur* gebeurde pas in een vrij laat stadium van de beroepsprocedure, namelijk na de officiële toelating om de beroepsprocedure op te starten, de pleidooien, de waarborg door de appellant en de verzending van de documenten bij een geschreven procedure of een uitgebreide instructie bij een mondelinge procedure. Voor de achttiende eeuw heeft Verscuren in de distributieregisters 901 Naamse *appèl*dossiers geïdentificeerd. In ongeveer een derde van de gevallen (439 van 1340) heeft dus kennelijk geen distributie plaats gevonden en deze zaken zijn dus nooit onderworpen aan een inhoudelijke beoordeling. Verbazingwekkender is dat van de 901 toegekende dossiers, er slechts 366 (40,6 procent) sporen in de *dicta* hebben achtergelaten. Waar zijn de andere gedistribueerde *appèl*dossiers gebleven? Het is gebleken dat de registers van de *dicta* sowieso incompleet zijn. Hoewel deze registers chronologisch werden bijgehouden (afgezien van een hiaat ten gevolge van de Brabantse Revolutie), werden niet alle oordelen opgenomen. Ontbrekende beslissingen zijn teruggevonden bij verschillende *arrêtisten*, in commentaren, in de archieven van de Stassart, of op nota’s in procesdossiers zelf. Soms kan uit de processtukken worden opgemaakt dat intrekking van de *appèl*procedure of een minnelijke schikking heeft plaatsgevonden. De Grote Raad stimuleerde bemiddeling en soms werden partijen in een tussenaarrest bevolen om ‘voor een gevolmachtigde te verschijnen om samen een schikking te treffen’. Deze gevallen kunnen echter slechts zeer gedeeltelijk het lage aantal *dicta* in de registers verklaren. Nader onderzoek is hier geboden.

Onder de definitieve *dicta* werd in 33,1 procent van de gevallen het beroep toegewezen en in 66,9 procent verworpen. Twee derde van de *appèls* werd dus verworpen, wat niet verrast naar huidige maatstaven. De uitspraak werd formeel gedaan door de vorst. Verwijzend naar de eerdere beslissing van de Raad van Namen, verklaarde deze dat: ‘*mal avoir été jugé par ceux dudit Conseil, bien appelé par l’appellant*’ of anders dat ‘*bien avoir été jugé par ceux dudit Conseil mal appelé par l’appellant*’, in welk geval deze laatste veroordeeld werd tot een boete voor een *fol appel*, een *appèl* zonder grond. De kosten werden gedragen door de verliezende partij, maar konden gedeeld worden als een beroep gedeeltelijk werd toegewezen. In sommige gevallen stelde de Grote Raad zich niet tevreden met het toewijzen of verwerpen van het beroep, maar ‘behandelt het beroep en doet wat wordt aangeduid te niet en zegt recht door een nieuw vonnis’, al dan niet ten faveure van de appellant. Een

dergelijke beslissing kwam voor als bijvoorbeeld het onderwerp of de omvang van het geschil tijdens de procedure gewijzigd was.

12 Conclusie

De onderzochte beroepsprocedures vanuit Namen bij de Grote Raad van Mechelen geven zowel inzicht in de proces- en rechtspraktijk als in toenmalige sociaaleconomische ontwikkelingen. Het archief geeft een overzicht van mogelijke procedures, vaak ook van langlopende procedures, eerst bij de Raad van Namen en vervolgens bij de Grote Raad, en van evocatieprocedures. De gemiddelde lengte van een beroepsprocedure bij de Grote Raad bedroeg twee jaar en zeven maanden. In beginsel hadden alle sociale klassen toegang tot de hoogste rechterlijke autoriteit van de Zuidelijke Nederlanden, van een eenvoudig dienaar tot hoge edele, en genoten daar een gelijke behandeling. De adel was echter verhoudingsgewijs bij een veel hoger aantal procedures betrokken dan de rest van de bevolking. Overheidsinstanties werden regelmatig als justitiabelen op verschillende terreinen ter verantwoording geroepen. De rechtsstaat lijkt geen holle frase

Het fenomeen van de *great litigation decline* wordt door het huidige archiefonderzoek naar de beroepsprocedures vanuit Namen bevestigd: in de loop van de achttiende eeuw is er inderdaad een matige neerwaartse trend in het aantal beroepsprocedures vanuit Namen. Twee zaken vallen op. Ten eerste, de invloed van politieke gebeurtenissen (Spaanse en Oostenrijkse Successieoorlogen) lijkt veel belangrijker dan deze globale trend. Ten tweede geldt deze tendens net zo sterk, zo niet sterker, voor lokale procedures voor de Raad van Namen. Een eventuele samenhang tussen die achteruitgang en sociaaleconomische veranderingen moet voor Namen nog worden onderzocht. Maar in Namen speelt sowieso nog een ander fenomeen, namelijk de vorstelijke inflatie van edicten in de tweede helft van de achttiende eeuw. Deze edicten reguleerden sommige domeinen van rechtsleven zeer strikt en ook dat kan het aantal rechtszaken hebben gereduceerd.

De vergelijking van de Naamse beroepsdossiers met de registers van de Mechelse *dicta* brengt een nog onopgelost probleem aan het licht: slechts een abnormaal laag aantal beroepsprocedures resulteerde in een bewaarde definitieve beslissing. Ondanks dat de registers van *dicta* onvolledig zijn en dat de Grote Raad sterk aandrong op het bereiken van een minnelijke schikking, dan nog is dit verschil niet volledig verklaard.

De beroepsdossiers vormen een weerspiegeling van het economische en sociale leven van het toenmalige Namen: familiepatrimonium, economisch, landelijk en religieus leven. De periodes van oorlog en buitenlandse bezetting (oorlogen naar aanleiding van de opvolging in Spanje en Oostenrijk) lijken geen merkbare invloed op het privaatrecht zelf te hebben gehad, maar hadden wel hun weerslag op gerechtelijke procedures en leverden ook specifieke rechtszaken op (bijvoorbeeld over schadevergoeding voor belegeringen en opeisingen) Aan het eind van de achttiende eeuw bracht de Brabantse Revolutie

ook zijn eigen geschillen met zich mee, vooral met betrekking tot schadeloosstelling.

Slechts 35 procent van de beroepsprocedures vanuit Namen in Mechelen betrof de stad Namen en zijn voorsteden: de overige steden en plattelandsgemeenschappen waren dus prominent aanwezig. Plattelandsgemeenschappen bleken actieve litiganten, bijzonder bezorgd over de verdediging van de voor hen vitale weide- en bosrechten. Ook de kerk was een zeer actieve institutionele rechtzoekende, en seculiere rechtbanken bepaalden deels het religieuze leven. Ze deden uitspraken over de toekenning van pastorale ambten en over kerkelijke inkomsten, naast het klassieke conflict tussen de begunstigden van tienden en parochies. De aanwezigheid van buitenlandse litiganten wijst erop dat Namen voornamelijk op Luik was gericht (althoewel niet behorend tot Zuidelijke Nederlanden) en Brabant. De inzet van rechtszaken was soms minimaal en niet in verhouding tot de proceskosten: vaak speelde dan de noodzaak om bepaalde rechten voor de toekomst veilig te stellen.

Ten slotte laten de beroepsprocedures vanuit Namen bij de Grote Raad de spanningen zien als gevolg van de toenmalige sociaaleconomische veranderingen. Het platteland werd geconfronteerd met nieuwe landbouwpraktijken, landverdeling en spanningen tussen grote en kleine boeren. De mijnbouwindustrie ontwikkelde zich sterk, vooral in het westen van de provincie, rond Charleroi, en de procesdossiers bieden veel nieuwe historische informatie. Hetzelfde geldt voor de metaalindustrie, actief aan de zijarmen van de Maas, die zich ontwikkelt los van de achteroprakende wereld van de gilden. Ten slotte creëerde de bouw van grote steenwegen – die vóór de Franse invasie van 1792 vanuit Namen al tot 182 kilometer ver de provincie inreikten – nieuwe geschillen die hun weg naar de rechtbank vonden.

Summary

This article is the synthesis of a chapter of a more comprehensive, Belgian francophone, research project on the former private law of Namur. It is based on the inventory carried out by the author of the archives of appeals of the Council of Namur before the Great Council of Malines in the eighteenth century. These rich archives reveal a judicial activity strongly influenced by political events and provides first-hand information on litigiousity. Church, gentry, public authorities and rural communities are active litigants in particular. The article analyses the objectives of the trials, which reflects the context of time, wars, the evolution of economic life and agricultural practices.

Keywords

Private Law, Council of Namur, Great Council of Malines, Procedures of Appeal, Evidence of Ancient Custom

DE ONTWIKKELING VAN HET STRAFRECHTELIJKE BEWIJSRECHT IN NEDERLAND TUSSEN 1750 EN 1870

1 Inleiding

De aandacht in de Nederlandse rechtsgeschiedenis voor de geschiedenis van het strafrecht is in de laatste decennia relatief gering geweest.¹ Sinds de jaren zeventig en tachtig toen, onder anderen, Huussen, Spierenburg en Faber hier onderzoek naar deden zijn er weinig publicaties meer over het strafrecht verschenen. Het relatieve gebrek aan aandacht voor de geschiedenis van het strafrecht blijkt vooral uit een vergelijking met Frankrijk, België en Duitsland waar juist met grote regelmaat publicaties over dit onderwerp verschijnen. Het verschil is ook zichtbaar in het feit dat in al deze landen in het recente verleden een goed overzichtswerk is verschenen over de geschiedenis van het strafrecht terwijl dat in Nederland niet het geval is en met de huidige stand van het onderzoek ook niet goed denkbaar lijkt.² Dit artikel, en het proefschrift in wording waar het op gebaseerd is, proberen bij te dragen aan een hernieuwde interesse voor de geschiedenis van het straf(proces)recht.

Ook de aandacht meer specifiek voor de geschiedenis van het strafrechtelijke bewijsrecht is gering geweest in de laatste decennia. Er zijn slechts enkele werken verschenen die aan dit onderwerp aandacht hebben geschonken, en dan nog vaak slechts zijdelings. Twee belangrijke werken zijn *Bewijsmotivering in strafzaken* (2007) van Dreissen en *“Welk eene natie die de jurij gehad heeft, en ze weder afschaft!”* (1987) van Bossers. Dreissen geeft in haar werk een algemeen overzicht van de discussies die in de negentiende en twintigste eeuw hebben plaats gevonden over het strafrechtelijk bewijsrecht en de bewijsmotivering in strafzaken.³ Zij gaat echter niet in op de vraag hoe het oude bewijsrecht van voor de negentiende eeuw verschilde van het moderne bewijsrecht of hoe deze overgang verklaard kan worden. Bossers gaat hier iets dieper op in, maar concentreert zich hoofdzakelijk op de vraag waarom in Nederland na 1795 de juryrechtspraak in strafzaken niet is ingevoerd terwijl dit in veel omliggende landen wel gebeurde. Hij geeft een beschrijving van de de-

1 Positieve uitzonderingen hierop zijn bijvoorbeeld D.A.J. Overdijk, *De gewoonte is de beste uitleg van de wet*, Leiden, 1999 en W.F. van Hattem, *Non bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel*, Nijmegen, 2012.

2 Zie J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Parijs, 2006; J. Monballyu, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, 2006 en A.M. Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1848. Von der Karolina Karls V. bis zu den Reformen des Vörmars*, Paderborn, 2002. Het werk E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn, 2012, is hier niet goed mee te vergelijken en vormt slechts een beknopte inleiding op de geschiedenis van het strafrecht.

3 Zie W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in Strafzaken*, Den Haag, 2007 en G.F.M. Bossers, *“Welk eene natie die de jurij gehad heeft, en ze weder afschaft!” De jury in de Nederlandse rechtspraak, 1811-1813*, Delft, 1987.

batten die hierover hebben plaatsgevonden, maar tracht niet de overgang van het oude naar het moderne bewijsrecht te beschrijven of verklaren.

Het doel van dit artikel is om een samenvattende beschrijving te geven van de evolutie van het strafrechtelijke bewijsrecht tussen 1750 en 1870 in Nederland. Deze periode zag de overgang van het zogenaamde 'systeem van wettelijke bewijsmiddelen' waarin de rechter gebonden was aan regels die strikt voorschreven wanneer er voldoende bewijs was voor een veroordeling, naar een systeem gebaseerd op de (grotendeels) vrije bewijsbeoordeling door de rechter. Het systeem van wettelijke bewijsmiddelen, dat zich sinds de late middeleeuwen had ontwikkeld, schreef voor dat de rechter slechts mocht veroordelen tot een zware straf indien hij een bekentenis had of de overeenstemmende verklaring van twee betrouwbare getuigen. Circumstantieel bewijs, ook wel *indicia* genoemd, werd sterk gewantrouwd en de meeste commentatoren hielden vast aan de leer dat *indicia* nooit een vol bewijs (een *probatio plena*) konden bewerkstelligen. Wanneer er sterk incriminerend bewijs was maar geen vol bewijs, kon de verdachte tot de pijnbank veroordeeld worden om alsnog een bekentenis te verkrijgen. Dit systeem van bewijsregels heeft tot het einde van de achttiende eeuw gegolden en in sommige gebieden zelfs tot in de negentiende eeuw.

Tussen ruwweg 1750 en 1870 werden de bewijsregels in toenemende mate versoepeld en mochten juryleden of professionele rechters oordelen naar hun vrij gevormde innerlijke overtuiging. Naast de opkomst van de vrije bewijsbeoordeling vond een ingrijpende hervorming van het strafprocesrecht plaats waarin de verdachte veel sterkere verdedigingsrechten kreeg, onder andere het recht om zichzelf niet te incrimineren. De hypothese van dit artikel is dat deze hervormingen vooral verklaard kunnen worden door de combinatie van een verandering in het epistemologische en in het politiek-constitutionele discours van de zeventiende en achttiende eeuw. De eerste verandering behelsde het verlaten van de laatmiddeleeuwse Aristotelische epistemologie en de opkomst van een probabilistische conceptie van kennis. De verandering in het politiek-constitutionele discours bestond uit een heroverweging van de relatie tussen de staat en de burger gebaseerd op de nieuwe natuurrechtelijke ideeën en sociale contract-theorieën die in de zeventiende en achttiende eeuw werden ontwikkeld.

Dit artikel valt in drie delen uiteen. In paragraaf twee zal eerst een beschrijving worden gegeven van het systeem van wettelijke bewijsmiddelen. In paragraaf drie wordt uitgelegd waarin de veranderingen in het epistemologische en politiek-constitutionele discours bestonden en hoe deze het strafrechtelijke bewijsrecht beïnvloedden. Vervolgens wordt in paragraaf vier een beschrijving gegeven van de evoluties van het strafrechtelijke bewijsrecht in Nederland tussen 1750 en 1870. Een vergelijking zal waar nodig gemaakt worden met de ontwikkelingen in Frankrijk en Duitsland, omdat de ontwikkeling in Nederland vaak sterk beïnvloed werd door buitenlandse ontwikkelingen. De evolutie van het strafrechtelijk bewijsrecht wordt in nauwe samenhang met de ontwikkeling van het moderne strafprocesrecht behandeld omdat de veranderingen in het bewijsrecht niet goed los te zien zijn van het veranderende procedurele kader.

2 Het systeem van wettelijke bewijsmiddelen en de inquisitoire procedure

Het systeem van wettelijke bewijsmiddelen en de inquisitoire procedure zijn tot ontwikkeling gekomen in het Romeins-canonieke recht tussen ruwweg de twaalfde en de veertiende eeuw op het Italiaanse schiereiland en het werd in de loop van de late middeleeuwen door andere delen van continentaal Europa gerecipieerd. De ontwikkeling hiervan viel samen met de groei van sterkere gezagsstructuren – in de vorm van de steden, de vorsten en de kerk – en de opkomst van een bestraffende overheidsjustitie. Vanaf het ontstaan van de inquisitoire procedure was het uitgangspunt dat iemand alleen bestraft mocht worden als was vastgesteld dat de verdachte het misdrijf daadwerkelijk had begaan. De waarheid (*veritas*) moest worden vastgesteld. De vraag was echter hoe dit begrip ingevuld moest worden. Omdat het in potentie om een zeer zware lijfstraf of de doodstraf ging, werd een hoge mate van zekerheid vereist. Een veel herhaalde frase was dat het bewijs helderder moest zijn dan het licht van de middagzon (*in criminalibus, debent esse probationes luce meridiana clariores*).⁴

2.1 Het systeem van de wettelijke bewijsmiddelen

Deze bewijseis werd ingevuld in de juridische literatuur tussen de twaalfde en veertiende eeuw. Onder meer aan de hand van passages uit de Bijbel en het Romeinse recht werd een systeem van regels gevormd dat *a priori* vastlegde wanneer er een vol bewijs (*probatio plena*) was op basis waarvan een zware straf kon worden opgelegd. Dit systeem van regels zou vrijwel overal in continentaal Europa blijven gelden tot het einde van de achttiende eeuw en staat in de literatuur bekend als het systeem van de wettelijke bewijsmiddelen. De belangrijkste regel was dat er in principe alleen een vol bewijs was wanneer er twee betrouwbare ooggetuigen waren of een geloofwaardige bekentenis.⁵ Circumstantieel bewijs (*indicia*) werd sterk gewantwoord en de meeste juristen stelden dat *indicia* nooit sterk genoeg konden zijn om een vol bewijs te maken. Ooggetuigen en de bekentenis werden geacht het misdrijf ‘direct’ te bewijzen, terwijl *indicia* slechts indirect werkten. Hierbij moest de rechter namelijk nog van een bekend circumstantieel feit naar het misdrijf redeneren. Overigens had de bekentenis een aparte en hogere status binnen de categorie van *probatio plena*. De bekentenis werd als verreweg de meest zekere bewijsvorm gezien en had daarom het belangrijke additionele procedurele effect dat met een meer summie-re procedure kon worden volstaan en dat de verdachte geen recht op hoger beroep had.⁶

4 Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 194.

5 Hierbij moet worden bedacht dat er ook een uitgebreid systeem van regels bestond dat bepaalde welke categorieën van personen als volwaardige en ‘betrouwbare’ getuigen konden optreden, zie B. Schnapper, ‘Testes inhabiles. Les temoins reprochables dans l’ancien droit pénal’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1965, 575-616.

6 J.Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age, depuis la Renaissance du droit Romain jusqu’à la fin du XIV siècle*, Parijs, 1939, 32-61.

Het is licht voor te stellen dat er veel misdrijven voorkwamen waarbij er geen twee ooggetuigen waren en de verdachte weigerde te bekennen terwijl er wel sterk incriminerend (circumstantieel) bewijs was. In een dergelijke situatie stonden er in principe twee mogelijkheden open voor de rechter. In de eerste plaats was er de mogelijkheid voor de rechter om tot de tortuur over te gaan teneinde alsnog een bekentenis te verkrijgen. De tortuur was een instrument dat strikt gereguleerd was in de juridische literatuur. Het werd binnen de kaders van het wettelijk bewijssysteem als een gevaarlijk doch noodzakelijk middel gezien om te zorgen dat ernstige misdrijven niet onbestraft bleven. De tortuur kon alleen worden toegepast wanneer er zeer sterke aanwijzingen waren, maar geen *probatio plena*. Als de tortuur werd toegepast op basis van te zwak bewijs, dan was de verkregen bekentenis ongeldig. Indien de verdachte onder de marteling bekende, moest hij deze vervolgens vrijwillig ‘buiten banden van ijzer’ voor de rechter herhalen. Deze vrijwilligheid was echter illusoir omdat de verdachte opnieuw ter tortuur gesteld kon worden als hij weigerde zijn bekentenis te herhalen.⁷

Naast de optie van de tortuur had de rechter de mogelijkheid om een minder zware ‘extraordinaire’ straf op te leggen. Een belangrijk kenmerk van het strafrecht tussen de late middeleeuwen en de achttiende eeuw was dat er de facto een veel minder strikt onderscheid was tussen de uitspraken schuldig en onschuldig. Er bestond een scala van mogelijke einduitspraken die gekoppeld waren aan de kracht van het incriminerende bewijs. De nadruk lag in de juridische literatuur op het beschrijven van de vereisten voor een *probatio plena* die het mogelijk maakten om een zware lijfstraf of de doodstraf op te leggen. Wanneer er echter sterk maar minder dan een vol bewijs was, kon de rechter een minder zware straf opleggen. De rechter kon zelfs nog een extraordinaire straf opleggen als de verdachte de pijnbank had doorstaan zonder te bekennen. Het beoordelen van het bewijs en het bepalen van de zwaarte van de straf was aan de discretie van de rechter overgelaten. In de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden nam de extraordinaire straf vaak de vorm aan van een verbanning of opsluiting in een tuchthuis. Was er nog minder sterk bewijs aanwezig, dan kon de rechter een *absolutio ab instantia* uitspreken. Dit hield in dat de verdachte in vrijheid werd gesteld maar dat de zaak op ieder moment heropend kon worden. Pas bij zeer zwak bewijs werd een volledige vrijspraak uitgesproken. De mogelijkheid tot deze tussenuitspraken vormde tot op zekere hoogte een correctie op ofwel flexibilisering van de rigide bewijsvereisten voor een *probatio plena*.⁸ In de Duitse literatuur wordt de extraordinaire straf vaak aangeduid als *Verdachtstrafe* omdat in een zekere zin de verdachte bestraft werd voor een sterke verdenking van schuld.⁹

7 M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Keulen, 2000, 254-267.

8 G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno*, Napels, 1987, 18-25.

9 Zie bijvoorbeeld B. Thäle, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, 1993.



Penseeltekening van de Jacobijner- of Galgendwinger in Groningen, die als gerechtsplaats en lijnbaan dienst deed, door J. Butlhuis, 1772. Op de achtergrond staat de galg. Groningen, Groninger Museum.

2.2 De inquisitoire procedure

De inquisitoire procedure tussen de late middeleeuwen en het einde van de achttiende eeuw wordt veelal omschreven als geheim en schriftelijk. De inquisitoire procedure was geheim in de zin dat de verdachte weinig tot geen inzicht kreeg in het belastende bewijsmateriaal en omdat hij normaal gesproken niet in kennis werd gesteld van hetgeen waarvoor hij vervolgd werd. Überhaupt was er niet zoets als een strikte gebondenheid aan een tenlastelegging of materieelrechtelijke bepalingen en had de rechter een grote vrijheid om de verdachte voor een ander delict te veroordelen dan waarvoor hij wellicht in eerste instantie vervolgd werd. In de inquisitoire procedure had de verdachte over het algemeen geen recht om gebruik te maken van juridische bijstand. Het schriftelijke karakter hield in dat het gerechtelijke college dat de beslissing nam dit vaak uitsluitend deed op basis van geschreven stukken uit een dossier dat door de ‘onderzoeksrechter’ was opgesteld. Ook hierin bestonden niettemin belangrijke regionale verschillen.

De verdachte was, veel meer dan in het huidige strafprocesrecht, een object van onderzoek dat slechts zeer beperkte rechten had om zich te verdedigen. De inquisitoire procedure was in grote mate ingericht op het verkrijgen van de bekentenis van de verdachte. Dit

is bijvoorbeeld goed te zien in de provincie Holland in de zeventiende en achttiende eeuw. In afwijking van de gemeenrechtelijke doctrine en wat elders in de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden (en in de Zuidelijke Nederlanden) gebruikelijk was, werd in Holland aangenomen dat een zware lijfstraf of de doodstraf alleen opgelegd kon worden op basis van een bekentenis en dus zelfs niet op basis van de verklaring van twee ooggetuigen. De inquisitoire procedure werd door Hollandse auteurs dan ook letterlijk omschreven als ‘procederen op de confessie’.¹⁰

In deze context werd veel van de rechter verwacht. Over hem werd gesteld dat hij de drievoudige rol moest vervullen van aanklager, rechter en ook verdediger van de verdachte. Hij moest niet alleen een bekentenis zien te verkrijgen maar actief onderzoeken wat er gebeurd was en ook de disculperende verklaringen van de verdachte serieus nemen. Indien de rechter geen bekentenis verkreeg maar er wel sterk incriminerend bewijs was, dan had de rechter in de inquisitoire procedure uiteraard nog wel de mogelijkheid om een minder zware extraordinaire straf op te leggen.¹¹

3 Het epistemologisch en politiek-constitutioneel discours

3.1 De verandering in het epistemologisch discours

In het strafrechtelijk bewijsrecht gaat het om het vaststellen van de (historische) waarheid en het zal weinig verbazing wekken dat algemene epistemologische ideeën over wat waarheid is en hoe deze vastgesteld kan worden een grote invloed uitoefenen op het strafrechtelijke bewijsrecht. In de late middeleeuwen werd uitgegaan van een absoluut begrip van waarheid dat was gemodelleerd naar Aristoteles’ idee van *scientia*. Echte kennis was kennis die noodzakelijk en onveranderlijk waar was en die deductief gedemonstreerd kon worden. De sfeer van kennis ofwel *scientia* werd gecontrasteerd met *opinio*, de sfeer van meningen.¹² Het strikte onderscheid dat in de laatmiddeleeuwse Aristotelische epistemologie werd gemaakt tussen *scientia* en *opinio* werd tot op zekere hoogte gereproduceerd in het systeem van wettelijke bewijsmiddelen.

Juist vanwege de potentieel ingrijpende gevolgen van het strafrechtelijke vonnis werd een zeer hoge mate van zekerheid vereist voor een strafrechtelijke veroordeling en deze zekerheid werd gemodelleerd naar het epistemische ideaal van *scientia*. De enkele onzekere mening of overtuiging was niet afdoende om een dergelijk oordeel te dragen.¹³

¹⁰ Zie bijvoorbeeld S. van Leeuwen, *Het Roomsche-Hollandsche-Recht*, Leiden, 1664, 504-511.

¹¹ Over het idee van de rechter als drievoudig persoon in de inquisitoire procedure, zie W. Küper, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, Berlijn, 1967, 179-183

¹² Over het begrip *Scientia* zie R. Pasnau, ‘Medieval social epistemology: *Scientia* for mere mortals’, *Episteme*, 2007, 23-41 and R. Pasnau, ‘Science and Certainty’, in: R. Pasnau (red.), *The Cambridge History of Medieval Philosophy*. Volume 1, Cambridge, 2010, 357-368.

¹³ I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell’età medievale e moderna*, Milaan, 1995, 64-65.

Het is in deze context dat een systeem van regels werd gecreëerd op basis waarvan in iedere zaak gedemonstreerd kon worden wanneer er voldoende bewijs (*probatio plena*) was voor een veroordeling. De reproductie van het onderscheid tussen *scientia* en *opinio* is met name te zien in het centrale onderscheid dat in het systeem van wettelijke bewijsmiddelen werd gemaakt tussen *probationes* en *praesumptiones*.¹⁴ De bekentenis en de verklaring van ooggetuigen werden geacht het misdrijf ‘direct’ te bewijzen en daarom een zeer hoge graad van zekerheid te bewerkstelligen. Zij werden als *probationes* gezien. Circumstantieel bewijs kon alleen *praesumptiones* opleveren. *Indicia* vielen met andere woorden in de sfeer van *opinio*, leverden slechts vermoedens op en konden volgens de *communis opinio* derhalve nooit een vol bewijs opleveren.

De innerlijke overtuiging van de rechter en zijn ‘subjectieve’ beoordeling werden op deze wijze vrijwel uitgesloten. De rechter moest op een deductieve wijze te werk gaan vanuit de algemene bewijsregels. Het is overigens niet zo dat het idee van de overtuiging of het geweten helemaal geen rol speelde, maar de overtuiging van de rechter had geen constitutieve betekenis voor de vraag of veroordeeld moest worden. Zo concludeert Schmoeckel bijvoorbeeld ook dat het geweten of de overtuiging als subjectief gevoel weliswaar bekend was in de late middeleeuwen maar dat hier in de context van het strafrechtelijk bewijsrecht weinig tot geen waarde aan gehecht werd.¹⁵

In de zeventiende en achttiende eeuw vond vervolgens een ingrijpende verandering plaats in de epistemologie die van grote invloed zou zijn op het strafrechtelijke bewijsrecht. Van belang in het algemeen waren de ontwikkelingen in de natuurwetenschappen en de opkomst van een meer empirische, inductieve onderzoeksmethode. Shapiro en Hacking hebben goed beschreven hoe het moderne waarschijnlijkheidsbegrip opkwam en hoe in deze periode de traditionele dichotomie tussen *scientia* en *opinio* vervangen begon te worden door het idee dat kennisvormen veeleer een glijdende schaal vormen van graden van waarschijnlijkheid. Demonstratieve en *a priori* ware kennis die mogelijk was in bijvoorbeeld de wiskunde werd nu sterk gecontrasteerd met (empirische) kennis over het verleden en menselijke aangelegenheden die altijd slechts approximatief kon zijn en verschillende gradaties van waarschijnlijkheid kon bevatten.¹⁶

Deze verandering in het epistemologische discours werd overgenomen door juristen in de achttiende en negentiende eeuw en leidde tot twee belangrijke ontwikkelingen in het strafrechtelijk bewijsrecht. De eerste verandering hield in dat het traditionele taalge-

¹⁴ Over het belang van dit onderscheid zie Lévy, *La hiérarchie des preuves*, 26-31.

¹⁵ In Schmoeckels woorden: ‘Das Gewissen als rein subjektives Gefühl einer Wahrheit war zwar bekannt, aber nicht geachtet. Das Gewissen stellte nur dann eine Autorität dar, wenn es mit den objektiven Tatsachen übereinstimmte. Auf die Situation des Strafrichters übertragen war seine Überzeugung unmaßgeblich, solange sie nur auf einer subjektiven Überzeugung beruhte. Erheblich wurde sie erst, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorlagen’, zie Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, 285-290. Carbasse gaat nog verder en stelt dat de subjectieve overtuiging van de rechter zelfs helemaal geen rol speelde: ‘il doit donc se garder de toute impression personnelle et son intime conviction, comme on dira beaucoup plus tard ... n’a aucune valeur’, zie Carbasse, *Histoire du droit pénal*, 195.

¹⁶ Over de opkomst van het moderne waarschijnlijkheidsbegrip zie I. Hacking, *The Emergence of Probability: A Philosophical study of Early Ideas about Probability, Induction and Statistical Inference*, Londen, 1975 en B. Shapiro, *Probability and Certainty in Seventeenth-Century England: A study of the Relationship between Natural science, History, Law and Literature*, Princeton, 1983.

bruik waarin gesproken werd van een *probatio plena* en onder welke omstandigheden een vol bewijs aanwezig was, geleidelijk aan werd vervangen door een probabilistische terminologie. Een veel herhaalde uitspraak van juristen in de achttiende en negentiende eeuw werd dat in strafzaken geen absolute of mathematische zekerheid nodig was voor een veroordeling maar slechts ‘morele zekerheid’ (wat de betekenis had van een hoge graad van waarschijnlijkheid).¹⁷ Zo stelde Cesare Beccaria in zijn verhandeling *Over misdaden en straffen*:

De lezer zal opmerken, dat ik op het gebied van het strafrecht de term ‘waarschijnlijkheid’ gebruik, terwijl een misdrijf, om straf te verdienen toch eigenlijk moet vaststaan. Deze schijnbare tegenstelling in de gebruikte terminologie zal nochtans verdwijnen, als men bedenkt, dat strikt genomen de morele zekerheid niets anders is dan een waarschijnlijkheid; maar een waarschijnlijkheid van die aard en graad dat men de gewoonte heeft ze zekerheid te noemen.¹⁸

De tweede verandering was dat door het verdwijnen van het onderscheid tussen *scientia* en *opinio* en de opkomst van een probabilistische conceptie van de waarheid in strafzaken, in toenemende mate de plausibiliteit van het systeem van wettelijke bewijsmiddelen bekritiseerd werd en dat men de vereiste morele zekerheid ging betrekken op de overtuiging van de rechter. De veronderstelling werd dat ieder bewijsmiddel slechts een bepaalde mate van waarschijnlijkheid te weeg kon brengen die afhing van de concrete omstandigheden van het geval en dat de vraag wanneer voldoende bewijs bestond niet in *a priori* regels kon worden vastgelegd. Tegenover het samenstel van regels dat vooraf bepaalde wanneer er voldoende bewijs was voor een veroordeling werd nu gesteld dat slechts morele zekerheid nodig was en het criterium voor deze zekerheid werd de (morele) overtuiging van de rechter. Typerend is in dit opzicht de opmerking van journalist en politicus Brissot de Warville (1754-1793) dat ‘het geleerde recht tevergeefs had gezocht naar een judiciale thermometer die aan kon geven wanneer er voldoende bewijs was, het fundament van een veroordeling kan echter niks anders zijn dan de morele zekerheid’.¹⁹

Het werd niet meer vanzelfsprekend geacht dat alleen twee ooggetuigen of de bekentenis een vol bewijs zouden kunnen creëren. Ieder bewijsmiddel kon in principe een be-

17 Het begrip ‘moreel’ doet hier wellicht wat vreemd aan en is niet gelijk te stellen aan het hedendaagse begrip. Met moreel werd bedoeld dat het ging om menselijke aangelegenheden in tegenstelling tot bijvoorbeeld de wiskunde of natuurwetenschappen. In deze zin worden bijvoorbeeld in het Engels de geesteswetenschappen ook nog wel aangeduid als *moral sciences*.

18 J.M. Michiels, *Cesare Beccaria. Over misdaden en straffen*, Antwerpen, 1982, 62-63. Door in het bijzonder Cogrossi en Shapiro is goed aangetoond dat de overname door juristen – op zowel het continent als in Engeland – van het begrip morele zekerheid en een probabilistische terminologie duidelijk te herleiden is tot een veranderend taalgebruik afkomstig uit een breder epistemologisch discours. Juristen waren hierin niet zozeer origineel maar volgden de ideeën van filosofen zoals Locke, Bayle en Leibniz. Zie C. Cogrossi, *La formazione della probabilità e del concetto di “certezza” giudiziale nei giuristi-filosofi europei fra il XVII e il XVIII secolo*, 1-7, Ebook, 2012 en B.J. Shapiro, “‘To a Moral Certainty’: Theories of Knowledge and Anglo-American Juries 1600-1850”, *Hasting Law Journal*, 1986, 158-174.

19 Schnapper, ‘Testes inhabiles’, 615.

paalde graad van waarschijnlijkheid teweegbrengen en vanuit dit oogpunt was er geen kwalitatief verschil tussen bijvoorbeeld de getuigenverklaring en *indicia*. Ook werd het idee verworpen dat ooggetuigen en de bekentenis het misdrijf direct zouden bewijzen terwijl *indicia* het misdrijf alleen indirect konden bewijzen en daarom onzekerder zou zijn. In deze zin toonde bijvoorbeeld Mittermaier overtuigend aan dat ook bij de bekentenis of een ooggetuige de rechter nog allerlei redeneerstappen moest maken over de betrouwbaarheid en of en in hoeverre de verklaring het misdrijf wel daadwerkelijk bewees. Mittermaier concludeerde dat ooggetuigen en de bekentenis niet fundamenteel verschilden van andere vormen van bewijs en dat het altijd aankwam op een aaneenschakeling van waarschijnlijke conclusies: ‘het is overal slechts een keten van waarschijnlijke gevolgtrekkingen waarop wij onze overtuiging bouwen’.²⁰

Of er voldoende bewijs was voor een veroordeling en of er sprake was van de vereiste zeer hoge graad van waarschijnlijkheid, zo werd nu gesteld, kon uiteindelijk alleen vastgesteld worden door de rechter die alle bewijsmiddelen in het licht van de omstandigheden van het concrete geval moest beoordelen. Met andere woorden, het idee dat het niet mogelijk was om in *a priori* regels aan te geven wanneer er een afdoende hoge mate van waarschijnlijkheid was voor een veroordeling, leidde er toe dat de overtuiging van de rechter (of juryleden) als het centrale criterium werd gepresenteerd voor het beantwoorden van de vraag of er voldoende bewijs was.²¹

Met de centraalstelling van de innerlijke overtuiging rees de vraag hoe deze overtuiging moest worden gezien. Ruwweg twee visies ontstonden hierop vanaf de late achttiende eeuw: de Franse visie van de meer ‘gevoelsmatige’ of instinctieve *conviction intime* en de onder andere in Nederland en Duitsland meer gepropageerde *conviction raisonnée*. De Franse revolutionairen, die vrijwel aan het begin van de revolutie het systeem van wettelijke bewijsregels afschaften en de juryrechtspraak invoerden, stelden de innerlijke overtuiging voor als iets dat min of meer instinctief ofwel gevoelsmatig ontstond bij de presentatie van het bewijs op de terechtzitting en dat niet rationeel beredeneerd kon worden. Het benadrukken van het feit dat dit gevoelsmatig plaatsvond en dat iedereen met een gezond verstand over het bewijs kon oordelen had sterk te maken met het feit dat de Franse revolutionairen de invoering van de juryrechtspraak trachtten te rechtvaardigen. De Franse revolutionairen waren voorstanders van de juryrechtspraak op hoofdzakelijk politiek-constitutionele gronden: zij wantrouwden de professionele magistratuur (de *noblesse de robe*) en zij zagen in de juryrechtspraak een expressie van de soevereiniteit van het volk. Tegen de voorstanders van professionele rechters die argumenteerden dat voor de bewijsbeslissing juridische kennis en training vereist was stelden zij daarom op een enigszins overtrokken en polemische wijze het idee dat de overtuiging meer instinctmatig en niet actief beredeneerd tot stand kwam. Een zeer treffende omschrijving van het Franse

²⁰ K.J.A. Mittermaier, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesses*, Darmstadt, 1834, 402-403.

²¹ A. Padoa-Schioppa, ‘Sur la conscience du juge dans le ius commune Européen’, in: J.M. Carbasse en L. Depambour-Tarride (red.), *La conscience du juge dans la tradition juridique Européenne*, Parijs, 1999, 122-123.

idee van de *conviction intime* werd gegeven door de Nederlandse jurist Meijer in 1819 die op een gelijke wijze voor de juryrechtspraak pleitte. Hij stelde dat het toepassen van de wet het gevolg is van een rationele en weloverwogen gevolgtrekking, terwijl de vaststelling van het feit plaatsvond door de zintuigen en een gevoel dat welhaast instinctief uit de aanschouwing van het mondelinge proces voortvloeit.²²

Tegenover het Franse idee van de *conviction intime* kwam vervolgens in de negentiende eeuw een sterke reactie van onder andere Nederlandse en Duitse auteurs die voorstander waren van professionele rechters en de *conviction raisonnée*. Zij stelden dat het gevaarlijk was om de bewijsbeslissing over te laten aan de subjectieve en onberedeneerde overtuiging. Integendeel, de overtuiging moest een rationele zijn die in overeenstemming was met logica, ervaringsregels en inzichten uit andere wetenschappelijke gebieden. Hoewel onderkend werd dat de rechter grotendeels vrijgelaten moest worden in zijn oordeelsvorming en niet gebonden kon worden aan stringente wettelijke bewijsregels, betekende dit niet dat de louter subjectieve overtuiging nu zou volstaan.

Het verschil in benadering tussen de *conviction intime* en de *conviction raisonnée* komt goed tot uitdrukking in de rol die aan de bewijsmotivering toegedicht begon te worden (voor het einde van de achttiende eeuw werden vonnissen in principe niet gemotiveerd). De voorstanders van de *conviction intime* meenden dat het ontstaan van een overtuiging niet rationeel gereconstrueerd kon worden en stelden dan ook – zoals bij de Franse juryrechtspraak – dat het vonnis niet gemotiveerd moest worden. De voorstanders van de *conviction raisonnée* meenden daarentegen dat, hoewel het ontstaan van de overtuiging nooit precies omschreven kon worden, de overtuiging desalniettemin tot op zekere hoogte rationeel uitgelegd en gerechtvaardigd moest worden. Zij begonnen dan ook in de bewijsmotivering een belangrijke garantie te zien tegen arbitraire vonnissen.

3.2 Politiek-constitutionele veranderingen

Naast de verandering in het epistemologische discours vond een verandering plaats in het politiek-constitutionele discours die een grote impact had op het strafrechtelijke bewijsrecht en het strafprocesrecht. Redenerend vanuit het natuurrecht en het idee van een sociaal contract vond tussen de zeventiende en de negentiende eeuw een ingrijpende heroverweging plaats van hoe de staat zich moest verhouden tot de burger. De macht van de vorst en de sociale hiërarchie werden niet meer vanzelfsprekend als een door god ingestelde orde gezien die onveranderlijk was. Wat betreft het strafprocesrecht werd vanuit deze ideeën zeer kritisch gekeken naar de bestaande inquisitoire procedure en de ingrijpende bevoegdheden die de staat in deze procedure had.

22 In zijn eigen woorden: 'la vivacité des débats, la présence à l'instruction orale, peuvent faire naître cette conviction intime, cette certitude morale qui ne laisse aucun doute sur la vérité; l'application de la loi est le résultat d'une combinaison froide et mûrie par la réflexion; le fait se reconnaît par les sens, par un sentiment qui résulte presque involontairement de l'examen', zie J.D. Meijer, *Esprit, origine et progress des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*. Tom. VI, Parijs, 1823, 368-369 en 437.

Een eerste belangrijk element van het veranderende politiek-constitutionele discours bestond uit het feit dat nu werd benadrukt dat iedereen een natuurlijk streven heeft tot zelfbehoud. Dit gegeven werd normatief opgevat en hieruit werd afgeleid dat het tegen het natuurrecht was om een verdachte te dwingen om aan zijn eigen ondergang mee te werken. Hoewel er al wel oudere voorlopers waren van dit idee, kreeg het in de achttiende eeuw een veel groter belang vanwege de grote invloed die het natuurrecht in deze periode uitoefende. Uit dit gezichtspunt werd het ‘moderne’ *nemo tenetur*-beginsel afgeleid – dat niemand gehouden zou moeten zijn om aan zijn eigen veroordeling mee te werken – en werd verdedigd dat de verdachte een recht heeft om te zwijgen. Het was ook vanuit dit idee dat een van de krachtigste argumenten tegen de rechtmatigheid van de tortuur geput werd. Het was duidelijk tegen het natuurrecht om iemand te martelen zodat hij zou bekennen en aan zijn eigen veroordeling zou bijdragen. Behalve dit belangrijke argument begon de tortuur ook overbodig geacht te worden vanuit een epistemologisch perspectief omdat een afdoende bewijs ook door andere bewijsvormen dan de bekentenis bewerkstelligd kon worden. De kritiek dat de verdachte niet gedwongen moest worden om zichzelf te incrimineren was niet alleen een belangrijk argument tegen de tortuur maar vormde in feite een aanklacht tegen de inquisitoire procedure in het algemeen die hoofdzakelijk gericht was op het verkrijgen van een bekentenis.

Een tweede centraal element uit het veranderende politiek-constitutionele discours was de nieuwe nadruk die gelegd werd op het feit dat het gedrag van de overheid aan regels gebonden moest zijn en de zoektocht naar (constitutionele) garanties tegen een te grote machtsconcentratie en tegen machtsmisbruik. Dit is heel goed te zien in de nieuwe manier waarop het strafproces werd vormgegeven door de Franse revolutionairen. Het idee van Montesquieu om een machtscheiding te creëren om een te grote machtsconcentratie te voorkomen werd in feite gereproduceerd binnen het strafproces. De drievoudige rol van de rechter als aanklager, rechter en verdediger van de belangen van de verdachte werd niet meer aanvaardbaar geacht. Ten eerste werd een veel duidelijkere scheiding aangebracht tussen de rol van de openbaar aanklager en de rechter dan tot dan toe had bestaan. Ten tweede werd de verdachte veel meer tot een ‘gelijkwaardige’ procespartij gemaakt die een veel grotere ruimte kreeg om zichzelf te verdedigen en gebruik te maken van juridische bijstand. De verdachte was niet langer een object van onderzoek maar kreeg hoofdzakelijk de rol om het ontlastende bewijs te presenteren. Een derde functieverdeling die machtsconcentratie tegen moest gaan was de invoering van de juryrechtspraak. Hiermee werd in de gerechtelijke beoordeling een onderscheid gemaakt tussen de juryleden die over de feiten beslisten en de rechters die over het recht beslisten. Een laatste belangrijke garantie die werd ingebouwd tegen potentieel machtsmisbruik was het feit dat de terechtzitting openbaar werd en dat de procesvoering mondeling moest plaatsvinden.

Ten slotte is het van belang om op te merken dat het veranderde politiek-constitutionele discours en het debat over de vormgeving van het bewijsrecht en het strafprocesrecht in sterke mate afhankelijk was van de mate waarin er vertrouwen was in de overheid en

de magistratuur. Het debat in Frankrijk in de tweede helft van de achttiende eeuw werd gedomineerd door een groot wantrouwen in de zittende magistratuur dat gevoed werd door verscheidene gerechtelijke schandalen waarin ogenschijnlijk onschuldige personen veroordeeld werden. Veel hervormers in Frankrijk pleitten voor de invoering van de juryrechtspraak omdat zij een groter vertrouwen hadden in de onpartijdigheid van het volk. In de debatten over de vormgeving van het bewijsrecht en met name over de vraag wie moest oordelen over de feiten speelde het (gebrek aan) vertrouwen in de magistratuur steeds een doorslaggevende rol. Dit was bijvoorbeeld goed te zien in het debat in het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden tussen 1815 en 1830. In de zuidelijke provinciën waar de katholieke en liberale pers veelvuldig zware straffen werden opgelegd, bestond een groot wantrouwen tegenover de overheid – gepersonifieerd in de minister van Justitie van Maanen – en bijgevolg een sterke roep om (herinvoering van) de juryrechtspraak. In de noordelijke provinciën bestond daarentegen een grote mate van vertrouwen in de professionele rechters en een afkeer van de juryrechtspraak.

4 De ontwikkeling van het strafrechtelijke bewijsrecht in Nederland 1750-1870

4.1 De start van een kritisch debat: 1750-1795

In de tweede helft van de achttiende eeuw begon in continentaal Europa een kritisch debat over het bestaande straf(proces)recht. Beccaria en Voltaire gaven in de jaren 1760 een krachtige aanzet tot deze discussie. Met name in Frankrijk werd zowel vanuit een politiek-constitutioneel als vanuit een epistemologisch standpunt het strafrechtelijk bewijsrecht kritisch onder de loep genomen. Tekenend voor het epistemologische perspectief was dat verscheidene auteurs nu ronduit stelden dat het onmogelijk was om in regels vast te leggen wanneer er voldoende bewijs bestond voor een veroordeling in concrete gevallen. Vanuit het politiek-constitutionele perspectief werd de geheime inquisitoire procedure sterk bekritiseerd.

Het grote voorbeeld voor de Franse auteurs in deze periode was het Engelse systeem, waar een openbare, mondelinge rechtspraak bestond met juryrechtspraak. Het politiek-constitutionele discours werd in grote mate gedreven door een wantrouwen tegen de professionele rechters en de regering. Een groot deel van de Franse auteurs pleitte in de tweede helft van de achttiende eeuw voor invoering van juryrechtspraak en openbaarheid van de rechtspleging, juist omdat zij de professionele magistraten wantrouwden en daartegenover de onpartijdigheid van het volk idealiseerden. Aan het begin van de Franse revolutie werd het ingrijpende besluit genomen om het systeem van bewijsregels compleet af te schaffen en de juryrechtspraak in te voeren. Er waren ook geen tussenuitspraken meer mogelijk zoals extraordinaire straffen of een *absolutio ab instantia*. De juryleden moesten uitsluitend na het volgen van de openbare, mondelinge beraadslagingen bij zichzelf de

vraag beantwoorden: ‘*Avez-vous un intime conviction?*’.²³ Alleen op basis van deze innerlijke overtuiging was het mogelijk om vrij te spreken of te veroordelen.

Ook in de Republiek werden Beccaria en Voltaire gelezen en vond in de tweede helft van de achttiende eeuw een vernieuwende discussie over het strafrecht plaats. De vanzelfsprekendheid van het gezag van auteurs als Farinacius, Clarus en Carpzov was verdwenen en het strafrecht als geheel werd kritisch onder de loep genomen. Er werd kritiek geleverd op de volgens velen te wrede straffen en, bijvoorbeeld, op het feit dat burgers niet eens bekend konden worden met de strafbepalingen omdat deze veelal in het Latijn geschreven waren. Vele verlichte denkbeelden ten opzichte van het strafrecht vonden ook in de Republiek ingang, maar de discussie was veel minder radicaal van toon dan in Frankrijk. In de Nederlandse discussie vond in deze periode geen vergelijking plaats met het Engelse procesrecht en geen auteur pleitte voor de invoering van een openbaar, mondeling proces of voor de juryrechtspraak. Dergelijke radicale ideeën waren nog vrijwel geheel afwezig in de Nederlandse discussie.

Wat het strafrechtelijk bewijsrecht betreft, concentreerde de discussie zich in deze periode nog hoofdzakelijk op de vraag of de tortuur afgeschaft diende te worden. In de tweede helft van de achttiende eeuw verscheen een aantal publicaties die voor de afschaffing van de tortuur pleitten. Er waren vier belangrijke argumenten die door de meeste auteurs herhaald werden. Ten eerste werd gesteld dat het tegen het natuurrecht was om iemand te dwingen om mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Ten tweede werd erop gewezen dat bekentenissen afgelegd onder de tortuur hoogst onbetrouwbaar waren omdat mensen bereid zouden zijn om van alles te bekennen om maar te zorgen dat de pijniging ophield. Ten derde werd door de tegenstanders ook vaak met de nodige retoriek opgemerkt dat het wreed, onchristelijk en inhumain was om mensen van wie de schuld nog niet vaststond te martelen.²⁴ Ten slotte werd geargumenteed dat de tortuur onnodig zou zijn. Wanneer dermate sterk bewijs aanwezig was dat niets scheen te ontbreken behalve de confessie, dan zou het overbodig zijn om te proberen alsnog de bekentenis te verkrijgen door middel van de tortuur. Zo concludeerde De Witt, dat het verkieslijker was om de rechter toe te staan om op basis van getuigen of hele sterke *indicia* te oordelen.²⁵ Het alternatief dat hier voorgesteld werd was van groot belang. Ook de tegenstanders beseften namelijk dat de afschaffing van de tortuur één van de hoekstenen van de strafprocedure zou wegnemen. Zij stelden daarom voor om de mogelijkheid om te veroordelen in afwezigheid van een bekentenis te verruimen.

Het kan echter niet gezegd worden dat er tussen 1750 en 1795 een duidelijke meerderheid bestond in de juridische literatuur in de Republiek voor de afschaffing van de tortuur. In de publicaties over dit onderwerp leek er eerder een zeker evenwicht te zijn. Veel

²³ Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 413-416.

²⁴ W. Schorer, *Vertoog over de ongerymdheid van het samenstel onzer hedendaagsche regtsgeleerdheid en praktijk*, Middelburg, 1777, 79-87 en 95-135

²⁵ C. de Witt, *Bedenkingen over het aanhoudend gebruik van de pijnbank*, Dordrecht, 1778, 28-43.

auteurs, die op andere punten vaak een progressief standpunt innamen, argumenteerden dat de tortuur een noodzakelijk kwaad was. Een belangrijk voorbeeld was de Amsterdamse advocaat Hendrik Calkoen. Zijn werk was een van de meest uitgebreide en weldoordachte verhandelingen over het strafrecht die vele ‘verlichte’ voorstellen deed ter verbetering en humanisering van het strafrecht. In het vereiste dat voor een zware lijfstraf of de doodstraf een bekentenis absoluut noodzakelijk was, zag Calkoen niettemin een belangrijke regel die de onschuld beschermde. Hij achtte het veel gevaarlijker om bij mindere vormen van bewijs dan de bekentenis een dergelijke veroordeling toe te staan.²⁶ Calkoen stond in zijn standpunt zeker niet alleen. Zo beschouwden ook de beide Leidse hoogleraren Van der Keessel en Voorda de tortuur als een noodzakelijk kwaad en als een belangrijke stok achter de deur om een bekentenis te verkrijgen. Zij wilden echter wel dat de bestaande Hollandse praktijk veranderd werd in overeenstemming met het geleerde recht en dat derhalve ook veroordelingen tot de doodstraf op basis van twee ooggetuigen of zeer sterke *indicia* zouden worden toegelaten.²⁷

In hervormingen in de tweede helft van de achttiende eeuw van de stedelijke of provinciale ordonnanties die het strafprocesrecht reguleerden was de hervormingsdrang eveneens zeer beperkt. In deze hervormingen was een beweging te zien zoals Van der Keessel en Voorda voorstonden. De tortuur werd aan nog restrictievere criteria verbonden terwijl het gebruik hiervan tegelijkertijd werd verboden voor de situatie dat er anderszins een vol bewijs was.²⁸ Een conclusie die uit deze hervormingspogingen kan worden getrokken is dat er wel een bereidheid was om het gebruik van de tortuur verder in te perken maar dat de afschaffing hiervan nog als een stap te ver werd beschouwd. Er was slechts een bereidheid tot kleinere, incrementele veranderingen terwijl de vrees bestond dat de afschaffing van de tortuur het strafproces ineffectief zou maken. Tegenover deze conservatieve groep stond nu in de tweede helft van de achttiende eeuw niettemin ook een groep die vol overtuiging voor de afschaffing van de tortuur pleitte en daarbij tegelijk de noodzaak erkende van een ruimere mogelijkheid tot veroordeling op basis van andere vormen van bewijs.

4.2 Experimenten met hervormingen van het strafrechtelijk bewijsrecht: 1795-1813

Na 1795 ontstond een krachtig nieuw hervormingselan en tegelijk een platform van waaruit voor de Republiek als geheel wetten gemaakt konden worden. In 1796 werd een Nationale Grondwetgevende Vergadering verkozen wier federalistische grondwetsontwerp in het referendum van 1797 werd afgewezen. Na een staatsgreep van Unitaristische zij-

²⁶ H. Calkoen, *Verhandeling over het voorkomen en straffen der misdaden*, Amsterdam, 1778, 219-245.

²⁷ B. Beinart en P. van Warmelo, *Dionysius Godefredus van der Keessel. Lectures on Books 47 and 48 of the Digest*, Kaapstad, 1969, 1749-1755; B. Voorda, *De Crimineele Ordonnantien*, Leiden, 1792, 70-79.

²⁸ Zie bijvoorbeeld de *Reglementen, ordonnantien, instructien, en proces-ordres*, Groningen, 1761, 55-56 en *Reglement en ordonnantie op de crimineele justitie en den styl van procedereen in Crimineele Zaaken voor den geregte van 's Hertogenbosch*, Den Bosch, 1791, 63-105.

de werd een nieuw grondwetsontwerp aan een gezuiverd electoraat voorgelegd, dat eind april 1798 wel bij referendum werd aangenomen. Artikel 36 van de *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk* bepaalde dat de tortuur in de gehele Republiek was afgeschaft, terwijl artikel 28 voorschreef dat er een codificatie moest komen van het strafrecht en strafprocesrecht. In de discussie over de afschaffing van de tortuur, eerst in de grondwetscommissie en vervolgens in het plenaire debat in de Nationale Vergadering tussen 1796 en 1798, hadden de voorstanders van de afschaffing duidelijk de wind in de zeilen. De voorstanders wezen in felle retoriek op het inhumane en onverlichte karakter van de tortuur en stelden dat een dergelijk instituut in een vrije Republiek niet thuishoort. De tegenstanders van de afschaffing merkten slechts in voorzichtige bewoordingen op dat het niet prudent was om de tortuur overhaast af te schaffen zo lang er nog geen alternatief voor was gevonden. Het artikel werd niettemin aangenomen en met de inwerkingtreding van de nieuwe grondwet was vanaf 1 mei 1798 de tortuur officieel verboden in de Republiek.

Het bleek echter al snel dat de tegenstanders van de afschaffing geen ongelijk hadden met hun opmerking dat de afschaffing van de tortuur zonder alternatief tot problemen zou leiden. Het gemis leidde tot problemen en aan het Hof van Holland en Zeeland werd opdracht gegeven om een provisionele ordonnantie te maken die zou voorschrijven wat te doen in de situatie waarin normaal gesproken de tortuur werd toegepast.²⁹ Begin oktober 1798 werd de door het Hof voorgestelde provisionele ordonnantie voor de provincie Holland goedgekeurd. Het eerste artikel stelde dat het verboden was om door middel van de tortuur de verdachte te dwingen om te *bekennen*, maar dat de rechter wel ‘correctionele maatregelen’ mocht nemen om de verdachte die halsstarrig weigerde te antwoorden te bewegen om de aan hem gestelde vragen te beantwoorden. De verdachte kon dus niet meer gepijnigd worden om te bekennen, maar hij kon nog wel met gepaste maatregelen onder druk gezet worden om te antwoorden. Een zwijgrecht werd nog niet erkend. Vervolgens gaf de provisionele ordonnantie een regeling voor de verschillende bewijssituaties. In de situatie dat de verdachte bekend had kon hij gewoon veroordeeld worden en was er zoals hierbij gebruikelijk geen mogelijkheid tot hoger beroep.³⁰

Het innovatieve gedeelte was dat wanneer er geen bekentenis was maar er dermate sterk bewijs bestond dat de schuld van de verdachte volledig leek te zijn bewezen, dat op basis daarvan nu recht mocht worden gedaan. Voor de provincie Holland betekende dit het einde van de regel dat slechts op een confessie kon worden veroordeeld tot de doodstraf of een zware lijfstraf. Het Hof onderkende echter dat het een gevaarlijke situatie was dat de verdachte nu ook, zoals dat heette, ‘op bewijs’ buiten de confessie kon worden veroordeeld. De ordonnantie versterkte daarom de verdedigingspositie van de verdachte voor deze situatie aanzienlijk. Onder deze omstandigheden werd de verdachte rechtsbijstand toegestaan (op kosten van de staat als hij deze niet kon betalen), had hij het recht

²⁹ *Dagverhaal der handelingen van de nationale vergadering representeerenden het volk van Nederland, deel II*, Den Haag, 1798, 230-243.

³⁰ *Ibidem*, 286-322.

om het incriminerende bewijs in te zien en zijn verdediging te voeren. Dit waren rechten die de verdachte niet of slechts in zeer beperkte mate had gehad onder het oude ‘Hollandse’ strafprocesrecht. Hier is goed de nauwe samenhang te zien tussen het strafprocesrecht en het bewijsrecht. Gedwongen door de afschaffing van de tortuur werden nu veroordelingen tot de ordinaire straf op getuigen en *indicia* toegestaan, maar omdat dit als een meer nadelige situatie voor de verdachte werd beschouwd, werden tegelijkertijd zijn verdedigingsrechten sterk uitgebreid. Ten slotte werd over de mogelijkheid van extraordinaire straffen in de ordonnantie met geen woord gerept, maar wel werd bepaald dat de rechter een *absolutio ab instantia* kon uitspreken wanneer er sterk bewijs aanwezig was dat niet voldoende was voor een veroordeling.³¹

Naast de afschaffing van de tortuur werd in de grondwet van 1798 bepaald dat een speciale commissie ontwerpen zou maken voor een codificatie van het straf- en strafprocesrecht. Het procesrecht werd als het meest dringende onderwerp beschouwd en kreeg derhalve prioriteit. Al na zes maanden werd in mei 1799 een ontwerpwet voor het strafprocesrecht aangeboden. In essentie codificeerde deze wet de bestaande procedurele praktijk en bevatte geen radicale vernieuwingen. Op het gebied van het bewijsrecht was de regulering vrijwel hetzelfde als in de provisionele ordonnantie van 1798. Ook hier werd de mogelijkheid voorgeschreven om zonder confessie te veroordelen en werden de verdedigingsrechten versterkt wanneer zonder confessie veroordeeld moest worden. Een meer precieze regulering van de bewijseisen om te kunnen veroordelen werd niet in het strafprocesrecht voorgeschreven maar aan een aparte wet over het bewijs overgelaten.³²

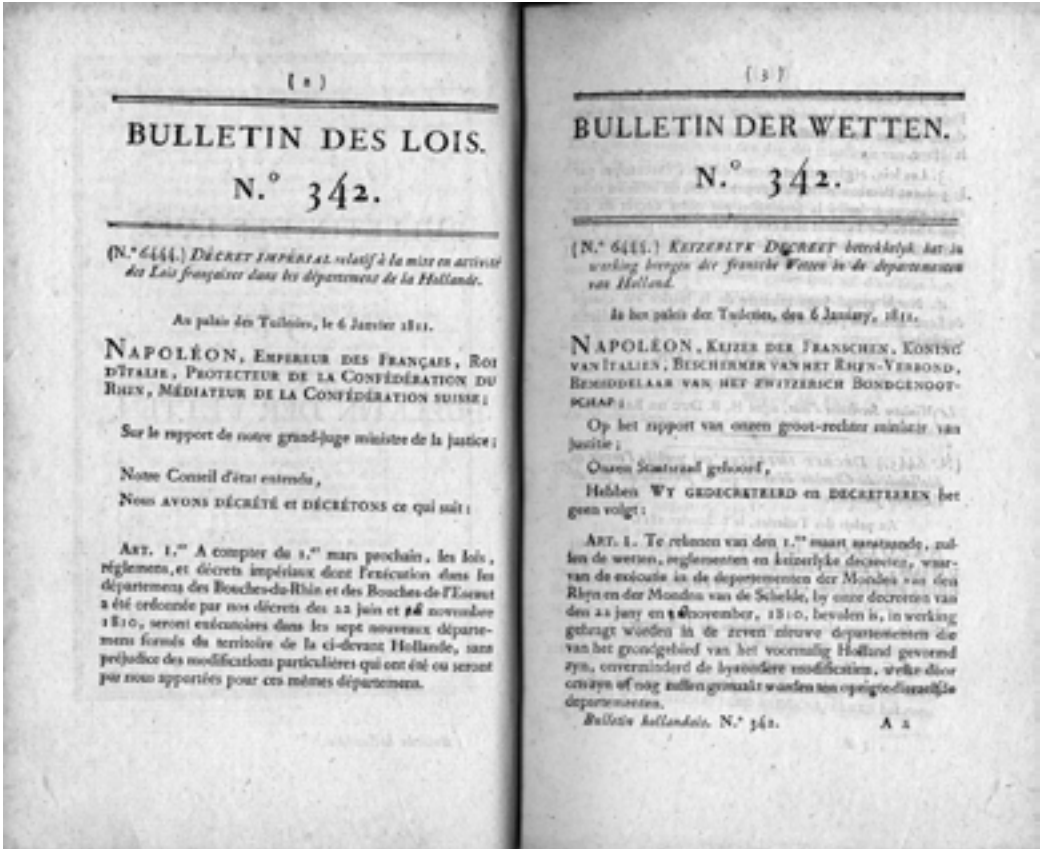
Tussen 1798 en 1804 werkte de codificatiecommissie in twee gescheiden teams aan wetten voor het civiele recht en het strafrecht. Uiteindelijk werd besloten om één algemene wet te maken voor het bewijsrecht. De ontwerpwet over het bewijs die in 1804 voltooid werd bevatte meer dan driehonderd artikelen. De hoofdauteurs van de wetten omtrent het bewijs waren de jurist Elout en de Amsterdamse hoogleraar Cras.³³ Hoewel de regulering van het strafrechtelijk bewijsrecht zeer uitgebreid was, kan zij in de kern worden gekarakteriseerd als een negatief wettelijk bewijssysteem (al werd deze term destijds nog niet gebruikt). Al in de eerste bepalingen wordt expliciet het systeem voorgesteld dat enerzijds de overtuiging van de rechter noodzakelijk is en dat anderzijds moet zijn voldaan aan de minimumvereisten van de wettelijke bewijsregels. Zo bepaalde artikel 5 van het ontwerp van 1804: ‘Rechtelyke zekerheid is gelegen in des Rechters overtuiging nopens de waarheid van het beweerde, gegrond op de algemeene en byzondere voorschriften, welke hem ter bepaling van zijn oordeel zijn voorgeschreven’.³⁴ Cras legde deze bepaling uit door te stellen dat de rechter de morele overtuiging moet hebben

31 S. Faber, *Strafrechtspleging en criminaliteit te Amsterdam, 1680-1811. De nieuwe menslievendheid*, Arnhem, 1983, 124-132.

32 *Algemeene Manier van Procdeeren in civiele en crimineele zaaken*, Den Haag, 1799, 263-310.

33 O. Moorman van Kappen, ‘Bijdrage tot de codificatiegeschiedenis van ons strafrecht rond het begin van de negentiende eeuw: het ontwerp-lijfstraffelijk wetboek van 1804’, *Bijdragen en Mededelingen betreffende de Geschiedenis der Nederlanden*, 1978, 317-322

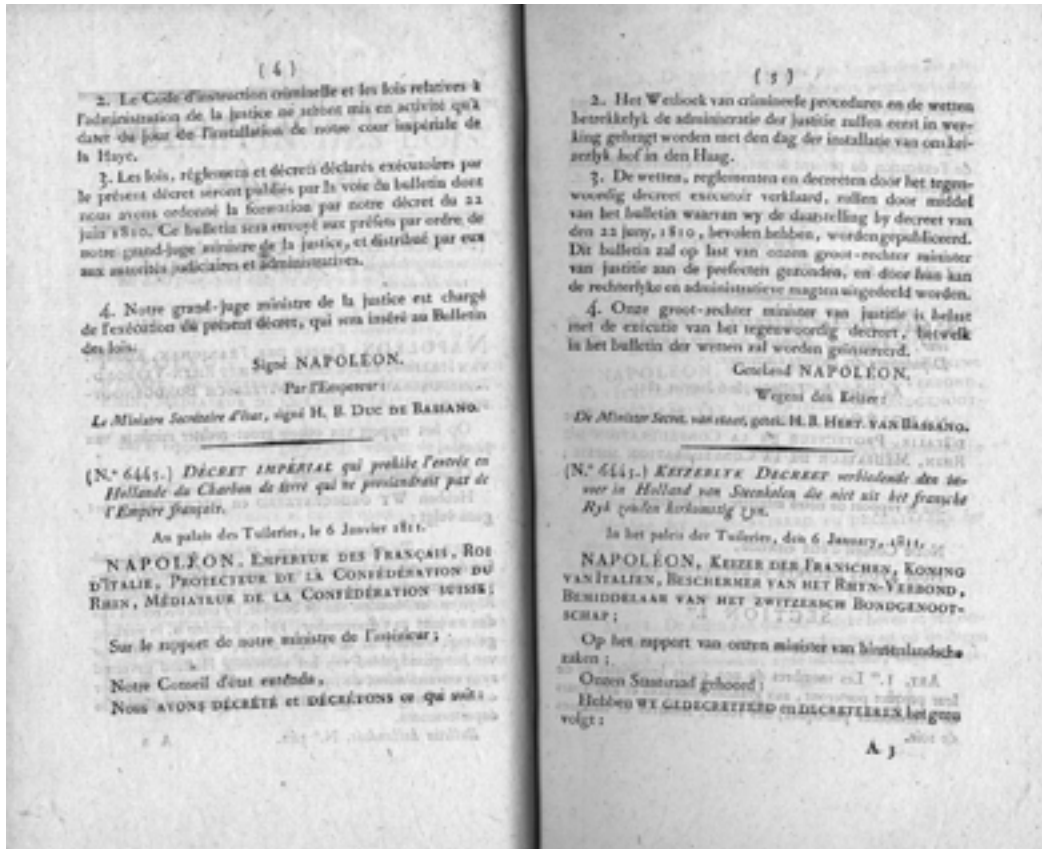
34 J.Th. Smidt en A.H. Huussen, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798*, I, Utrecht, 1968, 405.



Het keizerlijk besluit tot invoering van de Franse wetten in Nederland, tweetalig gepubliceerd in het Bulletin des lois, 1811. Den Haag, Nationaal Archief, bibliotheek.

van de schuld van de verdachte en dat deze overtuiging moet zijn verkregen in overeenstemming met de wettelijke regels. Verder werd in het ontwerp van 1804 als belangrijk uitgangspunt genomen dat het niet mogelijk is om van te voren precies te bepalen wanneer er een voldoende bewijs voor een veroordeling bestaat, en dat veel aan de beoordeling van de rechter moet worden overgelaten. Artikel 24 formuleert dit beginsel als volgt: 'Daar het niet mogelijk is zonder uitzondering te bepalen welke bewijzen in elk geval genoegzaam zyn, moet de rechter, door de algemene regels van het recht voorge-licht, in gemoede beoordelen wat hem als waar, of waarschijnlijk voorkomt'.³⁵ Deze bepalingen en het feit dat de morele overtuiging van de rechter een centraal vereiste werd voor een veroordeling, laten duidelijk de invloed van de nieuwe epistemologische ideeën zien.

³⁵ Ibidem, 410.



Tot het bekomen van rechterlijke zekerheid waren vijf soorten bewijsmiddelen toegelaten: de bekentenis, getuigenissen, schriftelijke documenten, de eed-verklaring en aanwijzingen. Het ontwerp schrijft niet – zoals de oude handboeken – positief voor wanneer er een vol bewijs is, maar stelt slechts minimumvereisten. De belangrijkste minimumvoorschriften waren dat niemand mocht worden veroordeeld op basis van slechts één ooggetuige of één aanwijzing, of op basis van een blote bekentenis (die niet werd ondersteund door andere feiten). Naast deze minimumvereisten waren er regels die nader reguleerden welke categorieën van getuigen niet, of in beginsel niet, als volwaardige getuigen konden gelden. Niettemin bevatte het ontwerp van 1804 een fundamenteel open regulering die het uiteindelijk aan de overtuiging van de rechter overliet of er voldoende bewijs was voor een veroordeling. Dit is bijzonder duidelijk te zien in het belangrijke onderwerp van de *indicia*. *Indicia* werden gedefinieerd als alle omstandigheden, gebeurtenissen of daadzaken uit welke een min of meer waarschijnlijk verband tussen het mis-

drijf en de schuld van de verdachte konden worden afgeleid. Hoewel er in vijftig artikelen vele voorbeelden en indelingen werden gegeven van de *indicia*, werd de beoordeling van aanwijzingen en of zij een voldoende bewijs opleverden aan de rechter overgelaten. Hierbij werd de waarschuwing gevoegd dat hij er met de alleruiterste zorgvuldigheid mee moest omgaan en dat ‘deszelfs geweten by dezen op het ernstigste belast wordt’.³⁶

De ontwerp wetten over het bewijs en over het materiële strafrecht van 1804 werden uiteindelijk niet aangenomen omdat zij als te lang en te leerstellig werden gezien. Onder koning Lodewijk Napoleon werd het codificatieproces nieuw leven ingeblazen en trad het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland in 1809 in werking. Dit wetboek dat de eerste nationale codificatie van het materiële strafrecht vormde, bevatte ook een hoofdstuk dat het strafrechtelijk bewijsrecht reguleerde. Dit hoofdstuk vormde in essentie een korte samenvatting in zestien artikelen van het ontwerp van de wetten omtrent het bewijs van 1804. Het negatief-wettelijk systeem bleef hoofdzakelijk hetzelfde en de bewijsminima werden gehandhaafd. Hiermee had het Koninkrijk Holland voor het eerst een nationale codificatie van het strafrechtelijk bewijsrecht, dat echter een kort leven beschoren was.³⁷

Na de inlijving bij het Franse keizerrijk werd in maart 1811 de Franse wetgeving van toepassing. Dit had twee belangrijke gevolgen. Ten eerste werd hiermee een openbaar, mondeling strafproces met juryrechtspraak ingevoerd, terwijl het systeem van wettelijke bewijsregels geheel werd afgeschaft. Dit betekende ook de afschaffing van de extraordinaire straffen. Ten tweede werd een ingrijpende professionalisering en centralisering van de rechtspraak bewerkstelligd door de invoering van de Franse rechterlijke organisatie. De vele oude jurisdicties waar de schout en schepenen recht spraken, werd vervangen door een hiërarchisch systeem van lagere rechtbanken, hoven van assisen en het keizerlijk Hof van Cassatie. Het aantal rechtsprekende instanties werd hierdoor sterk verkleind en deze konden alleen nog maar bezet worden door professionele juristen. Tegelijkertijd werd een nationale organisatie van het Openbaar Ministerie ingevoerd die gespiegeld was aan de hiërarchie van de rechtbanken, en werden de rollen van de rechter en de officier van justitie duidelijker gescheiden. De Franse wetgeving bracht kortom verscheidene baanbrekende vernieuwingen in het Nederlandse strafproces en de rechterlijke organisatie.

In vergelijking met Frankrijk moet geconstateerd worden dat in Nederland nog in veel mindere mate een behoefte bestond tot een radicale hervorming en dat slechts enkele belangrijke aanpassingen werden gemaakt binnen het strafrechtelijk bewijsrecht. Ook is het opvallend dat de revolutionaire hervormingen van het strafprocesrecht in Frankrijk nog vrijwel geen aandacht kregen in Nederland in de periode tussen 1795 en 1811 en niet als een na te volgen voorbeeld werden bediscussieerd.

³⁶ *Ibidem*, 410-513.

³⁷ O. Moorman van Kappen, ‘Het Crimineel Wetboek voor het koninkrijk Holland van 1809 in het licht van zijn woord- en geschiedenis’, in: J. Hallebeek en A.J.B. Sirks (red.), *Nederland in Franse schaduw. Recht en bestuur in het koninkrijk Holland (1806-1810)*, Hilversum, 2006, 204-214.

4.3 Het strafrechtelijk bewijsrecht in het Verenigd Koninkrijk: 1813-1830

Op 11 december 1813 werd bij koninklijk besluit vastgesteld dat de Franse wetgeving voorlopig zou worden gehandhaafd totdat nieuwe nationale codificaties zouden worden voltooid. Ook werden tegelijkertijd twee belangrijke wijzigingen in het strafproces doorgevoerd. De openbaarheid van de procedure werd ingeperkt en de juryrechtspraak werd afgeschaft. Omdat er tot 1838 geen nieuwe regeling van het strafprocesrecht in werking zou treden, betekende dit dat in Nederland de rechters recht spraken als waren zij Franse juryleden. Zij hoefden slechts naar hun vrij gevormde *conviction intime* recht te spreken en waren niet gebonden door bewijsregels. Nadat de ‘Belgische’ provincies in 1815 bij het koninkrijk gevoegd waren werd deze situatie ook daar van toepassing. In eerste instantie leidde de afschaffing van de juryrechtspraak in zowel de noordelijke als de zuidelijke provinciën niet tot discussie. Pas in de loop van de tijd groeide de interesse voor dit onderwerp en het werd in het bijzonder tussen 1826 en 1830 een belangrijk punt van geschil. Waar zich in het zuiden een belangrijke meerderheid voor de juryrechtspraak ontwikkelde was in het noorden een meerderheid juist voor de invoering van een negatief-wettelijk bewijsstelsel met professionele rechters. Het centrale onderliggende verschil tussen het noorden en het zuiden was dat in het noorden een relatief groot vertrouwen bestond in de professionele rechters en de overheid, terwijl er in het zuiden juist een sterk wantrouwen bestond.

De discussie over het strafrechtelijk bewijsrecht tussen 1813 en 1830 verschilde in een belangrijk opzicht van de hiervoor beschreven Noord-Nederlandse discussie. Hoewel tussen 1795 en 1813 ingrijpende hervormingen waren doorgevoerd en een veel centralere rol aan de overtuiging van de rechter was toebedeeld, werd in Noord-Nederland toen nog door niemand serieus overwogen om de (negatieve) wettelijke bewijsregels in zijn geheel af te schaffen. De ideeën van de Franse hervormers die pleitten voor een afschaffing van bewijsregels waren in Noord-Nederland vrijwel onbekend. Dat veranderde tussen 1813 en 1830. Het bekend worden met de ‘Franse visie’ en het feit dat deze een grote groep aanhangers kreeg in met name de zuidelijke provinciën, betekende dat de voorstanders van (negatieve) wettelijke bewijsregels voor het eerst gedwongen werden om uit te leggen waarom bewijsregels überhaupt nuttig en noodzakelijk waren. Lang was dit een vanzelfsprekendheid geweest in continentaal Europa. Nu bestond er met de Franse hervormingen een voorbeeld – dat door invloedrijke politiek-constitutionele idealen ondersteund werd – waaraan het eigen systeem onvermijdelijk getoetst moest worden. Dit leidde tot een uitgebreider palet aan opties in het groot-Nederlandse debat, waarin ruwweg drie standpunten kunnen worden onderscheiden. Een kleine groep auteurs uit de noordelijke provinciën pleitte voor het behoud van professionele rechters en de blijvende afschaffing van bewijsregels. De meerderheid in het noorden was voor professionele rechters in combinatie met de herinvoering van een negatief-wettelijk bewijsstelsel. Ten slotte waren enkele auteurs in het noorden en een meerderheid in het zuiden voor de invoering van juryrechtspraak.

4.3.1 De Franse visie

In de visie van de Franse revolutionaire hervormers was het onmogelijk om in *a priori* regels vast te stellen wanneer voldoende bewijs bestond in het concrete geval. Of bijvoorbeeld een getuige betrouwbaar was en hoe de verschillende bewijsmiddelen met elkaar samenhangen in het concrete geval kon nooit van tevoren gereguleerd worden in abstracte regels. In complete tegenstelling tot het systeem van wettelijke bewijsregels dat zo lang had bestaan, werd door de Franse hervormers gesteld dat de subjectieve ofwel intieme convictie het enige en beste criterium voor de waarheid was in strafzaken.³⁸

Verder hadden de Franse hervormers de neiging om de intieme convictie voor te stellen als iets dat min of meer instinctmatig of gevoelsmatig ontstond na aanschouwing van het mondelinge debat en dat het niet rationeel gereconstrueerd kon worden. Een laatste belangrijk uitgangspunt van de Franse hervormers was dat zij stelden dat het zeer goed mogelijk was om de feitelijke vraag van de rechtsvraag te scheiden. Zij merkten op dat om de feitelijke vraag te beantwoorden geen bijzondere juridische kennis of training vereist was, maar slechts een normaal gezond verstand.

Naast deze meer 'epistemologische' argumenten tegen wettelijke bewijsregels, presenteerden de Franse hervormers belangrijke politiek-constitutionele argumenten voor de juryrechtspraak. Deze argumenten waren gevoed door een sterk wantrouwen tegenover professionele magistraten. De rechters zouden partijdig zijn en door hun constante beoordeling van strafzaken de gewoonte verkrijgen om overal criminelen te zien. Alleen van het volk kon echte onpartijdigheid worden verwacht. De constitutionele argumenten kregen nog een belangrijke extra lading in de eerste decennia van de negentiende eeuw door Franse 'liberale' auteurs als Constant en Royer-Collard. Zij stelden dat de juryrechtspraak bij uitstek ook ingevoerd moest worden voor politieke misdrijven en persdelicten. Deze auteurs stelden een kritische en vrije pers voor als een vierde macht die toezicht moest kunnen houden op de overheid om machtsmisbruik te voorkomen. Juist bij dit soort zaken was het daarom absoluut noodzakelijk om een onpartijdige rechtspraak te hebben en was daarom de juryrechtspraak onmisbaar. Zoals hieronder verder zal worden besproken hadden deze liberale Franse auteurs een zeer grote invloed in de zuidelijke provinciën, en daar werd de noodzaak van de juryrechtspraak sterk benaderd vanuit de behoefte om de persvrijheid te beschermen.

4.3.2 De discussie in de noordelijke Nederlanden

In de noordelijke provinciën werd de discussie tussen 1813 en 1830 gedomineerd door professionele juristen, van wie de meesten rechter, officier van justitie, hoogleraar of advocaat waren. Voorstanders van professionele rechters en een negatief-wettelijk bewijssysteem,

³⁸ De Franse revolutionair Thouret omschreef dit typerend als volgt: 'C'est-là essentiellement la conviction morale qui ne se commande pas, qui est tout-à-la-fois et au-dessus des préceptes, et plus sûre qu'eux dans l'application. Elle subjugué quand elle est ressentie, elle ne peut être ni dictée ni supplée quand elle n'existe pas. Elle est le plus sûr criterium de la vérité humaine', zie Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, 323-324.

zoals Asser, Donker Curtius en Weiland, reageerden op zowel het constitutionele als het epistemologische vlak op de voorstanders van de juryrechtspraak.³⁹ In tegenstelling tot de Franse hervormers en auteurs uit de zuidelijke provincies hadden zij over het algemeen een groot vertrouwen in de professionele rechters en merkten vaak op dat Nederland een lange traditie had van onpartijdige en moreel hoogstaande rechters. Zij vonden dat er al ruimschoots afdoende constitutionele waarborgen bestonden voor een onpartijdige en eerlijke rechtspraak zonder juryrechtspraak. De rechters werden voor het leven benoemd en hun onafhankelijkheid was in de grondwet gegarandeerd. Wel wilden de voorstanders van professionele rechters dat de openbaarheid van de procedure weer werd ingevoerd omdat zij hierin een belangrijke extra waarborg voor de onpartijdigheid van de rechtspraak zagen.

Zij concentreerden zich meer op het weerleggen van de epistemologische claims die geponeerd werden door de voorstanders van de juryrechtspraak naar het Franse model. Ten eerste merkten zij op dat het niet goed mogelijk was om de feitelijke vraag van de rechtsvraag te scheiden. Bij het beantwoorden van de vraag of de verdachte bijvoorbeeld schuldig was aan diefstal moet tegelijk ook altijd gekeken worden of het bewezen geachte feit onder de juridische termen van het delict valt en of de verdachte de vereiste schuld had. In veel zaken moeten complexe juridische begrippen gehanteerd worden waarvan niet kon worden verwacht dat een gewone burger deze zou begrijpen zonder juridische training. Daarnaast merkten de tegenstanders van de juryrechtspraak op dat de rechter door zijn opleiding en veelvuldige beoordeling van strafzaken een veel betere capaciteit had ontwikkeld om het bewijs te beoordelen. Zij geloofden kortom niet dat de feitelijke vraag van de rechtsvraag kon worden gescheiden en achtten het normale gezonde verstand ontoereikend om het bewijs te beoordelen in strafzaken.

De tweede en wellicht belangrijkste claim van de voorstanders van de juryrechtspraak, waar zeer fel tegen gereageerd werd door zowel Nederlandse als Duitse auteurs, was het idee dat de subjectieve overtuiging het beste en zelfs enige criterium was voor de waarheid in strafzaken. Zij stelden dat de Franse hervormers in essentie uitgingen van een zeer irrationele conceptie van de innerlijke overtuiging. De overtuiging zou in het Franse beeld als het ware instinctmatig en passief ontstaan wanneer de juryleden tijdens het mondelinge proces de discussies over de bewijsmiddelen aan zich voorbij lieten gaan. Deze subjectieve overtuiging kon niet aan regels gebonden worden. Hiertegen stelde de voorstanders van een negatief-wettelijk bewijssysteem dat een dergelijke subjectieve overtuiging geen enkele garantie bood dat de overtuiging juist was, en dat het zelfs door de minste geruchten of vermoedens te weeg gebracht kon zijn. Niet de overtuiging zelf was het criterium voor de waarheid in strafzaken, maar de gronden waarop deze overtuiging gebaseerd was. Zij stelden tegenover het Franse idee van de *conviction intime* het idee van de noodzakelijkheid van een *conviction raisonnée*. De overtuiging moest het resultaat

39 J.A. Weiland, *Bijdragen tot de wetenschap der Strafrechtspleging*, Delft, 1826; W.B. Donker Curtius, *Iets over de theorie der en het bewijs der misdrijven*, Den Haag, 1827; C. Asser, *Vlugtige beschouwingen van eenige voornaam beginselen des strafregts*, Den Haag, 1827.

zijn van een kritische beoordeling van de bewijsmiddelen en gebaseerd zijn op een meer objectieve hoge mate van waarschijnlijkheid.

De voorstanders van een negatief-wettelijk systeem waren het met de voorstanders van de juryrechtspraak eens dat het onmogelijk is om in bewijsregels positief te bepalen wanneer voldoende bewijs voor een veroordeling bestond en dat de overtuiging van de rechter of jury noodzakelijk is voor een veroordeling. Waar de voorstanders van de juryrechtspraak er echter vanuit gingen dat de subjectieve overtuiging geheel niet aan regels gebonden kon worden, stelden degenen die uitgingen van een *conviction raisonnée* dat de rechter wel degelijk gebonden was aan de algemene regels van logica en ervaring. Verder argumenteerden zij dat uit de ervaring en logica bewijsregels te distilleren waren die aan konden geven wanneer het bewijs in het algemeen te onbetrouwbaar of onvoldoende was om een veroordeling uit te spreken. De negatief-wettelijke bewijsregels zouden een belangrijk objectief element inbrengen en een garantie geven tegen te lichtvaardige veroordelingen. Door een negatief-wettelijk systeem werd dus het dubbele voordeel bereikt dat enerzijds de rechter voldoende beoordelingsvrijheid had om recht te doen aan de concrete omstandigheden van het geval, terwijl anderzijds bewijsminima bestonden die de verdachte beschermden tegen lichtvaardige veroordelingen.

Naast de auteurs uit het noorden die een negatief-wettelijk systeem propageerden, waren er in de jaren 1820 voor het eerst ook enkele auteurs – Van Hamelsveld, Van Rappard en Den Tex – die pleitten voor professionele rechters die naar hun vrije innerlijke overtuiging recht zouden spreken zonder wettelijke bewijsregels.⁴⁰ Deze auteurs waren het volledig eens met de voorstanders van de juryrechtspraak dat het onmogelijk was om *a priori* positieve of negatieve wettelijke bewijsregels te formuleren. Deze zouden ofwel zo eng geformuleerd moeten worden dat vele misdrijven onbestraft zouden blijven, ofwel zo ruim dat zij in feite niks betekenden omdat alsnog alles aan de beoordeling van de rechter zou worden overgelaten. Het probleem met wettelijke regels was dat zij van nature inflexibel waren en dat zij onvermijdelijk tot onjuiste uitspraken in het concrete geval zouden leiden. Wel waren deze auteurs er van overtuigd dat de rechter te werk moest gaan op basis van een *conviction raisonnée*, maar zij stelden dat het opstellen van de bewijsregels beter aan de rechtswetenschap kon worden overgelaten. Ook merkten zij op dat de ervaring van de periode sinds 1815 had laten zien dat er geen klachten waren sinds professionele rechters op basis van hun vrije innerlijke overtuiging recht spraken. Ten slotte waren deze auteurs tegen de invoering van de juryrechtspraak omdat zij vonden dat de feitelijke vraag niet van de rechtsvraag gescheiden kon worden en dat leken niet capabel genoeg waren om het bewijs te beoordelen.

⁴⁰ W.Y. van Hamelsveld, 'Zoude de wederinvoering der jurij, bij de nieuwe wetgeving van lijfstraffelijke regtspleging voor ons te noodzakelijk en te wenschen zijn?', *Algemeen Regtsgeleerd Magazijn*, 1826, 75-120; W.L.F.C. van Rappard, *Aanmerkingen op het ontwerp van een Wetboek op het Strafrecht*, I, Nijmegen, 1827; C.A. Den Tex, 'Is de instelling van gezworenen, in strafzaken, voor Nederland wenschelijk?', *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, 1829, 287-341.

In de noordelijke Nederlanden waren tussen 1813 en 1830 ook enkele uitgesproken voorstanders van de juryrechtspraak te vinden. Belangrijke voorbeelden waren de relatief progressieve, liberale tijdschriften *De Bijenkorf* en de *Weegschaal*.⁴¹ Verreweg het invloedrijkste en meest uitgebreide pleidooi voor de juryrechtspraak in de noordelijke provinciën kwam niettemin van Meijer. Tussen 1819 en 1823 publiceerde hij in zes boeken een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling van het strafrecht in Nederland, Frankrijk, Duitsland en Engeland. In het laatste deel presenteerde hij tevens zijn argumenten voor de invoering van de juryrechtspraak. In zijn argumenten was hij niet origineel maar volgde grotendeels de ideeën van de Franse hervormers. Niettemin bevatte zijn werk de meest diepgravende en ontwikkelde argumentatie voor de juryrechtspraak die in de Nederlanden werd gepubliceerd tussen 1815 en 1830. Het werk had een grote invloed. De meeste tegenstanders van de juryrechtspraak probeerden de argumenten van Meijer te weerleggen terwijl veel voorstanders van de jury juist naar zijn werk verwezen.⁴²

4.3.3 De discussie in de zuidelijke provinciën

De discussie in het zuiden was van een geheel andere aard dan in het noorden. In het noorden werd het debat gevoerd door professionele juristen, terwijl het debat in het zuiden over het algemeen werd gedomineerd door journalisten. De nadruk lag hier niet op de technisch-juridische aspecten, maar zeer sterk op het politiek-constitutionele aspect. Een grote meerderheid van de auteurs in het zuiden was voor de herinvoering van de juryrechtspraak. Sterk geïnspireerd door Franse liberale auteurs, pleitten zij hoofdzakelijk voor de juryrechtspraak om een onafhankelijker strafrechtspraak te creëren en concentreerden zich op het belang van de juryrechtspraak voor politieke misdrijven en persdelicten.

Het belangrijkste verschil tussen het noorden en het zuiden was dat in het noorden een relatief groot vertrouwen bestond in de professionele rechters en de overheid, terwijl er in het zuiden een sterk wantrouwen bestond. Dit wantrouwen werd gevoed door het feit dat de minister van Justitie van Maanen een zeer streng beleid voerde op het gebied van persmisdrijven en dat er vrijwel geen kritiek op het handelen van de overheid werd toegelaten. In het bijzonder tussen 1826 en 1830 escaleerde de situatie. Journalisten uit het zuiden zoals Louis De Potter werden zware geldboetes en gevangenisstraffen opgelegd voor hun kritiek op de overheid. De zware straffen hadden echter geen afschrikwekkende werking maar wakkerden het vuur van de oppositie in het zuiden verder aan. Van Maanen werd in het zuiden het toonbeeld van een despotische minister. De juridische schandalen die werden veroorzaakt door de strafzaken tegen de journalisten leidden tot het gevoel dat de strafrechters niet onafhankelijk waren en te sterk onder de invloed stonden van het centrale gezag.⁴³

41 J. van Zanten, Schielijk, Winzucht, Zwaarhoofd en Bedaard. Politieke discussie en oppositievorming 1813-1840, Amsterdam, 2004, 109-123 en 265-266.

42 Meijer, *Esprit, origine et progress des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, dl. VI, 361-437.

43 Zie hierover B. Delbecke, *De lange schaduw van de grondwetgever*, Gent, 2012.

Typerend voor de auteurs uit het zuiden was dat zij geen lange artikelen publiceerden in juridische vakbladen, zoals in het noorden, maar voornamelijk relatief korte artikelen in kranten. In deze artikelen werd vrijwel niet ingegaan op de juridisch-technische bezwaren die in het noorden zo breed uitgemeten werden. Als een onbetwistbaar feit werd gesteld dat de feitelijke vraag van de rechtsvraag kon worden gescheiden en dat het gezonde verstand voldoende was om het bewijs te beoordelen. De artikelen betoogden dat de juryrechtspraak absoluut noodzakelijk was om een onafhankelijke rechtspraak te creëren en om de vrijheid van de pers te beschermen. Het pleidooi voor de juryrechtspraak stond dan ook bijna nooit op zichzelf in dergelijke artikelen. Het vormde stevast een onderdeel van een breder programma van constitutionele hervormingen die geëist werden, waaronder de invoering van de ministeriële verantwoordelijkheid en betere bescherming van de vrijheid van godsdienst, onderwijs en meningsuiting.

4.3.4 *De ontwikkelingen in de wetgeving*

Een meerderheid in de noordelijke Nederlanden vond de bestaande situatie waarin de rechter kon veroordelen op basis van zijn vrij gevormde innerlijke overtuiging te gevaarlijk en verlangde de herinvoering van een negatief-wettelijk bewijssysteem. Deze mening werd gedeeld door de commissie die verantwoordelijk was voor de vormgeving van een nieuw wetboek van strafrecht. In het ontwerp van het Wetboek van Strafrecht van 1827 werd wederom een hoofdstuk opgenomen dat een negatief-wettelijk bewijssysteem bevatte. Op verscheidene ondergeschikte punten na was de regulering in dit hoofdstuk hetzelfde als het systeem van bewijsregels uit het Crimineel Wetboek van 1809 (dat op zijn beurt een samenvatting was van de wetten omtrent het bewijs uit 1804). Omdat tijdens de debatten in de Tweede Kamer bleek dat het ontwerp Wetboek van Strafrecht niet geaccepteerd zou worden werd dit ontwerp ingetrokken. De regulering van het bewijsrecht werd van dermate groot belang geacht dat het hoofdstuk over het bewijsrecht nu naar het Ontwerp Wetboek van Strafvordering werd overgebracht. Dit ontwerp werd behandeld in het parlement tussen 1828 en 1830 en toen aangenomen.

Een belangrijke discussie vond plaats tussen 9 en 11 april in 1829. Op instigatie van enkele parlementariërs werd een plenair debat gevoerd over de principiële vraag of de juryrechtspraak zou moeten worden ingevoerd. Het politiek zeer gevoelige debat duurde drie dagen en liet duidelijk de kloof zien die op dit punt bestond tussen de zuidelijke en de noordelijke provincies. Inhoudelijk kwamen de standpunten en argumenten grotendeels overeen met de betogen in de literatuur. Op de vraag of een jury in het algemeen moest worden ingevoerd stemden uiteindelijk 67 parlementariërs tegen en 30 voor, en op de vraag of een jury voor persdelicten moest worden ingevoerd stemden 56 parlementariërs tegen en 41 voor. Wanneer deze getallen worden uitgesplitst naar de afkomst van de parlementariërs wordt het verschil tussen noord en zuid duidelijk. Uit het noorden stemden 45 parlementariërs tegen op beide vragen en slechts één stemde er voor op beide vragen. Bij de zuidelijke parlementariërs stemde een meerderheid van 29 van de 51 voor op de eerste vraag, en een meer-

Het scheidingsverdrag tussen Nederland en België, 1839, in een roodfluwelen band met daarop van geelkoper het wapen van België, met uithangend grootzegel van België in een geelkoperen doos met twee kwasten. Den Haag, Nationaal Archief, archief ministerie van Buitenlandse Zaken, ratificaties, 2.05.02, inv.nr. 110.



derheid van 40 van de 51 voor op de tweede vraag.⁴⁴ De juryrechtspraak werd dus afgewezen op basis van een grote meerderheid van parlementariërs uit de noordelijke provinciën.

Los van de principiële discussie over het juryvraagstuk waren de debatten in het parlement over het voorgestelde negatief-wettelijk bewijssysteem relatief ingetogen en bleef het voorgestelde bewijssysteem in hoofdlijnen onveranderd. In maart 1830 werd de titel die het bewijsrecht reguleerde met 80 tegen 5 stemmen aangenomen en korte tijd later werd het ontwerp Wetboek van Strafvordering als geheel aangenomen. Door de opstand en afscheiding van de zuidelijke provinciën werd dit wetboek echter voorlopig nog niet ingevoerd. De grondwetgevende vergadering van België die zijn werk begon op 10 november 1830 nam al een kleine drie maanden later een nieuwe grondwet aan. Er bestond een sterke consensus dat de juryrechtspraak weer ingevoerd moest worden en zonder veel discussie werd artikel 98 aangenomen dat dit voorschreef (vandaag art. 150 Gecoördi-

⁴⁴ J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de tweede kamer der Staten-Generaal over het ontwerp Wetboek van Strafvordering en het vraagstuk der jury 1828-1829*, dl. I, Den Haag, 1887, 7-220.

neerde GW 1994). Na enig legislatief werk functioneerde in België weer een jurystelsel vanaf oktober 1831. In Nederland werd uiteindelijk het ontwerp Wetboek van Strafvordering nog eenmaal gereviseerd en in het parlement besproken. Gedurende deze discussies bleef het negatief-wettelijk bewijsstelsel bijna onveranderd. Het Wetboek van Strafvordering werd goedgekeurd en trad in werking in 1838 met een negatief-wettelijk stelsel dat sterk leek op dat uit het Crimineel Wetboek van 1809.

4.4 Het strafrechtelijk bewijsrecht tussen 1830 en 1870

Na de afscheiding van België en de invoering van het Wetboek van Strafvordering vond er wederom een verandering plaats in de discussie over het strafrechtelijk bewijsrecht. Het debat werd niet meer gedomineerd door de tegenstelling tussen de auteurs uit de zuidelijke Nederlanden en uit de noordelijke. Er waren tussen 1838 en 1870 nog wel degelijk auteurs in Nederland die voor de juryrechtspraak pleitten en het idee verdween ook niet plotseling uit het debat, maar de voorstanders hiervan vormden nog slechts een relatief kleine minderheid. In plaats van het debat tussen voorstanders en tegenstanders van de juryrechtspraak, werd het centrale punt van discussie tussen 1838 en 1870 nu de vraag of het negatief-wettelijk bewijsstelsel moest worden behouden of dat professionele rechters compleet vrij zouden moeten worden gelaten in de beoordeling van het bewijs. Met name tussen 1860 en 1870 werd deze discussie intensief gevoerd naar aanleiding van het feit dat in 1863 het legislatieve voorstel werd gedaan om het negatief-wettelijk stelsel af te schaffen. De auteurs die voor de vrije bewijsbeoordeling pleitten waren in hun argumentatie sterk beïnvloed door de discussie in Duitsland waar in deze periode in toenemende mate het negatief-wettelijk bewijsstelsel werd bekritiseerd en afgeschaft.⁴⁵

4.4.1 De werking van het negatief-wettelijk bewijsstelsel

Met de inwerkingtreding van het nieuwe negatief-wettelijk bewijsstelsel mocht de rechter slechts gebruikmaken van de volgende vier bewijsmiddelen: getuigen, bekentenis, schriftelijke documenten en *indicia*. Ook werd als bewijsminimum ingevoerd dat niet op basis van één ooggetuige, één *indicium* of de blote bekentenis veroordeeld kon worden. Een andere belangrijke beperkende regel, waaruit tevens het nog blijvende wantrouwen rond *indicia* bleek, was het feit dat *indicia* niet door *indicia* mochten worden bewezen. Een vernieuwing van het Wetboek van Strafvordering was dat het vonnis nu ‘met redenen omkleed’ moest zijn. Een verplichting om het vonnis inhoudelijk te motiveren had onder het oude bewijsrecht nooit bestaan en ook niet in de periode tussen 1815 en 1838. De vraag was nu wat de wetgever bedoelde met de zinsnede dat het vonnis

⁴⁵ In zijn algemeenheid werd de discussie in Duitsland in de 19^{de} eeuw op de voet gevolgd en hadden Duitse auteurs zoals Feuerbach, Mittermaier, Köstlin en Jarcke een grote invloed op de Nederlandse auteurs. Dit gold in het bijzonder voor de theoretische fundering van de vrije bewijsbeoordeling door professionele rechters en de toenemende kritiek op het negatief-wettelijk bewijsstelsel in de periode tussen 1830 en 1870. Op de vergelijking tussen de Duitse en Nederlandse discussie kan in dit artikel door gebrek aan ruimte niet verder worden ingegaan. De ontwikkelingen in Duitsland komen niettemin veel uitgebreider aan bod in mijn nog te verschijnen proefschrift.

met redenen omkleed moest zijn. In de parlementaire geschiedenis werd hier zeer weinig over gezegd, maar het leek onwaarschijnlijk dat de rechter inhoudelijk zou moeten aangeven waarom hij bijvoorbeeld bepaalde getuigen betrouwbaar achtte en wat precies zijn overtuiging te weeg had gebracht. Een dergelijke motiveringseis had nooit bestaan voor 1838 en het bleek ook niet uit de parlementaire geschiedenis dat dit de bedoeling was.

De Hoge Raad maakte al snel aan de onduidelijkheid een einde. In een uitspraak in 1838 besliste de Hoge Raad dat de rechter niet inhoudelijk hoefde uit te leggen waarom hij overtuigd was. De Hoge Raad interpreteerde de motiveringsplicht in nauwe samenhang met het negatief-wettelijk bewijssysteem. Uit de motivering moest slechts blijken welke bewijsmiddelen waren gebruikt en dat aan de minimumvereisten van de wettelijke bewijsregels was voldaan. Ook moest hieruit blijken dat geen *indicia* door *indicia* bewezen waren. De Hoge Raad maakte duidelijk dat hij niet zou treden in een beoordeling naar de kracht van de bewijsmiddelen en of deze toereikend waren voor een veroordeling, maar slechts of de lagere rechter in overeenstemming met de negatief-wettelijke bewijsregels had gehandeld. De benadering van de Hoge Raad had als belangrijke consequentie dat de motivering van de lagere rechters een sterk formeel karakter kreeg.⁴⁶

In de literatuur in de periode tussen 1838 en 1860 werd al door verscheidene auteurs scherpe kritiek uitgeoefend op het negatief-wettelijk bewijssysteem, bijvoorbeeld door De Bosch Kemper. In zijn driedelige handboek over het Wetboek van Strafvordering, dat tussen 1838 en 1840 uitkwam, leek hij nog positief te staan tegenover het idee van een negatief-wettelijk bewijssysteem. Hij ging ervan uit dat er een middenweg moest worden gevonden tussen degenen die alles aan de subjectieve overtuiging wilden overlaten en degenen die alles positief wilden regelen in objectieve regels. Na tien jaar van praktische ervaring met het Wetboek van Strafvordering publiceerde hij echter een artikel waarin hij in niet mis te verstane woorden stelde dat het negatief-wettelijk bewijssysteem nutteloos en hinderlijk was gebleken. Hij verwachtte weinig wezenlijk nut van dit systeem:

Niet omdat wij instemmen met hen die gelooven, dat elk mensch van gezond verstand over het al of niet bewezene van feiten kan oordelen, maar omdat noodwendig alle wetsbepalingen omtrent het bewijs of geheel onvolledig en oppervlakkig zijn, of zoodanig uitgebreid moeten worden, dat zij de uitvoerigheid van een wetenschappelijk werk zouden moeten erlangen, om enigszins volledig te zijn. Het bewijs van misdaden en van de schuld behoort tot de regtswetenschap, niet tot de wetgeving. Dat de titel van het bewijs niet het minste nut heeft aangebracht, gelooven wij, dat algemeen erkend wordt.⁴⁷

Deze verandering van inzicht was van groot belang omdat De Bosch Kemper een van de meest vooraanstaande auteurs op het gebied van het strafprocesrecht was in deze peri-

⁴⁶ Dreissen, *De bewijsmotivering in strafzaken*, 38-44.

⁴⁷ J. de Bosch Kemper, 'Het Wetboek van Strafvordering aan ervaring en wetenschap getoetst. Deel 2', *Nederlandsche Jaarboeken voor voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, 1847, 70-75.

ode. Een tweede auteur van groot gewicht die het hiermee eens was, was De Pinto. Hij was gekant tegen wettelijke bewijsregels en stelde dat de bepalingen noodzakelijkerwijze of dermate rigide moesten zijn dat veel misdrijven ongestraft bleven, of dermate ruim dat de regels vrijwel betekenisloos werden. In principe, stelde De Pinto, was het toelaten van veroordelingen op *indicia* onverenigbaar met een echt systeem van wettelijke bewijsregels. Zodra deze mogelijkheid bestond was de beoordelingsvrijheid van de rechter zo groot dat er praktisch geen verschil meer was met de vrije bewijsbeoordeling. Het toestaan van veroordelingen op *indicia* was niettemin onvermijdelijk noodzakelijk, aldus De Pinto, omdat anders veel misdrijven ongestraft zouden blijven. Zonder verdere nadere motivering concludeerde de Pinto met de opmerking dat hij voorstander was van een jurystelsel.⁴⁸

4.4.2 De discussie over de invoering van de vrije bewijsbeoordeling in Nederland: 1860-1870

Op 10 november 1863 werd bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ingediend, die als hervorming bevatte dat de wettelijke bewijsregels zouden worden afgeschaft. In de memorie van toelichting werd, wat enigszins merkwaardig was, opgemerkt dat een brede ontvouwing van de gronden hiervoor overbodig mocht worden geacht. Behalve naar De Pinto en De Bosch Kemper verwees de memorie naar de ontwikkeling in de Duitse literatuur en wetgeving waarin het tot een meer algemene erkenning was gekomen van het schadelijke en belemmerende van wettelijke bewijsregels. De memorie van toelichting stelde dat het idee van wettelijke bewijsregels in zijn grondgedachte verkeerd en gebrekkig was:

De oorzaak ligt dan ook niet in de regeling, maar in de aard der zaak, die geene regeling bij de wet gedooft. Welke regeling men ook beproeve, altijd zal men stuiten op een dezer beide bezwaren, dat men of voorschriften geeft van zoodanige ruime strekking, dat zij niet veel meer zijn dan raadgevingen, en alles tenslotte aan de overtuiging van de rechter overlaten; of bepalingen stelt, welker toepassing op elk voorkomend geval het zoeken naar *formele* waarheid in de plaats stelt van *materiele* waarheid.⁴⁹

De regering vond dat het huidige negatief-wettelijk systeem vooral leed aan het eerste bezwaar, omdat het dermate ruim geformuleerd was dat bijna alles toch aan de overtuiging van de rechter werd overgelaten. Niettemin was de huidige situatie hinderlijk omdat het in sommige gevallen een veroordeling onmogelijk maakte waar de rechter op goede gronden overtuigd was van de schuld van de verdachte. Tegenover dit nadeel stonden, aldus de memorie van toelichting, geen voordelen. De regering geloofde niet dat de rechter minder zorgvuldig en scrupuleus zou oordelen na afschaffing van de bewijsregels, zoals door sommige voorstanders van een negatief-wettelijk systeem werd beweerd. De ontwikkeling van een bewijstheorie zou aan de rechtswetenschap moeten worden overgela-

⁴⁸ A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Strafvordering. Deel II*, Den Haag, 1848, 568-583.

⁴⁹ Tweede Kamerstukken, 1863, 734-735.

ten en de rechter niet in een rigide, formeel keurslijf moeten dwingen. Wel zou de rechter zijn vonnis moeten blijven motiveren.⁵⁰

In een afzonderlijk rapport ondersteunde de Raad van State de argumentatie van de memorie van toelichting volledig en merkte op dat het aantal voorstanders van een negatief-wettelijk systeem met de dag leek af te nemen. De Raad van State voegde tevens het argument toe dat de wettelijke bewijsregels tot een groot aantal vaak nodeloze cassatie-procedures aanleiding had gegeven en het effect had dat de inhoudelijk beste motiveringen de grootste kans hadden om gecasseerd te worden. Ook de meerderheid van een parlementaire commissie die een preliminair advies gaf over het wetsontwerp, was voor de afschaffing van het negatief-wettelijk systeem. Een significante minderheid van de parlementaire commissie en de meerderheid van de Hoge Raad, die ook een advies uitbracht, waren daarentegen niet voor de afschaffing van het negatief-wettelijk systeem. Zij stelden dat de negatief-wettelijke regels een nuttige waarborg vormden tegen lichtvaardige veroordelingen, en dat de nadelen die de regels meebrachten niet tegen dit voordeel opwogen.⁵¹ Hoewel een meerderheid van overheidsinstanties en het parlement voor de invoering van de vrije bewijsbeoordeling leken te zijn is het voorstel uiteindelijk in de ijskast verdwenen omdat de herziening van het strafprocesrecht, waar het voorstel onderdeel van uitmaakte, overbodig was geworden.⁵²

Het wetsvoorstel leidde ook tot een heropleving van de interesse in het strafrechtelijk bewijsrecht en een relatief groot aantal publicaties tussen 1860 en 1870. Vrijwel alle auteurs die in deze periode over dit onderwerp publiceerden pleitten voor de invoering van de vrije bewijsbeoordeling. De meest uitgebreide argumentaties voor en tegen een negatief-wettelijk bewijssysteem kwamen in deze periode van de Groningse hoogleraar Modderman, en de Friese advocaat en parlementariër Jongstra. Beiden deden in 1867 mee aan een prijsvraag van het Utrechts Provinciaal Genootschap voor de Kunsten en de Letteren waarin gevraagd werd of het negatief-wettelijk bewijssysteem moest worden afgeschaft. Modderman, die voor een vrije bewijsleer pleitte, won de gouden medaille en Jongstra, die voor het tegenovergestelde pleitte, won de zilveren medaille. De werken van Jongstra en Modderman zijn bijzonder interessant omdat daarin de meest complete argumentatie met betrekking tot deze discussie te vinden is.⁵³

Modderman begon met uit te leggen dat de waarheid die in strafzaken gezocht wordt een empirische is en dat het hoogst haalbare een hoge mate van waarschijnlijkheid is. Absolute ofwel mathematische zekerheid was niet te verkrijgen, slechts een approxi-

⁵⁰ *Ibidem*, 735-736.

⁵¹ *Ibidem*, 792-799, 827-828 en 1810-1811.

⁵² De wet met het voorstel van de vrije bewijsbeoordeling vormde onderdeel van een herziening van het strafprocesrecht die noodzakelijk zou worden met een voorgestelde ingrijpende wijziging van de rechterlijke organisatie. Toen uiteindelijk de hervorming van de rechterlijke organisatie geen parlementaire meerderheid kon verkrijgen, werd ook de herziening van het strafprocesrecht overbodig en achterwege gelaten, zie bijvoorbeeld A.A. de Pinto, *Handleiding van het Wetboek van Strafvordering. Tweede herziene deel*, Den Haag, 1882, 7-10.

⁵³ E.A.J. Modderman, *De wetenschappelijke bewijsleer in Strafzaken*, Utrecht, 1867; A.F. Jongstra, *Over wettelijke bewijsregelen*, Heerenveen, 1868.

matieve zekerheid. Hij achtte het onmogelijk om in bewijsregels a priori vast te leggen, wanneer er voldoende bewijs was voor een veroordeling. In zijn argumentatie tegen negatief-wettelijke bewijsregels volgde Modderman grotendeels Duitse auteurs als Mittermaier, Köstlin, Endemann en von Savigny. De vraag of er voldoende bewijs was voor een veroordeling was iets wat puur van de concrete omstandigheden van het geval afhing. De belangrijkste vragen zoals de betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen, hoe de ontlastende en belastende bewijsmiddelen zich tot elkaar verhielden en of de verdachte de vereiste criminele intentie had, konden niet in algemene regels gevat worden. Negatieve bewijsregels konden alleen gerechtvaardigd worden als zij een daadwerkelijke garantie boden tegen onterechte veroordelingen, maar volgens Modderman had de praktijk van de laatste decennia overduidelijk laten zien dat dit niet het geval was. Net als de memorie van toelichting stelde Modderman dat alle pogingen om een negatief-wettelijk bewijsstelsel op te stellen aan hetzelfde gebrek leden. Zij waren of zo ruim geformuleerd dat zij uiteindelijk bijna alles aan de overtuiging overlieten, of zo rigide dat veel misdrijven onbestraft moesten blijven en de rechter slechts op zoek was naar een formele waarheid. Ten slotte legde Modderman uit dat hij in plaats van de vermeende garantie van wettelijke bewijsregels vond dat veel sterkere garanties te vinden waren in de publiciteit van de uitspraak, het vereiste van een betere inhoudelijke motivering en de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie.

Jongstra stelde in zijn wat simpelere argumentatie voor het behoud van negatief-wettelijke bewijsregels dat bewijsregels al velen eeuwen hadden bestaan en dat tot de Franse revolutie niemand het in zijn hoofd had gehaald om deze af te schaffen. Het belangrijkste argument voor het behoud van bewijsregels was volgens Jongstra dat zij een garantie boden tegen lichtvaardige veroordelingen. Jongstra achtte het onverstandig om het formuleren van een bewijstheorie aan de rechtswetenschap over te laten omdat deze regels niet bindend waren en geen garantie tegen lichtvaardige veroordelingen vormden. Bindende bewijsregels zouden daarentegen voor rechtszekerheid zorgen.

4.4.3 *Het strafrechtelijk bewijsrecht na 1870*

Tussen 1870 en de invoering van een nieuw Wetboek van Strafvordering in 1926 leek het enthousiasme voor de vrije bewijsbeoordeling weer enigszins bekoeld. Het debat in deze periode was weinig vernieuwend en bleef gaan tussen voorstanders van de vrije bewijsbeoordeling en voorstanders van een (zeer gelimiteerd) negatief-wettelijk bewijsstelsel. Het eerste concept van de minister van Justitie Ort, dat zou leiden tot het Wetboek van Strafvordering van 1926, bevatte wederom het voorstel om de vrije bewijsbeoordeling in te voeren. Na kritiek uit het parlement werd echter besloten om het negatief-wettelijk stelsel te behouden. De voorstanders van negatief-wettelijke regels benadrukten dat zij noodzakelijk waren als garantie tegen lichtvaardige veroordelingen.⁵⁴ De argumentatie

⁵⁴ Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken*, 24-37.



Fotoboek van gedetineerden in de strafgevangenis in Den Haag, 1890. Den Haag, Nationaal Archief, archief Strafstellingen 's-Gravenhage, 3.05.04, inv.nr. 484.

van de voor- en tegenstanders van de vrije bewijsbeoordeling bleef in deze periode vrijwel identiek aan die van Modderman en Jongstra uit 1867.

In het Wetboek van Strafvordering van 1926 vond niettemin een belangrijke wijziging plaats die het negatief-wettelijk systeem verder marginaliseerde. De regel werd geschrapt dat *indicia* niet door *indicia* mochten worden bewezen. Dit behelsde de afschaffing van een belangrijke erfenis uit het systeem van wettelijke bewijsmiddelen en een belangrijke verdere stap richting een vrije bewijsbeoordeling.⁵⁵ Door het Wetboek van Strafvordering

⁵⁵ *Ibidem*, 34-54.

van 1926 bleef Nederland een van de relatief weinige landen in Continentaal Europa die een (in ieder geval formeel) negatief-wettelijk systeem behielden. Niettemin waren de bewijsrechtelijke minimumregels dermate ver uitgehold dat er de facto weinig verschil was tussen de Nederland omringende landen waar de vrije bewijsbeoordeling gold. De overtuiging van de rechter was het maatgevende criterium geworden voor de vraag of er voldoende bewijs was voor een veroordeling. Een belangrijke verandering die zijn verdere beslag kreeg in het Wetboek van Strafvordering van 1926 was dat verdergaande eisen aan de motivering van het vonnis gesteld werden. In plaats van wettelijke bewijsregels werd de bewijsmotivering in toenemende mate als de beste waarborg tegen te lichtvaardige veroordelingen gezien.

5 Conclusie

Er vond in Nederland tussen 1750 en 1870 een ingrijpende verandering plaats in het strafrechtelijke bewijsrecht en het strafprocesrecht. Van de late middeleeuwen tot het einde van de achttiende eeuw was de rechter gebonden aan een systeem van bewijsregels die *a priori* bepaalden wanneer er voldoende bewijs was voor de veroordeling tot een zware (fysieke) straf. De procedure in Holland was sterk gericht op het verkrijgen van een bekentenis van de verdachte en deze had slechts zeer beperkte verdedigingsrechten. Vanaf het einde van de achttiende eeuw ontstond onder Franse invloed – naast het meer inquisitoire vooronderzoek – een openbare, mondelinge procedure waarin de verdachte veel uitgebreidere verdedigingsrechten kreeg. Hij had recht op juridische bijstand en verwierf het recht om zichzelf niet te incrimineren. In het bewijsrecht werd de rechter in toenemende mate bevrijd van bewijsregels en kwam het aan op zijn overtuiging of hij de verdachte mocht veroordelen. Deze veranderingen in het strafrechtelijke bewijsrecht en het strafprocesrecht zijn in belangrijke mate te verklaren vanuit de onderliggende epistemologische en politiek-constitutionele veranderingen.

De opkomst van een probabilistische conceptie van de waarheid zorgde ervoor dat het systeem van wettelijke bewijsmiddelen onhoudbaar werd. Het idee dat er een hoge graad van waarschijnlijkheid vereist was voor een veroordeling en dat ooggetuigen, een bekentenis en circumstantieel bewijs slechts verschillende gradaties van waarschijnlijkheid konden bewerkstelligen, afhankelijk van de omstandigheden van het individuele geval, betekende dat het niet goed uit te leggen was waarom uitsluitend twee ooggetuigen en de bekentenis een vol bewijs uitmaakten. Het essentiële onderscheid tussen enerzijds *indicia* en anderzijds ooggetuigen en de bekentenis van het systeem van wettelijke bewijsmiddelen werd verworpen. Zoals Mittermaier zei: ‘Het is overal slechts een keten van waarschijnlijke gevolgtrekkingen waarop wij onze overtuiging bouwen’.⁵⁶ In

plaats van wettelijke bewijsregels werd het nu algemeen aanvaard dat de vraag of de vereiste hoge mate van waarschijnlijkheid aanwezig was aan de beoordeling en overtuiging van de rechter moest worden overgelaten (alhoewel een grote groep auteurs nog wel enige negatieve regels wilden behouden als garantie tegen te lichtvaardige veroordelingen).

De politiek-constitutionele veranderingen in de zeventiende en achttiende eeuw droegen er eveneens sterk aan bij dat de bestaande inquisitoire procedure en bijvoorbeeld het gebruik van de tortuur als onhoudbaar werden gezien. De verdachte had een natuurlijk recht om zichzelf te verdedigen en zou niet gedwongen moeten worden om aan zijn eigen veroordeling bij te dragen. Verder had de samenleving het recht niet, zoals bijvoorbeeld Beccaria stelde, om zijn bescherming aan een burger te onttrekken voordat was bewezen dat hij het sociale contract verbroken had en moest tot dat moment worden vermoed dat de burger onschuldig was. Het was kortom vooral de samenloop van de epistemologische en politiek-constitutionele veranderingen die ten grondslag lag aan de hervorming van het strafrechtelijk bewijsrecht en het strafprocesrecht. Hoewel er nog belangrijke veranderingen hebben plaatsgevonden na 1870, kan gezegd worden dat in de periode tussen 1750 en 1870 de belangrijkste grondslagen zijn gelegd voor het ‘moderne’ strafrechtelijk bewijsrecht en strafprocesrecht.

Summary

This article contains a summary description of the history of the criminal law of evidence in the eighteenth and nineteenth centuries in the Netherlands. It describes the transformation from the so-called ‘system of legal proofs’ – which consisted of a set of rules that strictly bound the judge and predetermined when there was sufficient evidence for a condemnation – to a system based on the largely free evaluation of the evidence. The main thesis of this article is that this transition was, to a large extent, the result of underlying changes in epistemological and political-constitutional ideas.

Keywords

Criminal Law of Evidence, Netherlands, Modern Rules of Evidence

‘ZIJN DE BELGEN NAPOLEONS TROUWSTE ONDERDANEN?’*

EEN ONDERZOEK NAAR DE MOGELIJKE OPHEFFING VAN DE CODE NAPOLÉON IN BELGIË EN ZIJN VERVANGING DOOR HET BURGERLIJK WETBOEK VAN HET VERENIGD KONINKRIJK DER NEDERLANDEN**

I Inleiding

Het is een gemeenplaats te stellen dat het Belgisch burgerlijk recht gecodificeerd is in de *Code Napoléon* van 1804, soms aangevuld met de vermelding dat het de in 1807 opnieuw bekendgemaakte tekst betreft en niet de oorspronkelijke.¹ België was immers in 1795 aangehecht door Frankrijk, zodat de in 1804 afgekondigde *Code civil des Français*, in 1807 hernoemd tot *Code Napoléon*, alhier gelding had. We bespreken nu kort het voorspel: het streven naar nieuwe codificaties in het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden en hun snel verval na de Belgische Revolutie.

1.1 Aanzet tot nieuwe codificaties

Het heeft er nochtans enige tijd naar uitgezien dat ‘België’ een – min of meer – eigen codificatie zou verkrijgen. Nadat België eenmaal door artikel LXV van de Slotakte van het Congres van Wenen (9 juni 1815) was aangehecht bij het Koninkrijk der Nederlanden,² ontstond het verlangen om die unie ook door gemeenschappelijke, nationale wetboeken

* Naar D. Heirbaut, ‘Napoleons trouwste onderdanen, of waarom de Code civil na tweehonderd jaar nog steeds overeind staat in België’, in: D. Heirbaut en G. Martyn (red.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, 2005, 77.

** Ik dank prof. dr. N. Carette en prof. dr. T. Wallinga voor hun nuttige opmerkingen en suggesties op een eerdere versie van dit artikel. Gehanteerde afkortingen: AA – *Ars Aequi*; BS – Belgisch Staatsblad; BTNG – Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis; Cass. – Hof van Cassatie van België; CDPK – *Chroniques de droit public / Publiekrechtelijke Kronieken*; HR – Hoge Raad der Nederlanden; JT – *Journal des Tribunaux*; Pand.b. – *Pandectes belges*; Pas. – *Pasicrisie belge*; Pasin. – *Pasinomie belge*; Staatsc. – *Staatscourant*; Stb. – *Staatsblad (Verenigd Koninkrijk der Nederlanden)*; TBP – *Tijdschrift voor Bestuursrecht en Politiek*; TPR – *Tijdschrift voor Privaatrecht*; TRG – *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*.

1 Zie bv. J. Gilissen, ‘Codifications et projets de codification en Belgique au 19^{ème} siècle (1804-1914)’, BTNG, 1983, 204; G. Van Dievoet, ‘Het Burgerlijk Wetboek van 1804 tot heden’, in: D. Heirbaut en G. Baeteman (red.), *Cumulatieve editie van het Burgerlijk Wetboek, I, Inleiding*. Art. 1-1100, Gent, 2004, xiii-xiv; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge, I, Théorie des droits et des lois. Les personnes. La famille*, Brussel, 1948, 6, nr. 4; F. Laurent, *Principes de droit civil*, Brussel, 1869, I, nr. 1; Heirbaut, ‘Napoleons trouwste onderdanen’, 78; Pand.b., v^o *Code (en général)*, 8-9, nr. 12; A. Wijffels, ‘Les contrats dans le Code civil de 1830. Contribution à l’histoire de la réception du Code civil des Français en Belgique sous le régime du Royaume des Pays-Bas Unis’, in: P. Wéry (red.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, 2004, 54-55; D. Heirbaut, ‘Codificatie in België en Nederland: een voorbeeld van hoe het (niet) moet? Een onderzoek naar de factoren van succes en falen van de pogingen tot codificatie van het civielrecht in België en Nederland’, TPR, 2006, 1734.

2 Onder andere weergegeven in X, *Manuel constitutionnel de la Belgique*, Brussel, 1831, 135 e.v. Zie ook het KB 16 maart 1815 [houdende de verklaring dat alle gebieden die onder zijn bestuur staan, het Koninkrijk der Nederlanden vormen], *Journal officiel du Gouvernement de la Belgique*, dl. 5, 28 maart 1815, door een oud cassatiearrest (Cass. 8 februari 1833, *Bulletin de la Cour de cassation de Belgique*, 1832-1833, 270) beschouwd als de geboortedatum van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden.

te versterken. De nadruk lag meer op 'nationaal' dan op 'gemeenschappelijk,' aangezien de *Code civil* in 1811 ook in Nederland was ingevoerd.³ Maar ook de wens naar nationale wetboeken (wetboeken die sterk door het oud-vaderlandse recht beïnvloed waren) verslaptte, getuige het droevige lot van het ontwerp dat in 1820 door Joan Melchior Kemper⁴ aan de Staten-Generaal werd voorgelegd.⁵

In die geest bepaalde artikel 163 van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 1815 (hierna: GW 1815; de Belgische Grondwet zal niet met een jaartal aangeduid worden) dat 'er zal worden ingevoerd een algemeen wetboek van burgerlijk regt, van koophandel, van lijfstraffelijk regt, van de zamenstelling der regterlijke magt, en van de manier van procederen'.⁶ Deze bepaling was ook al terug te vinden in de Grondwet van 1814.

Er werd vanaf 1814 naarstig gewerkt aan nieuwe nationale wetboeken.⁷ In 1830 was het codificatieproces goeddeels afgelopen: een Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden (dat het hoofdonderwerp van onderhavig artikel zal uitmaken en afgekort zal worden tot BW 1830), alsook een Wetboek van Koophandel, een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, een Wetboek van Strafvordering, een wet op de rechterlijke organisatie en een wet houdende algemene bepalingen werden toen, na nog een laatste algemene herziening om alle onderlinge tegenstrijdigheden te verwijderen,⁸ definitief goedgekeurd, bekrachtigd en afgekondigd (het Strafwetboek ontmoette meer moeilijkheden en blijft hier buiten beschouwing). De genoemde wetten en wetboeken zouden in werking treden op 1 februari 1831, dit overeenkomstig een koninklijk besluit van 5 juli 1830.⁹

3 E. Van Dievoet, *Het burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940. De rechtsbronnen*, Antwerpen, 1943, 19, nr. 6, 20-21, nr. 7. De wettelijke grondslag is art. 114 keizerlijk decreet 18 oktober 1810 n° 6043 portant règlement général pour l'organisation des départements de la Hollande, *Bulletin des Lois*, 4^e serie, 1811, afl. 322, 364.

4 J.M. Kemper (1776-1824) was hoogleraar op verschillende universiteiten en speelde een belangrijke rol bij de Omwenteling van 1813, toen de Franse troepen het huidige Nederland ontruimden. Hij werd bij besluit van de Soevereine Vorst van 18 april 1814 benoemd tot voorzitter van de commissie die een nieuw burgerlijk wetboek moest opstellen. Hij bepleitte hierbij een eigen, Nederlands BW in de plaats van een bewerking van de *Code Napoléon*. Hij slaagde erin de Koning hiervan te overtuigen, maar de Tweede Kamer zou zijn voorstellen met grote meerderheden afwijzen.

5 S. Van Brakel, 'De geschiedenis van de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek van 1820 tot 1838', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle, 1938, 324. De tekst is te vinden in J. de Bosch Kemper (red.), *Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden*, Leiden, 1864.

6 Zie ook de bespreking van de verschillende betekenissen die aan deze bepaling gehecht konden worden in: A. Wijffels, 'Balancing rationality and tradition: the French *Code civil* and the codification of civil law in the Netherlands, 1798-1838', in: R. Beauthier en I. Rorive (red.), *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Brussel, 2004, 293 e.v.

7 Een algemeen overzicht over de vroege codificatiebeweging kan gevonden worden in R. Cleveringa, 'De ontwerpen-1816 en -1820', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle, 1938, 277-306. Een overzicht van de negentiende-eeuwse codificatiepogingen in België (met inbegrip van Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden) kan gevonden worden in Gilissen, 'Codifications', 203-285.

8 Van Dievoet, *Burgerlijk recht*, 39, nr. 10; Wijffels, *Les contrats dans le Code civil de 1830*, 44; Van Brakel, *De totstandkoming*, 325-326.

9 KB 5 juli 1830, Stb., 1830, nr. 41. Zie ook Wijffels, *Balancing rationality and tradition*, 291; Wijffels, *Les contrats dans le Code civil de 1830*, 44.

Ontwerp
 van een
 Grond - Wet
 voor het
 Koninkrijk der Nederlanden.

Eerste Hoofdstuk.

van het Rijk en deszelfs Inwoners.

Artikel 1.

Het Koninkrijk der Nederlanden (zoo als
 het zelve omschreven is by het tractaat tussehen de
 Mogentheden van Europa, op het congres van Wien
 vergaderd, gesloten en gelukend op den 9^{ten} Junij
 1815), bestaat uit de volgende Provinciën:

Brabant. (Noord.)

Brabant. (Zuid.)

Limburg,

Gelderland.

Luit

1.2 Nieuwe codificaties niet ingevoerd

Het is eenieder die enige kennis heeft van het Belgische recht wel duidelijk dat de *Code Napoléon* en de andere napoleontische wetboeken ook na 1 februari 1831 van kracht bleven. Het is de bedoeling van onderhavig artikel om na te gaan of dat inderdaad het geval is: geldt in België inderdaad nog de *Code Napoléon* of heeft men gedurende meer dan 180 jaren ten onrechte het BW 1830 weggedrukt? Bij ons weten is deze vraag sinds de Belgische onafhankelijkheid slechts éénmaal grondig onderzocht in de rechtsleer (en nooit door de rechtspraak),¹⁰ namelijk door meester F. Bol, advocaat aan de balie van Amsterdam, tezamen met meester F. Wittemans, advocaat aan de balie van Antwerpen, in een aantal lezersbrieven gepubliceerd door het *Journal des tribunaux* ter gelegenheid van het eerste eeuwfeest van de *Code Napoléon*.¹¹ Aangezien die discussie is beslecht door een onzes inziens betwifelbaar argument – namelijk dat het in werking doen treden van het BW 1830 een bevoegdheid van de uitvoerende macht was, in de uitoefening waarvan hij vrij is – komt het ons als gepast voor om de vraag opnieuw te onderzoeken.

Waar Nederland afkerig stond tegenover de Franse overheersing, lijkt in België de tijd enkele wonden te hebben geheeld tegenover de Franse overheersing, zoals zou kunnen blijken uit het ontbreken van een algemene opstand gedurende de instorting van het Keizerrijk. In welke mate dat zo is, en meer nog of de relatieve rust in België in 1814 inderdaad aan Franslievendheid te wijten was, is in twijfel getrokken: blijkbaar waren de geallieerden niet happig op een Belgische opstand, die immers de herinrichting van dit deel van Europa als bolwerk tegen Frankrijk had kunnen dwarsbomen door een onafhankelijk maar kwetsbaar België te scheppen.¹² Het Belgische onbehagen jegens de Franse overheersing strekte zich in ieder geval veel minder uit tot de *Code Napoléon*.¹³ Het was ook mooi meegenomen dat de Belgische wetten op het auteursrecht lange tijd erg restrictief waren in het beschermen van buitenlandse schrijvers, wat tot gevolg had dat Franse rechtsleer zonder veel schroom goedkoop overgeschreven kon worden.¹⁴

¹⁰ Wanneer men de werken aangehaald in voetnoot 2 leest, merkt men op dat men zich gewoonlijk beperkt tot een korte opmerking dat het BW 1830 niet in werking is getreden of is opgeheven vanwege het besluit van de Tijdelijke Regering van 14 januari 1831.

¹¹ Zie F. Bol en F. Wittemans, 'Le Code civil a-t-il force de loi en Belgique' (lezersbrieven met antwoorden van de redactie), *JT*, 1904, kol. 381-382, 425-426, 449-450, 479-481 (aangevuld met een raadpleging door de redactie van een 'eminent magistraat, beslagen in het publiekrecht', die echter niet met naam wordt genoemd). Een samenvatting van het voorgaande werd opgenomen in: P. Bauthier, 'Le Code civil a-t-il été abrogé, en Belgique, en 1831', *JT*, 2004, 344.

¹² Zie hierover P. Verhaegen, *La Belgique sous la domination française (1792-1814)*, V, *La chute de l'Empire*, Brussel, 1929, 181 e.v.

¹³ A. Wijffels, 'Du Code civil de 1830 à la Constitution de 1831: l'apprentissage du travail législatif parlementaire', in: *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, 2007, (1731) 1732-1733; S. Bouabdallah, *La réception du modèle français en droit civil belge. Exemple d'un transfert de droit*, Brussel, 2014, 55-58, nr. 28.

¹⁴ D. Heirbaut, *Hadden/hebben de Belgische ministers van Justitie een civielrechtelijk beleid?* Thorbecke-colleges, dl. 27, Mechelen, 2003, 20; Bouabdallah, *La réception*, 183-185, nr. 133; D. Heirbaut en M.E. Storme, 'Private Law Codifications in Belgium', in: J.C. Rivera (red.), *The Scope and Structure of Civil Codes*, Dordrecht, 2013, 70.

1.3 Plan, afbakening en terminologie

In de hierna volgende paragrafen zullen we eerst nagaan hoe de Nederlandse en Belgische overheden omsprongen met de nakende inwerkingtreding van het BW 1830. Daarna gaan we na of de Tijdelijke Regering de noodzakelijke bevoegdheid had om te doen wat ze wenste: het BW 1830 opheffen. Hiertoe bespreken we achtereenvolgens de mogelijke ingreep van de (grond)wetgever in 1831, het noodrecht, en de opvatting van de auteurs van de *Pasinomie*. We eindigen met een besluit.

Het artikel zal zich in de regel toeleggen op de vraag welk burgerlijk wetboek in België geldt, zodat de overige wetten en wetboeken niet of slechts zijdelings behandeld zullen worden. Aangezien het grootste deel van de beschouwingen die we aan het burgerlijk wetboek wijden, analoog kan worden toegepast op de overige wetten en wetboeken, is dit geen groot gemis. Ook komt het ons voor dat de overige wetten en wetboeken die in 1831 zouden zijn in werking getreden in de loop der jaren sowieso veel meer van hun belang hebben verloren dan het Burgerlijk Wetboek. Zo zijn er sinds 1831 nieuwe wetboeken verschenen met betrekking tot het gerechtelijk recht (met de nuance die we hieronder maken) en het strafrecht (dat, bij ontstentenis aan een ‘Sw. 1830’, toch onberoerd bleef), terwijl het Wetboek van Koophandel weliswaar niet door een formeel nieuwe codificatie vervangen is, maar wel geheel is vernieuwd respectievelijk uitgedoed¹⁵ door latere wetten (onder meer de Zeewet, de Faillissementswet¹⁶ en het Wetboek van Vennootschappen). In het strafprocesrecht zou een grotere impact mogelijk zijn, maar ook daar zijn zeer talrijke wijzigingen op te merken.

Wat betreft het gerechtelijk recht moet het voorgaande wel genuanceerd worden. Artikel 2 Gerechtelijk Wetboek bepaalt immers dat de ‘in dit wetboek gestelde regels van toepassing [zijn] op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen [...]’. De wet 18 april 1827 op de samenstelling van de Regterlijke magt en het beleid der Justitie en het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die ook door het besluit van 14 januari 1831 getroffen werden, zijn echter niet opgenomen in artikel 2 wet 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek,¹⁷ zodat men kan stellen dat deze wetgeving eveneens nog steeds geldt bij gebreke aan uitdrukkelijke opheffing. De beoefenaren van het gerechtelijk recht kunnen echter ten dele gerust zijn: men kan ervan uitgaan dat de wet van 4 augustus 1832 op de gerechtelijke organisatie en latere wetten over hetzelfde onderwerp de wet van 18 april 1827 minstens stilzwijgend hebben opgeheven, aangezien ze dezelfde materie regelen. Wat betreft het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan men echter twijfelen of dat al dan niet opgeheven is.

¹⁵ H. Cousy sprak van een ‘opvallende leegplundering van het wetboek van koophandel’: ‘Over wetgeving gesproken. Beschouwingen over de regelgevende functie naar aanleiding van de recente toevloed van wetgeving’, *Jura Falconis* 1991-1992, afl. 2, 21.

¹⁶ Die thans in het Wetboek van Economisch Recht opgenomen is als boek XX.

¹⁷ BS, 1967, 11.360. Daarentegen is de napoleontische *Code de procédure civile* ruim vertegenwoordigd: men gaat zelfs zo ver de verschillende delen daarvan op te sommen, met hun datum van afkondiging.

Om redenen van beknoptheid bespreken we in deze bijdrage enkel de vraag of in 1831 het BW 1830 in werking is getreden en de *Code Napoléon* is opgeheven. We onderzoeken niet of de wetgever later de *Code Napoléon* opnieuw (impliciet) heeft ingevoerd door bijvoorbeeld het vaststellen van de officiële Nederlandse tekst van de *Code Napoléon*. Merk op dat er tot nog toe geen uitdrukkelijke algemene bevestiging van de *Code Napoléon* is geweest. Wel zijn er talrijke bijzondere wetten geweest die wijzigingen hebben aangebracht aan het BW.

Er is rechtsleer die voorstelt om de toenmalige officiële vertalingen te gebruiken voor Voorlopig Bewind (*Gouvernement provisoire*), Nationaal Congres (*Congrès national*), Centraal Comité (van het Voorlopig Bewind) (*Comité central du Gouvernement provisoire*), (bijzonder) Comité (*Comité*) en Centrale Sectie van het Nationaal Congres (of Centrale Afdeling) (*Section centrale du Congrès national*), zodat respectievelijk gesproken zou worden van Tijdelijke Regering, Volksraad, Hoofdbewind, (bijzonder) Bewind en Middenafdeling (*Section centrale du Congrès national*).¹⁸ We scharen ons achter dit voorstel.

We zullen naar de *Code Napoléon* verwijzen met die naam (of met de afkorting BW). We zien af van een vertaling tot Wetboek Napoleon om te vermijden dat er verwarring zou ontstaan met het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (1809).

1.4 Relevante gebieden

Onze bespreking is voornamelijk van belang voor België. Maar ook Nederland is betrokken. Het Verdrag van de XXIV Artikelen van 19 april 1839 verplichtte België om een aantal gebieden in Limburg en Luxemburg af te staan aan Nederland. Zoals we hieronder nog zullen zien, heeft Willem I de inwerkingtreding van het BW 1830 in Nederland opgeschort met instemming van de Staten-Generaal. Hij had echter kort daarvoor zijn bestuur beperkt tot de nog gezagsgetrouwe provincies (waaronder Luxemburg). Dat betekent dat in de teruggekeerde Limburgse gebieden het BW 1830 op de voorziene tijd in werking is getreden.¹⁹ Het Nederlandse KB gold immers niet voor die gebieden; het besluit van de Tijdelijke Regering was naar Nederlands recht duidelijk onwettig, aangezien het genomen werd door een stelletje oproerkraaiers.

Het kan betwijfeld worden dat Willem I zijn bestuur op legale wijze kon beperken tot de gezagsgetrouwe provincies. In de huidige Nederlandse Grondwet maakt artikel 36 (ingevoerd in 1922) het mogelijk dat de Koning tijdelijk zijn gezag neerlegt. Het is moge-

¹⁸ J. Gilissen, 'De eerste administratieve organisatie van België ten tijde van de Tijdelijke Regering (september 1830-februari 1831)', TRG, 1984, 303-307. Hij wordt nagevolgd door (onder andere) M. Magits, *De Volksraad en de opstelling van de Belgische grondwet van 7 februari 1831. Een bijdrage tot de wordingsgeschiedenis van de Belgische konstitutie*, Brussel, doctoraal proefschrift VUB, 1976-1977, xiii e.v.; J. Vrielinck, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Antwerpen, 2010, 26, voetnoot 26; W. Van Den Steene, *De Belgische Grondwetscommissie (oktober-november 1830). Tekst van haar notulen en ontstaan van de Belgische Grondwet*, Brussel, 1963, 7, voetnoot 1.

¹⁹ Vgl. G.-R. de Groot en R.F.H. Mertens, 'De notaris in Maastricht van 1838-1842', in: *Notariaat en 150 jaar BW*, Deventer, 1988, 10 (die echter onterecht ervan uitgaat dat het BW 1830 niet in werking was getreden).

lijk dat een territoriale beperking van het gezag door een analoge toepassing van artikel 36 gewettigd zou worden, maar die regel bestond in 1830 nog niet. Indien het besluit van Willem I onwettig was, is zijn besluit dat de inwerkingtreding van het BW 1830 uitstelde, wel van kracht in Limburg. Maar het is mogelijk dat de noodtoestand de beperking van het bestuur rechtvaardigt. Deze vraag onderzoeken we niet verder, aangezien het de Belgische juridische toestand is die ons interesseert.

2 Het (beoogde) lot van het BW 1830

In de volgende paragrafen schetsen we hoe de Nederlandse en de Belgische overheden zijn omgesprongen met de nakende inwerkingtreding van het BW 1830.

2.1 Het BW 1830 in Nederland

Zelfs de beste plannen moeten het afleggen tegen onvoorziene omstandigheden. Toen de Belgische Omwenteling uitbrak in 1830 bleek het onwenselijk om de toch al grote chaos op de spits te drijven door nieuwe en onbeproeft wetboeken in te voeren. Willem I stelde op 5 januari 1831 de inwerkingtreding van de nieuwe wetboeken voor onbepaalde tijd uit.²⁰ Is zijn besluit verbindend voor de Belgische gebieden? Niet naar Belgisch recht, omdat de Volksraad al op 18 november 1830 bij decreet de onafhankelijkheid van België had uitgeroepen,²¹ hierbij het besluit van de Tijdelijke Regering van 4 oktober 1830 bevestigend.²² Men zou de datum waarop Willem I naar Belgisch recht uit zijn koninklijke bevoegdheden werd ontzet zelfs nog vroeger kunnen stellen, namelijk op 21 september 1830, 'jour où ont commencé les hostilités'.²³ Maar – ietwat meer verrassend – ook naar Nederlands recht dringt zich een ontkennend antwoord op: Willem I had bij besluit van 20 oktober 1830²⁴ bepaald dat zijn bestuur zich zou beperken tot de noordelijke provincies van het koninkrijk en tot het groothertogdom Luxemburg. Of het KB van 20 oktober 1830 wel door de grondwettelijke beugel kon, mag betwijfeld worden maar zal hier niet onderzocht worden.

²⁰ KB 5 januari 1831, Stb., 1831, nr. 1. De Staten-Generaal heeft ingestemd met 's Konings besluit: J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetboeken, I/I, Algemeene inleiding*, Utrecht, 1837, 358, met verwijzing naar Staatsc. van 28 oktober 1830, nr. 257. Zie ook Wijffels, *Balancing rationality and tradition*, 291; Wijffels, *Les contrats dans le Code civil de 1830*, 45; J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen, 1986, 281.

²¹ Bull. Off., nr. 41.

²² Bull. Off., nr. 4. De wettelijkheid van dit besluit is aangevallen geweest om de reden dat het Hoofdbewind (het Comité central) enkel op verslag van de bijzondere Bewinden zou hebben kunnen optreden, doch dat in dit geval zou hebben nagelaten. Zie hierover M. Josson, *De Belgische omwenteling van 1830, I*, Tielt, s.d. [1930], 101; J. Gilissen, 'Le caractère collégial des premières formes de gouvernement et d'administration de l'état belge (1830-1831)', BTNG, 1981, 614, voetnoot 6 (beschrijvend).

²³ Besluit van de Tijdelijke Regering 31 oktober 1830 sur l'exécution des arrêtés royaux sur la remise des peines pécuniaires, Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire de Belgique, afl. 23, 5.

²⁴ Staatsc., 25 oktober 1830, nr. 254.3.

Het mag hier nog voor de volledigheid vermeld worden dat het BW 1830 na de opschorting van zijn inwerkingtreding werd aangepast aan de gewijzigde politieke situatie en in 1838 in werking trad in Nederland.²⁵ Hierbij voerde een anti-Belgische ingesteldheid de boventoon, getuige de toespraak van het Groningse kamerlid Tammo Sypkens, die de Belgen ‘in het algemeen van karakter wuft, opgeblazen, domperig, onvrij, naäpend, zonder eigen zelfstandigheid’ noemde.²⁶ Niettemin is het BW 1838 voor het allergrootste deel gelijk gebleven aan het BW 1830.²⁷

2.2 Het BW 1830 in België

Blijkens het voorgaande is, naar Nederlands recht, het Burgerlijk Wetboek 1830 in de Belgische gebieden (Luxemburg uitgezonderd) zoals voorzien op 1 februari 1831 in werking getreden.²⁸ Daarmee is echter niet gezegd dat het Burgerlijk Wetboek 1830 inderdaad in werking is getreden: de Tijdelijke Regering heeft het voorbeeld van Willem I nagevolgd en bij besluit van 14 januari 1831²⁹ de koninklijke besluiten ‘van 16 mei 1829 (nummer 33) en van 5 juli 1830 (nummer 41)’ betreffende de inwerkingtreding van de wetboeken ingetrokken.³⁰ Laten we de geldigheid van dit besluit onderzoeken.

3 Is de schorsing van het BW 1830 in België geslaagd?

Hieronder onderzoeken we of het Burgerlijk Wetboek van 1830 inderdaad in werking is getreden overeenkomstig het KB van 5 juli 1830. Hiertoe zullen we nagaan of de Tijdelijke Regering wel gemeenrechtelijk bevoegd was om handelingen van wetgevende aard te stellen. Daartoe zullen we eerst de wetteksten en vervolgens enkele mogelijke preceden-ten onderzoeken. Daarna zullen we nagaan of de Volksraad als wetgever of grondwetgever het besluit van de Tijdelijke Regering heeft bekrachtigd of door een wet tot hetzelfde resultaat is gekomen. Daaropvolgend zullen we bekijken of de Tijdelijke Regering krachtens het noodrecht had kunnen handelen. We sluiten af met de redenen waarom de Pasi-

²⁵ Van Brakel, *De totstandkoming*, 326.

²⁶ Zie Lokin en Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, 282; Voorduyn, *Geschiedenis der Nederlandsche Wetboeken*, I/1, 368.

²⁷ Lokin en Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, 283.

²⁸ De Tijdelijke Regering was van mening dat de rechtskracht van de koninklijke besluiten dagtekenend van voor de Belgische Omwenteling niet door de politieke gebeurtenissen aangetast werd: zie bijvoorbeeld Besluit van de Tijdelijke Regering 31 oktober 1830 sur l'exécution des arrêtés royaux sur la remise des peines pécuniaires, *Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire de Belgique*, afl. 23, 5, in het bijzonder de overweging. Op het vlak van benoemingen echter werd de tegenovergestelde opvatting gehuldigd: Gilissen, ‘De eerste administratieve organisatie’, 332.

²⁹ Besluit van de Tijdelijke Regering 14 januari 1831 qui abroge les codes neerlandais et la législation neerlandaise sur l'organisation judiciaire, *Bull. Off.*, nr. 5, *Pasin.*, Brussel, 1833, 146-147; E. Huyttens, *Discussions du Congrès national de Belgique*, II, Brussel, 1844, 200-201, in voetnoot. Het zal hierna afgekort worden als ‘besluit van 14 januari 1831’ of als ‘het besluit van de Tijdelijke Regering’.

³⁰ Van Dievoet, *Burgerlijk recht*, 39, nr. 10.



Portret van koning Willem I, geschetst door Willem Bartel van der Kooi (1778-1836), zonder datum. Amsterdam, Rijksmuseum.

nomie, die op een gegeven ogenblik als argument pro de opheffing van het BW 1830 is aangehaald, irrelevant is.

3.1 Bevoegdheid van de Tijdelijke Regering?

Tijdelijke Regering had geen wetgevende macht meer. Op het moment dat de Tijdelijke Regering het besluit van 14 januari 1831 nam en aldus de wetten en wetboeken van 1830 minstens schorste, mogelijk zelfs ophief, had het zijn wetgevende bevoegdheden – die het had verkregen ‘par la force des circonstances et par l’assentiment de la Nation’³¹ – al afgestaan aan de Volksraad en was het enkel nog belast met de uitvoerende macht.³² De Tijdelijke Regering ‘résign[a] ses fonctions dans le sein du congrès national’ op 12 november 1830 en nam tezelfdertijd ontslag, waarvan de Volksraad haar akte verleende. Op dezelfde dag nog delegerde de Volksraad aan de Tijdelijke Regering de uitvoerende macht ‘jusqu’à ce qu’il y ait été au-

31 J.-J. Thonissen, *La Constitution belge annotée*, Brussel, 1879, 335, nr. 510.

32 Zitting van 12 november 1830, E. Huytens, *Discussions du Congrès national de Belgique*, I, Brussel, 1844, 126 e.v., <http://unionisme.be>; Thonissen, *La Constitution*, 335, nr. 510; Gilissen, ‘De eerste administratieve organisatie’, 302; Josson, *Belgische omwenteling*, 185-189.

tremement pourvu par le congrès'. Uit de beraadslagingen blijkt dat de Volksraad de soevereiniteit bewaart en voorlopig de Grondwet van 1815 blijft volgen, in afwachting van de inwerkingtreding van de nieuwe Belgische Grondwet.

Het is dus nog maar de vraag of de Tijdelijke Regering nog wel bevoegd was om volwaardige wetten zonder de medewerking van de Volksraad in te trekken. Er was zelfs twijfel of de Tijdelijke Regering, of toch minstens de bijzondere bewinden (*les comités*), na de afstand van de wetgevende macht het recht had(den) om wetsontwerpen in te dienen.³³ Het is dan nodig om de toepasselijke regelgeving over de machtenverdeling te onderzoeken.

De grondwet van 1815 was nog (strikt genomen: opnieuw) van toepassing op 14 januari 1831, zo blijkt uit de beraadslagingen van de Volksraad en de rechtspraak,³⁴ zodat deze bevoegdheid aan de Tijdelijke Regering ontzegd moet worden daar de wetgevende macht blijkens artikel 105 gezamenlijk uitgeoefend werd door het parlement en de Koning. Eens de Koning een ontwerp van wet heeft bekrachtigd en het hierdoor tot wet is geworden, kunnen noch hij, noch zijn rechtsopvolgers de rechtskracht van die wet wijzigen zonder medewerking van het parlement. De wijzigingen die Willem I na de Belgische omwenteling liet aanbrengen in de al goedgekeurde wetboeken werden dan ook aan het parlement voorgelegd.³⁵ Ook zijn besluit van 5 januari 1831 om de inwerkingtreding van de wetboeken van 1830 uit te stellen was door de Staten-Generaal goedgekeurd,³⁶ ook al kan men stellen dat een 'antwoord op de aanspraak des Konings' geen bijster regelmatige wetgevingshandeling is. Maar de GW 1815 definieert de wet enkel door de personen (Koning en Staten-Generaal) die bij haar totstandkoming betrokken zijn.³⁷ Hieruit volgt dat de Tijdelijke Regering de wetgevende macht slechts met de medewerking van de Volksraad kon uitoefenen.

Bevoegdheid krachtens wetten op de overgang naar de nieuwe wetboeken? Jean-Joseph Raikem³⁸ was van mening dat de uitvoerende macht krachtens de wetten op de overgang naar de nieuwe wetboeken bevoegd was om de datum van inwerkingtreding van de wetboeken

33 Huyttens, *Discussions*, I, 411-412, <http://unionisme.be>.

34 Huyttens, *Discussions*, I, 127, <http://unionisme.be>, bevestigd door Brussel 28 januari 1832, vermeld in J.-B. Bivort, *Constitution belge expliquée et interprétée*, Brussel, 1840, 127. De opheffing van de GW 1815 geschiedde pas door art. 137 van de Belgische Grondwet, die pas op 7 februari werd goedgekeurd en op 11 februari op bevel van de Volksraad naar de drukker werd verzonden, zodat ze dus nog niet van toepassing was (zie Magits, *De Volksraad en de Belgische grondwet*, 389, 397). Overigens zou art. 26, nu 36, van die Grondwet tot dezelfde oplossing leiden.

35 Zie de koninklijke boodschap van 16 februari 1832, *Staatsc.*, 24 februari 1832, nr. 47.

36 Voorduyn, *Geschiedenis der Nederlandsche Wetboeken*, I/I, 358, met verwijzing naar *Staatsc.* 28 oktober 1830, nr. 257.

37 J.R. Thorbecke, *Aanteekening op de grondwet*, Amsterdam, 1839, 141-142.

38 J.-J. Raikem (1787-1875) was eerst advocaat te Luik. Hij speelde een belangrijke rol gedurende de Belgische revolutie en in de Volksraad (waar hij rapporteur was van talrijke delen van de toekomstige Belgische Grondwet). Hij werd benoemd tot procureur-generaal te Luik en bekleedde ook belangrijke politieke posten, zoals minister van justitie (in welke hoedanigheid hij de eerste Belgische wet over de rechterlijke bevoegdheid door het parlement loodste) en voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers. Na zijn pensionering in 1867 (te wijten aan het opleggen van leeftijdsgrenzen aan de magistraten) werd hij terug advocaat en publiceerde nog meerdere werken.

en wetten bedoeld in het KB 5 juli 1830 te wijzigen zolang genoemde datum nog niet was aangebroken: door zo te handelen, zou de Tijdelijke Regering enkel de bevoegdheden van de uitvoerende macht hebben uitgeoefend.³⁹ Deze stelling, hoe eerbiedwaardig haar auteur ook moge zijn, is verre van onbetwistbaar. We verklaren ons nader.

Om te beginnen is het onduidelijk waar de machtiging aan de uitvoerende macht om de inwerkingtreding van het Burgerlijk Wetboek vast te stellen te vinden is. Noch de wetten houdende algemene bepalingen,⁴⁰ noch de 'Afschaffingswet',⁴¹ noch de wet van 2 augustus 1822⁴² bevatten dergelijke (uitdrukkelijke) machtigingen; hetzelfde kan gezegd worden over de eerste delen van het BW gepubliceerd in het Staatsblad van 1822.

Het koninklijk besluit van 12 juni 1822⁴³ ziet een impliciete grondslag in artikel 1 van de wet van 14 juni 1822 (het verwijst naar artikel 1 van het toekomstige BW, dat op dat ogenblik weliswaar nog niet afgekondigd was maar waarop zonder probleem geanticipeerd kon worden). In dezelfde lijn ligt een besluit van 30 september 1822 van de Gouverneur van Gelderland, Van Lynden, dat verwijst naar 'onder andere' het KB van 12 juni 1822,⁴⁴ en door rechtsleer.⁴⁵ Een andere bevestiging (van de uitgestelde inwerkingtreding) kan gevonden worden in de 'koninklijke boodschap, geleidende de wet, ter invoering van artikel 27 des 2den Titels van het 2^e Boek van het Burgerlijk Wetboek, houdende afschaffing der verplichting van de tienjarige hernieuwing der hypotheaire inschrijvingen'.⁴⁶ Het besluit van 5 juli 1830 noemt geen grondslag.

Wat moeten we hiervan denken? Het kan nog toegegeven worden dat artikel 1 van de wet van 14 juni 1822 zo gelezen kan worden dat de wetten die delen van het BW 1830 bevatten, niet in werking treden 20 dagen na hun bekendmaking (overeenkomstig de wet van 2 augustus 1822). Dat artikel heft met het BW 1830 strijdige wetten op 'van het oog-

39 Huytens, *Discussions*, II, 200-201, <http://unionisme.be>; Gilissen, 'Codifications', 228-229. De context van de uitlatingen van Raikem zullen we nader zien wanneer we onderzoeken of de Volksraad heeft opgetreden. Een vergelijkbaar argument wordt door 'un jurisconsulte spécialisé en la matière' verdedigd in: F. Wittemans en redactie JT, 'Le Code civil est-il abrogé?', JT, 1904, kol. 480-481, samengevat in: P. Bauthier, 'Le Code civil a-t-il été abrogé, en Belgique, en 1831', JT, 2004, 344. Het wordt daar als beslissend onthaald, wat ons iets te optimistisch lijkt.

40 Wet 14 juni 1822 houdende algemeene bepalingen, welke een gedeelte zullen uitmaken van het burgerlijk wetboek, Stb., 1822, nr. 10; wet 15 mei 1829 houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, Stb., 1829, nr. 28. Behalve de verwijdering van een bepaling van overgangsrecht (art. 1 van de wet van 14 juni 1822) en de plaatsing buiten het Burgerlijk Wetboek is deze wet identiek aan die van 14 juni 1822.

41 Wet 16 mei 1829 omtrent de afschaffing der nog in werking zijnde wetboeken, op het tijdstip der invoering van de nationale wetboeken.

42 Wet 2 augustus 1822 betreffende de afkondiging der wetten en omtrent het tijdstip waarop dezelve aanvangen verbindend te zijn, Stb., 1822, n° 33.

43 Stb., 1822, nr. 8. Het KB beval dat Staatsbladen waarin delen van het toekomstige BW waren opgenomen, een bijzondere nummering zouden krijgen en los verkrijgbaar zouden worden gesteld.

44 Provinciaal Blad van Gelderland, besluit 30 september 1822, n° 4271, opzigtelijk het in werking brengen der titels van het nieuw burgerlijk wetboek. Het is interessant op te merken dat gouverneur Van Lynden zijn besluit nam omdat sommige ambtenaren blijkbaar meenden dat de delen van het BW afzonderlijk in werking zouden treden, dus dat men niet zou wachten totdat het BW in zijn geheel gestemd en bekendgemaakt was.

45 Voorduin, *Geschiedenis der Nederlandsche Wetboeken*, I/I, 311. Zie ook, maar minder uitgewerkt op dit punt, H. Blondeau, 'Sur le nouveau Code civil du royaume des Pays-Bas (II)', *Thémis*, 1824, 239.

46 Bijvoegsel tot het Staatsblad, 1828, XV, eerste stuk, 465-466. Andere voorbeelden van vervroegd in werking gestelde delen van het burgerlijk wetboek kunnen gevonden worden in: Voorduin, *Geschiedenis der Nederlandsche Wetboeken*, I/I, 312-313.

enblik af, waarop dit burgerlijk wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden van kracht zal zijn'. Maar daaruit afleiden dat de Koning bevoegd is om de inwerkingtreding te bepalen, is een brug te ver.⁴⁷ Voorwaar een bijster smalle, om niet te zeggen onvoldoende grondslag voor een zo belangrijke bevoegdheid! Ook de Nederlandse rechtsleer heeft dat opgemerkt, alhoewel ze zich erbij neerlegt.⁴⁸ *Error communis facit ius?* Men zou nog kunnen proberen om de grondslag te verbreden door te wijzen op artikel 120 van de Grondwet van 1815, dat in een erg ruimhartige lezing, misschien zou kunnen dienen als grondslag om een wet aan te nemen die de Koning machtigt om eenzijdig een wet terug te nemen, maar zulke wet is er bij ons weten niet gekomen.

Een volgend tegenargument tegen Raikem is de stelling dat bevoegdheden – in het bijzonder wanneer ze uitzonderlijk zijn, wat we in dit geval wel mogen aannemen – in beginsel uitgeput worden door hun uitoefening.⁴⁹ De kracht van dit veeleer privaatrechtelijke beginsel is echter onduidelijk,⁵⁰ zeker in het stelsel van de Grondwet van 1815.

Het wordt echter aanvaard dat de afkondiging 'definitief'⁵¹ en (na de bekrachtiging) verplicht⁵² is, zodat de Tijdelijke Regering in elk geval hoogstens de inwerkingtreding van het BW 1830 kon raken, zonder de hoedanigheid van wet hieraan nog te kunnen ontnemen. Er is ook rechtspraak van de Raad van State die stelt dat artikel 108 GW⁵³ wordt geschonden wanneer de Koning reeds heeft bepaald wanneer een wet in werking zou treden doch later door een retroactief besluit de inwerkingtreding uitstelt,⁵⁴ wat ook hier voor 'eenmaligheid' pleit. De Raad van State heeft in dit verband ook geoordeeld dat het koninklijk besluit waardoor de Koning de inwerkingtreding vaststelt, zijn bevoegdheid inzake de inwerkingtreding uitput.⁵⁵

Belangwekkender is het tegenargument dat de redenering van Raikem irrelevant is. Zelfs als we aannemen dat de uitvoerende macht bevoegd was om de datum van inwerkingtreding van het burgerlijk wetboek alsnog te wijzigen, kan daar niet in redelijkheid uit afgeleid worden dat ze bevoegd zou zijn om de inwerkingtreding naar de Griekse kalenden te verwijzen, vooral niet wanneer al een datum van inwerkingtreding was vastgesteld. Hierdoor zou de uitvoerende macht zich de bevoegdheid aanmatigen om een wet

47 De Groot en Mertens, *Notaris in Maastricht*, 10; A.J.M. Kunst, *Historische ontwikkeling van het recht*, I, Zwolle, 1967, 116-117.

48 P. Scholten, *Algemeen Deel in M^r. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, Zwolle, 1954, 234, voetnoot 1; Kunst, *Historische ontwikkeling*, 116-117; De Groot en Mertens, *Notaris in Maastricht*, 10.

49 R. Steiner, *Das Gestaltungsrecht*, Zürich, 1984, 66-67.

50 Er is rechtsleer die stelt dat de wettelijke bekrachtiging van een besluit genomen krachtens een machtigingsbepaling op zichzelf niet verhindert dat de uitvoerende macht wederom van die machtigingsbepaling gebruik maakt: J. Van Nieuwenhove, 'Besluit wijzigt wet', *TVW* 2012, 196, nr. 6.

51 P. Popelier, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, 2004, 169, nr. 374; M. Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Brussel, 2005, 352, nr. 265.

52 Thorbecke, *Aanteekening*, 157; A. Alen en K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, 2011, 170, nr. 166; E. Brems en J. Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM. Wetgeving staatsvorming*, Brugge, 2011, 215.

53 Er is geen echt equivalent van art. 108 GW in de GW 1815, hoewel diens art. 137 in de buurt komt.

54 RvS 3 mei 1993, nr. 42.727, Arr. RvS 1993; RvS 29 april 1988, nr. 29.953, Arr. RvS 1988. Zie ook Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 212.

55 RvS 29 april 1988, nr. 29.953, Arr. RvS 1988.

te schorsen of een algemene vrijstelling van haar uitvoering te verlenen zonder medewerking van het parlement.⁵⁶ Dergelijke overschrijding van bevoegdheid druist flagrant in tegen artikel 105 GW 1815, omdat dit bepaalt dat de wetgevende macht wordt uitgeoefend door de Koning en de Staten-Generaal *gezamenlijk*. Ze druist ook overduidelijk in tegen de aard van de uitvoerende macht, die toch de wetten moet uitvoeren, zonder hierbij hun draagwijdte uit te breiden of te beperken⁵⁷ – en het is moeilijk een beter voorbeeld te vinden van het niet uitvoeren van een wet dan haar te schorsen.⁵⁸ In een systeem waar het koninklijk veto, nochtans een grondwettelijk prerogatief van een tak van de wetgevende macht, minstens politiek niet meer aanvaard wordt,⁵⁹ kan *a fortiori* niet aanvaard worden dat de uitvoerende macht enig veto over een wet zou uitspreken, hetzij door eigenmachtig te besluiten de wet (nog) niet bekend te maken,⁶⁰ hetzij door de wet beweerdelijk op te heffen (abstractie gemaakt van uitdrukkelijke machtigingen hiertoe). Daaraan moet nog worden toegevoegd dat de uitvoerende macht, zelfs wanneer ze een discretionaire bevoegdheid heeft om te bepalen wanneer ze zal optreden, steeds gehouden is om binnen een redelijke termijn te handelen.⁶¹

BW 1830 bestaat in ieder geval. Maar laten we even aannemen dat de Tijdelijke Regering als uitvoerende macht inderdaad nog bevoegd was om de inwerkingtreding van het BW 1830 uit te stellen, en dat het besluit van 14 januari 1831 zo gelezen kan worden dat het enkel de inwerkingtreding betreft. Dan is het besluit van 14 januari 1831 misschien wel rechtmatig, maar blijft het zo dat het BW 1830 een wet is. En het is niet alleen het recht maar ook de plicht van de uitvoerende macht om de wetten uit te voeren (artikel 108 GW), ook al geeft de miskennis van de plicht in de regel enkel aanleiding tot politieke verantwoordelijkheid.⁶² Ten laatste vanaf de inwerkingtreding van de Belgische Grondwet is de uitvoerende macht in verzuim met betrekking tot de uitvoering van het BW 1830. De rechtshandeling waardoor ze dat verzuim veroorzaakt, moet dan ook als nietig beschouwd worden want in strijd met een hogere rechtsnorm.

56 Zie hierover ook J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Overzicht van het Publiek Recht*, Brugge, 2007, 807, nr. 1146; A. Ooms, 'De uitvoerende bevoegdheid van de Koning: van conforme proclamatie tot eerste staatsmacht. Een historische analyse van art. 108 Grondwet', CDPK, 2009, 211; Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 213. Ooms merkt op dat men de bevoegdheid om de inwerkingtreding van een wet te bepalen zou kunnen brengen onder art. 105 i.p.v. art. 108 GW, maar aangezien ook bij art. 105 een redelijke termijn wordt opgelegd, is dit van minder belang – meer dan 180 jaar is *prima facie* onredelijk.

57 Thorbecke, *Aanteekening*, 157; Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 211; Alen en Muylle, *Belgisch Staatsrecht*, 665-666, nrs. 593 en 595; G. de Chabrol-Chaméane, *Dictionnaire de législation usuelle, contenant les notions du droit civil, commercial, criminel et administratif, précédée de la Constitution belge annotée par Isid. Plaisant*, I-II, Brussel, H. 1835, 373, v° *Pouvoir exécutif*.

58 Thorbecke, *Aanteekening*, 157; Thonissen, *La Constitution*, 216, nr. 294.

59 Popelier, *De wet*, 135-136, nr. 297; Alen en Muylle, *Belgisch Staatsrecht*, 169, nr. 165.

60 Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 352-353. *Contra* Uyttendaele, *Précis*, 353, nr. 266.

61 I. Opdebeeck, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, 1992, 109, nr. 214; Uyttendaele, *Précis*, 683, nr. 587; I. Opdebeeck, 'Verantwoord, tijdig besturen', in: University of Antwerp Legal School (ed.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, 2008, 387-390.

62 Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 212.

Opmerking over de Afschaffingswet. Het bovenstaande betrof voornamelijk het KB van 5 juli 1830. Maar het besluit van de Tijdelijke Regering van 14 januari 1831 noemt ook nog een 'koninklijk besluit van 16 mei 1829, nr. 33.' Wanneer we het Staatsblad erop na slaan, merken we echter op dat dat KB helemaal geen KB is maar de Afschaffingswet (die de oude wetboeken opheft vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe wetten).⁶³ De wet 16 mei 1829 houdende bepalingen wegens den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving, nummer 29 in het Staatsblad, is ook een mogelijkheid. Ze komt evenwel als minder waarschijnlijk voor vanwege het feit dat ze een ander nummer draagt dan dat genoemd in het besluit van de Tijdelijke Regering.

Zo men nog zou kunnen aanvaarden dat de Tijdelijke Regering, als rechtsopvolger van Koning Willem I, het KB van 5 juli 1830 zou kunnen opheffen, kan hetzelfde geenszins aanvaard worden voor een volwaardige wet, ongeacht of het de Afschaffingswet of de wet betreffende het overgangsrecht betreft.⁶⁴ Veel maakt dit echter niet uit, daar de wet van 16 mei 1829 haar werking *expressis verbis* afhankelijk maakt van de inwerkingtreding van het BW 1830. Ook de wet betreffende het overgangsrecht is afhankelijk van de inwerkingtreding van het BW 1830. Als het besluit van de Tijdelijke Regering rechtsgeldig het KB van 5 juli 1830 heeft opgeheven, wordt in de praktijk hetzelfde resultaat behaald als bij een opheffing.

4 Lering uit analoge gevallen onder de Grondwet van 1815?

4.1 Ruime verordenende macht van de Koning onder de GW 1815: ook wetgevende macht?

De Grondwet van 1815 gaf aan de Koning een zeer ruime macht, dermate ruim dat hij een zelfstandige verordenende bevoegdheid had.⁶⁵ Op grond van artikel 73 GW 1815 kon de Koning alle onderwerpen regelen door algemene maatregelen van inwendig bestuur, tenzij en voor zover de wet nog niet gehandeld had. De vraag rijst dan ook of de Koning alsnog de bevoegdheid zou hebben gehad om een wet in werking te stellen, voor zover de wet zelf hierover zwijgt. Algemener gesteld moet onderzocht worden of de Koning wet-

⁶³ Wet 16 mei 1829 omtrent de afschaffing der nog in werking zijnde wetboeken, op het tijdstip der invoering van de nationale wetboeken, Sib., 1829, nr. 33.

⁶⁴ Zie ook analogisch Cass. 12 juni 1980, JT, 1980, 708, i.h.b. de voorlaatste overweging.

⁶⁵ A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht*, Deventer, 1987, 23; Ooms, 'De uitvoerende bevoegdheid', 202; A. Giron, *Le droit public de la Belgique*, Brussel, 1884, 116; D. Léon en E.L. Van Emden, *De regtspraak van den Hoogen Raad van 1 oktober 1838 tot 1 september 1850, gebragt op de artikelen der staats- en burgerlijke wetten, besluiten en verordeningen*, I, 's-Gravenhage, 1872, 34, nr. 2 (met verwijzingen naar tegenstanders); F. de Nérée tot Babberich, 'Vernieuwing van de legislatieve bewerktuiging van de Kroon', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1951, 195-196. Zie nog, vrij laat, Rb. Almelo 12 december 1882, weergegeven in A.R. Arntzenius, 'J.H.J. Quarles van Ufford, *Academisch Proefschrift: Algemeene maatregelen van inwendig bestuur*', *De Gids*, 1883, 553-554. De provinciale en gemeentelijke overheden hadden ook een verordenende bevoegdheid, maar die kon slechts uitgeoefend worden in overeenstemming met de hogere normen: C.H. Gockinga, 'Eene vraag uit het Nederlandsche Staatsregt, betrekkelijk de bevoegdheid der plaatselijke besturen tot het maken van Reglementen', *Nederlandse jaarboeken voor rechtsgeleerdheid en wetgeving*, 1839, 357-389.

gevende bevoegdheid had, omdat sommige rechtsleer en rechtspraak zulks bevestigt. Allezins verloor de Koning zijn zelfstandige wetgevende bevoegdheid in 1848 toen hem (enkel) de uitvoerende macht werd toebedeeld (artikel 54 GW 1848). Zijn ruime zelfstandige verordenende bevoegdheid werd pas in 1879 uitgeschakeld.⁶⁶

4.2 Wetgevende macht van de Koning bevestigd

Bevestiging ter gelegenheid van het KB op de landmeetkunde. Sommige Belgische rechtsleer en rechtspraak bevestigt de zeer ruime koninklijke bevoegdheid op wetgevend vlak.⁶⁷ De aanleiding daartoe werd gegeven door een koninklijk besluit van 1825, dat de uitoefening van de landmeetkunde regelde (hierna: KB 1825).⁶⁸ In 1961 was een architect overgegaan tot het opmeten van een gronderf in het kader van een verdeling daarvan. Dat was een inbreuk op het KB 1825, dat enkel beëdigde landmeters toeliet om het beroep van landmeter uit te oefenen. De architect werd daarvoor vervolgd.

De zaak kwam in hoger beroep voor het hof van beroep te Luik.⁶⁹ Dat onderzocht de wetgeving – in materiële zin, nu enkel koninklijke besluiten de aangelegenheid regelden. Het oordeelde dat ‘*sous le régime politique qui régissait la Belgique en 1825, le roi pouvait prendre des arrêtés royaux ayant force de loi et modifier éventuellement ceux-ci*’. Voor deze toch wel opmerkelijke opvatting worden geen bronnen gegeven; hoogstens wordt indirect verwezen naar de *Pandectes belges*, die dat nochtans niet zeggen (zie hieronder). Het gevolg was dat enkele recentere koninklijke besluiten onwettig waren, zodat enkel het KB 1825 van tel was. Aangezien de beklagde slechts éénmaal de landmeetkunde had uitgeoefend, had hij er niet zijn beroep van gemaakt en was hij niet strafbaar.

Het Hof van Cassatie bevestigde het Luikse arrest, hoewel het niet expliciet het wettelijk karakter van het KB 1825 bevestigt.⁷⁰ Maar het Hof ontkent evenmin dat karakter. Men kan hierin dus een zwakke bevestiging zien van de wetgevende macht van de Koning en a fortiori van de Tijdelijke Regering.

Bevestiging met betrekking tot Franse keizerlijke decreten (maar twijfel mogelijk). Volgens het staatsrecht van het Franse Keizerrijk hadden de keizerlijke decreten dezelfde verbindende kracht als wetten, tenzij zij door de bevoegde macht (de *Sénat conservateur*) vernietigd

66 Zie nader W. Voermans, ‘De Tachtigers in het recht: het Meerenberg arrest’, *Ars Aequi* 2009, 597-600; A.M. Donner, ‘De ontwikkeling van het staatkundig denken in Nederland sinds 1814’, in: E. Spanoghe en R. Feenstra (red.), *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland. 1830-1980*, Leiden, 1981, 282.

67 J.-P. Masson, ‘Il y a .. ans. La création du royaume des Pays-Bas’, *JT*, 2015, 26.

68 KB 31 juli 1825 houdende bepalingen nopens de uitoefening van het beroep van landmeter, *Stb.*, 1825, nr. 63, *Pasin.*, 1824-1827, 322, opgeheven door de wet 6 augustus 1993 betreffende de opheffing van het koninklijk besluit van 31 juli 1825 houdende bepalingen nopens de uitoefening van het beroep van landmeter, *BS*, 29 september 1993, 21.446.

69 Luik 27 februari 1963, *JT*, 1963, 467, noot, bevestigd door Cass. 27 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 907. Opgemerkt moet worden dat het Luikse arrest, vooral wat betreft jaartallen, talrijke zetfouten bevat.

70 Cass. 27 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 907.

waren.⁷¹ Nochtans werd in het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden aan de Koning de bevoegdheid toegedacht om de keizerlijke decreten op te heffen bij besluit.⁷² Daarmee ging het Nederlandse recht in tegen het Franse, waar keizerlijke decreten (voor zover ze een uitoefening van de wetgevende macht inhielden) enkel door de wet opgeheven konden worden.⁷³

Maar is dit een werkelijke bevestiging van een koninklijke wetgevende bevoegdheid? Formeel gezien zijn de keizerlijke decreten daden van de uitvoerende macht, zelfs wanneer ze materiële wetten bevatten die volgens de toenmalige opvatting in een formele wet hadden moeten zijn neergelegd. Het valt zeer moeilijk een verschil te zien tussen die decreten en de algemene maatregelen van inwendig bestuur, genomen krachtens artikel 73 GW 1815. Ook de algemene maatregel van inwendig bestuur kon namelijk voorschriften met een algemene strekking en verbindendheid (wetten in materiële zin) bevatten.

Het belangrijkste verschil is dat de keizerlijke decreten onwettig waren, of dat minstens konden zijn, terwijl de algemene maatregelen van inwendig bestuur door de Grondwet voorzien waren. Het kan beargumenteerd worden dat de GW 1815 de keizerlijke decreten heeft gelegaliseerd. En waarom zou de Koning geen daden van zijn gelijke in het Franse keizerrijk – zijn rechtsvoorganger – mogen wijzigen of opheffen wanneer die omzeggens identiek zijn aan daden waartoe hij bevoegd was?

De voorgaande redenering wordt gestaafd door het feit dat de Franse regeling erop gericht was één instelling – de *Sénat conservateur* – bij uitsluiting van alle anderen bevoegd te maken voor de grondwettigheidstoetsing van wetten en besluiten.⁷⁴ Ze was er niet op gericht om keizerlijke decreten die materiële wetten bevatten, te onttrekken aan de bevoegdheid van de keizer zodat enkel de wetgevende macht hen kon wijzigen of opheffen. Eerder was ze bedoeld (of bleek ze dat effect te hebben) om de keizer – Napoleon – een verdoken zelfstandige wetgevende macht te geven. Het zou overigens erg vreemd zijn dat de overheid (of haar rechtsopvolger) die een onwettige rechtshandeling stelt, die niet zou kunnen opheffen terwijl ze dat wel kan bij wettige rechtshandelingen.

Hieruit volgt dat de opvattingen inzake de keizerlijke decreten geen voldoende grondslag geven aan de beweerde bevoegdheid van de Tijdelijke Regering om het BW 1830 op te heffen.

71 Artt. 21 en 28 Grondwet 22 *frimaire an VIII* (13 december 1799) behielden de verklaring van ongrondwettigheid voor aan de *Sénat conservateur*. Daaruit werd afgeleid dat wetten en keizerlijke decreten als grondwettig beschouwd moesten worden zolang de *Sénat conservateur* niet had opgetreden, en dat de keizerlijke decreten kracht van wet hadden. Zie Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, VIII, Parijs, 1827, 563-565, v° *Interprétation*. Zie over de *Sénat conservateur* ook C. Zacharie, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, doctoraal proefschrift Université Paris II Panthéon-Assas, 2004, 532 p.

72 Léon en Van Emden, *De rechtspraak van den Hoogen Raad*, I, 35, met verwijzingen.

73 Merlin, *Répertoire*, VIII, 565, v° *Interprétation*.

74 Vgl. Merlin, *Répertoire*, X, 193, v° *Loi*. Ook de loutere wettigheidstoetsing lijkt, minstens deels, voorbehouden te zijn geweest aan de *Sénat conservateur*: E.M. Meijers, 'Publiek domein en zaken buiten den handel', in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, Leiden, 1955, 116-117. Zie uitgebreid over de *Sénat conservateur* C. Zacharie, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, doctoraal proefschrift Université Paris II Panthéon-Assas, 2004.

4.3 Ontkenning van de koninklijke wetgevende macht

Bevestiging door het Luikse hof: een dwaling? Het lijkt ons dat het Luikse arrest is ingegeven door een foute lezing van de *Pandectes belges*. Die zeggen dat het KB van 1825 legaal was, omdat de Koning de bevoegdheid had om algemene maatregelen van inwendig bestuur te nemen (artikel 73 GW 1815) en hij niet buiten zijn bevoegdheid was getreden.⁷⁵ Het Luikse hof van beroep heeft wellicht, onder invloed van de opinie over de ‘Besluitenregering’ van Willem I en wegens onbekendheid met de naar Belgisch recht verdwenen uitdrukking ‘algemene maatregelen van inwendig bestuur’, gemeend dat de Koning onder de GW 1815 wetgevende bevoegdheid had. Merk op dat de arresten gewezen werden in de loop van de jaren 1960. Mochten ze in de jaren 1840 of 1850 zijn geweest, zou men kunnen zeggen dat de magistraten vermoedelijk opgeleid waren en gepraktiseerd hadden onder het recht van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden, zodat ze toch op de hoogte zouden zijn van de opvattingen van toen. Maar zulks kan niet volgehouden worden voor uitspraken in de jaren 1960.

Wetgevende macht uitgeoefend door Koning én Staten-Generaal gezamenlijk. We hebben reeds gezien op artikel 105 GW 1815, dat bepaalt dat de wetgevende macht wordt uitgeoefend door de Koning én de wetgevende kamers gezamenlijk. Dat impliceert alvast dat de Koning geen besluiten kan nemen die aan een wet afbreuk doen. Er anders over oordelen, houdt in dat artikel 105 GW 1815 van elke zin ontbloot wordt. Een auteur merkte op dat ‘men [zou] moeten erkennen, dat het met het organiseerend vermogen van onzen grondwetgever al zeer treurig gesteld is’ mocht de Koning een eigen wetgevende bevoegdheid hebben.⁷⁶ Het kan nog vermeld worden dat artikel 105 GW 1815 werd ingevoegd op aandringen van de Belgen,⁷⁷ zodat vermoed mag worden dat hiermee de koninklijke macht toch enigszins beperkt moest worden. Dit betekent dat de Koning en de Tijdelijke Regering geen eigen wetgevende bevoegdheid hadden.

Het Belgische Hof van Cassatie moest zich in 1848 uitspreken over de uitgestrektheid van artikel 105 GW 1815.⁷⁸ Het betrof een dispuut over de stuiting van de verjaring. Toen de Franse republiek het huidige België veroverde, werden de kerkgoederen onteigend. Een kerkgoed dat toebehoorde aan de kerkfabriek van Middelburg was op die manier in het overheidsvermogen terechtgekomen. Daarna was het geaffecteerd aan een *sénatorerie* (een doelvermogen bedoeld om aan keizerlijke senatoren een extra en zeer aantrekkelijk inkomen te geven en hen op die manier tot welwillendheid te brengen), om na de ineenstorting van het Franse keizerrijk in het vermogen van de Nederlandse en vervolgens de Belgische Staat te komen. Het goed in kwestie was echter per ongeluk opgenomen in de

⁷⁵ Pand.b., v° Arpenteur, 947-948, nr. 21.

⁷⁶ Arntzenius, ‘J.H.J. Quarles van Ufford’, 546, met aanhaling van prof. Buijs.

⁷⁷ De Nerée tot Babberich, ‘Vernieuwing’, 194.

⁷⁸ Cass. 21 januari 1848, Pas., 1848, I, 277.

sénatorerie, omdat in de tussentijd het besluit was genomen om de nog niet overgedragen kerkgoederen terug te geven.

Een koninklijk besluit van 19 augustus 1817 had de gedingen tussen de kerkfabrieken en de overheid over terug te geven kerkgoederen opgeschort. Het werd dan ook aangevallen als inbreuk op artikel 105 GW 1815, nu daardoor het eigendomsrecht van de kerkfabrieken werd aangetast. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de Koning binnen zijn grondwettelijke bevoegdheden was gebleven, omdat het koninklijk besluit van 19 augustus 1817 strekte tot uitvoering van een besluit ('*arrêté*') van 7 thermidor jaar XI (26 juli 1803), waarvan de wettigheid niet betwist werd. De uitvoering van wetten en besluiten viel zeker binnen de koninklijke bevoegdheden, zodat het middel niet gegrond was. Daarmee ontweek het Hof van Cassatie wel de netelige vraag naar de wetgevende bevoegdheid van de Koning.

Contemporaine contestaties. Gijsbert Karel van Hogendorp,⁷⁹ voorzitter van de commissie die de GW 1815 ontwierp,⁸⁰ was een verbeterde tegenstander van de zeer ruime opvatting van Willem I. Hij ontkende uitdrukkelijk dat de Koning een eigen wetgevende bevoegdheid had: 'De Koning heeft zijn vastgesteld en duidelijk omschreven aandeel in het maken der wetten, en derhalve geene afzonderlijke wetgevende magt. Het bestuur is geene wetgeving, het is de uitvoering der wet; en heeft de Koning in zijn bestuur eene nieuwe wet, of eene verandering in de wet noodig, zoo kan Hij een voorstel daartoe aan de Staten-Generaal doen.'⁸¹ In deze opvatting had de Tijdelijke Regering niet de bevoegdheid om het BW 1830 op te heffen.

Hoe gezaghebbend van Hogendorp persoonlijk ook was, hij is niet doorslaggevend. De praktijk in 1814 en 1815, en later, bevestigt de zeer ruime verordenende macht van de Koning.⁸² Maar tegelijkertijd bevestigt ze dat de Koning geen wetgevende macht had. Dat wordt aangetoond door de Blanketwet van 1818 (*infra*), die het mogelijk maakte om overtredingen van 's Konings besluiten strafrechtelijk te beteugelen en overbodig zou zijn mocht de Koning zelf wetgevende bevoegdheden hebben. Ook was de commissie die de GW 1815 ontwierp, niet uitsluitend samengesteld uit medestanders van Van Hogendorp. Cornelis Felix van Maanen, de minister van justitie, was bijvoorbeeld een voorstander van het hernemen van het Franse keizerlijke staatsrecht, enkele nodige terminologische wijzigingen niet te na gesproken.⁸³

79 G.K. van Hogendorp (1762-1834) was lid van het Driemanschap van 1813 dat zich na de aftocht van de Franse troepen uit Nederland in 1813 aan het hoofd van het land stelde en de Prins van Oranje terugriep om als Soeverein Vorst te regeren. Hij speelde een belangrijke rol bij het opstellen van de Grondwetten van 1814 en 1815. Na 1815 evolueerde zijn denken in liberale richting, waardoor hij in conflict kwam met Willem I. Hij zetelde in de Tweede Kamer tot 1825.

80 J. van Eysinga, 'Le pont entre le droit constitutionnel de la République des Provinces-Unies et de celui d'après 1813', TRG, 1951, 55 e.v.; C.W. van der Pot, *Geschiedenis der wetenschap van het Nederlandse staatsrecht sedert 1813*, Amsterdam, 1957, 132 e.v.

81 G.K. van Hogendorp, *Bijdragen tot de huishouding van staat in het Koninkrijk der Nederland*, VIII, 's-Gravenhage, 1824, 238. Zie ook Van der Pot, *Het Nederlandse staatsrecht*, 163-165.

82 De Nerée tot Babberich, 'Vernieuwing', 192-198.

83 Van Eysinga, 'Le pont', 70.

De Blanketwet van 1818 als bevestiging van de beperkte macht. Artikel 195 Belgisch Wetboek van Strafvordering vereist nu nog dat de strafrechter de toegepaste wetsbepaling (onze cursivering) vermeldt in zijn vonnis. Vroeger moest de strafrechter de toegepaste wetsbepaling zelfs *nominatim* voorlezen.⁸⁴ Daaruit werd afgeleid dat enkel de wet straffen kon opleggen, zodat de Koning, alleen handelend, onbevoegd was.⁸⁵ Ook werd soms afgeleid uit artikel 163 GW 1815 (dat onder andere een wetboek van strafrecht in het vooruitzicht stelde) dat enkel de wetgever straffen kon opleggen.⁸⁶ (Het Wetboek van Strafvordering 1830 hernam het wettelijkheidsbeginsel in zijn eerste artikel, zodat gebeurlijke opmerkingen over de opheffing van artikel 195 per slot van rekening irrelevant zijn.⁸⁷) Willem I was zich hiervan goed bewust. Hij vroeg dan ook aan de Staten-Generaal om een wet, die straffen zou stellen op inbreuken op zijn besluiten. Ondanks verzet van de zojuist genoemde Gijsbert Karel van Hogendorp, werd de gevraagde wet gestemd. Ze staat bekend als de Blanketwet van 1818 en is, in gewijzigde vorm, nog steeds van toepassing in België.⁸⁸

Een andere bevestiging kwam ter gelegenheid van een zaak, dienend voor de Hoge Raad, waarin de onderneming Van Gend & Loos (beter bekend van een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁸⁹) optrad als beklagde.⁹⁰ De feiten worden niet weergegeven, maar uit de vermelding van artikel 52 van het reglement op de dienst der openbare middelen van vervoer te lande gevoegd bij het KB 24 november 1829, Staatsblad, 1829, nummer 73 kan worden opgemaakt dat de onderneming Van Gend & Loos vermoedelijk geen conducteur (verantwoordelijk voor de zorg voor de passagiers en de vracht) had meegestuurd op één van haar postwagens. Het reglement bevatte een eigen strafbepaling (art. 57), die milder was dan de Blanketwet. Daarmee ging het koninklijk besluit in tegen de Blanketwet, die voor algemene maatregelen van inwendig bestuur, vastgesteld op grond van artikel 73 GW 1815, zelf de mogelijke straffen had opgesomd (art. 1). (Vreemd genoeg wordt aan lagere overheden een grotere vrijheid gelaten, in die zin dat zij vrij zijn om binnen het opgelegde maximum een lager maximum op te leggen.) Het arrest van de Hoge Raad is voor ons niet interessant (het beslist dat de beklagde wel bij bijzonder gevolmachtigde had mogen verschijnen), in tegenstelling tot de conclusie van advocaat-generaal Karseboom. Hij vermeldde dat het Openbaar Ministerie bij het kantongerecht de toepassing van de Blanketwet had gevorderd. De kantonrechter had echter gemeend dat de mildere strafbepaling van het KB toe te passen was, en oordeelde dat het requisitoir op deze manier te verstaan was. Daarover zei advocaat-generaal Karseboom:

84 Art. 195, tweede lid (oud) Wetboek van Strafvordering: 'Le texte de la loi dont on fera l'application, sera lu à l'audience par le président; il sera fait mention de cette lecture dans le jugement, et le texte de la loi y sera inséré, [...].'

85 De Nerée tot Babberich, 'Vernieuwing', 193.

86 J.R. Torbecke, 'Over de wet van 6 maart 1818 (Stbl. n°. 12) omtrent de straffen, bij plaatselijke reglementen vast te stellen', *Themis*, 1847, 55.

87 'Niemand mag tot straf vervolgd of veroordeeld worden, dan op de wijze en in de gevallen bij de wet voorzien.'

88 Wet 6 maart 1818 betreffende de straffen uit te spreken tegen de overtreders van algemene verordeningen of te stellen bij provinciale of plaatselijke reglementen, *Stb.*, 1818, nr. 12.

89 HvJ 5 februari 1963, Van Gend & Loos tegen Nederlandse Administratie der Belastingen, *rolnr.* 26/62.

90 HR 16 september 1863, *Regtsgeleerd bijblad*, 1864, 530, concl. Karseboom.

‘alsof het latere Kon. Besluit had kunnen derogeren aan de vroegere Wet!’⁹¹ Let wel dat zowel de Blanketwet als het KB van 1829 daargesteld werden onder de GW 1815 en zelfs onder het bewind van Willem I.

Het arrest in de zaak Van Gend & Loos was niet het eerste waarin de Hoge Raad zo oordeelde. Hij bevestigde daarmee een arrest van 1849, dat hetzelfde reglement tegen de Blanketwet stelde.⁹² De Hoge Raad overwoog uitdrukkelijk dat de algemene maatregelen van inwendig bestuur, wat hun ‘poenale sanctie betreft, zijn ondergeschikt aan de wettelijke bepalingen, dienaangaande gemaakt’.

In de lagere rechtspraak wordt meerdere keren bevestigd dat strafbepalingen in een koninklijk besluit ongeldig zijn en vervangen dienen te worden door de strafbepalingen van de Blanketwet. De kantonrechter te Alphen oordeelde op die manier in een zaak waar een voerman nagelaten had om een tolgeld te betalen.⁹³ De sanctie daarop was in een algemene maatregel van inwendig bestuur gesteld en bedroeg vijftigmaal het ontdoken tolgeld. De kantonrechter weigerde die sanctie toe te passen, omdat de Koning niet bevoegd was geweest om een strafsancie vast te stellen. Enkel de Blanketwet kon dus dienen als grondslag voor een strafsancie.

De Blanketwet bevestigt in elk geval dat de Koning geen bevoegdheid heeft om wetten zelf op te heffen of te schorsen. Men kan zich echter afvragen of ze veel verder gaat. Het is gebleken dat de wetgeving reeds in het Napoleontische Wetboek van Strafvordering en (mogelijk) in de GW 1815 het strafrecht voorbehield aan de wet. Hieruit volgt niet dat de Koning geen zelfstandige wetgevende bevoegdheid had, enkel dat die beperkt is door de wetten die de Staten-Generaal in samenspraak met de Koning hebben besloten. Het BW 1830 is echter een bestaande wet, zodat de Koning of de Tijdelijke Regering deze minstens niet konden opheffen.

4.4 Inwerkingtreding van de Erfpacht- en Opstalwet

De *Code Napoléon* bevatte geen bepalingen over de erfpacht of over het opstalrecht, zodat de nood gevoeld werd om de bepalingen dienaangaande van het BW 1830 vervroegd in werking te doen treden. Uit de *Pasinomie* blijkt dat er in het parlement heel wat discussie was over de wijze waarop dit moest gebeuren.⁹⁴ Een viertal afdelingen meenden dat de Koning de nodige bevoegdheid reeds had om de wetten bekend te maken (*sic!*). De zevende afdeling hield voor dat er een wet nodig was om delen van het BW 1830 vervroegd in werking te doen treden. De zesde afdeling stelde dat de afkondiging (*promulgation*) nog moest gebeuren, en vroeg zich af of het huidige wetsontwerp als afkondiging te begrijp-

⁹¹ Karseboom, concl. voor HR 16 september 1863, *Regtsgeleerd bijblad*, 1864, 531.

⁹² HR 21 augustus 1849, *Verzameling van arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden*, 1851, dl. 9, 205.

⁹³ Kantongerecht Alphen 2 juli 1863, *Weekblad van het regt*, 1863, afl. 2515, 3.

⁹⁴ Wet 25 december 1824 portant introduction des lois du 10 janvier 1824 (*Journaux officiels* n^{os} 13 et 14) concernant le droit de superficie et l'emphytéose, *Pasin*. 1841, 2^e serie, dl. 8, 196, voetnoot 1.

pen was. Ze voegde daar nog aan toe dat de bekendmaking in het *Staatsblad* geen afkondiging inhield, maar slechts een kennisgeving.

De eerste twee strekkingen ontzeggen duidelijk wetgevende bevoegdheid aan de Koning, minstens wat betreft het BW 1830. Maar zelfs de opvatting van de zesde afdeling is onzes inziens weinig relevant, want het KB dat de inwerkingtreding van het BW 1830 beval, kan zeer gemakkelijk beschouwd worden als een afkondiging van het BW 1830 zodat het ontsnapt aan de bevoegdheid van de Koning. De Tijdelijke Regering blijkt ook hier dus niet bevoegd om het BW 1830 op te heffen.

4.5 Schorsing van de wetten op beplantingen in de wegenbermen

Het is voor ons onderwerp interessant op te merken dat er een op het eerste gezicht analogische toestand heeft bestaan onder gelding van de GW 1814. Bij besluit van 22 november 1814⁹⁵ (opgeheven bij besluit van 19 februari 1820⁹⁶) had Willem I immers voorlopig de uitvoering geschorst van de Franse wetten met betrekking tot het recht om beplantingen te hebben in de bermen van de wegenis (plantrecht ofte pootrecht, in het Frans *droit de plantis*).⁹⁷ Bij lezing van het besluit van 22 november 1814 valt op dat geen enkele rechtsgrond wordt gegeven, zodat men zich gereede vragen kan stellen bij de wettelijkheid van genoemd besluit.

Men kan de wettelijkheid proberen te redden door het feit dat Willem I de soevereiniteit had ontvangen bij proclamatie van 1 december 1813⁹⁸ en deze had aanvaard bij proclamatie van 2 december 1813,⁹⁹ zodat hij het recht had om overigens door de proclamatie van 21 november 1813¹⁰⁰ gehandhaafde wetten¹⁰¹ te schorsen.

95 Stb., 1814, nr. 129; *Journal officiel du gouvernement de la Belgique*, III, N° 81 à 111. Du 1^{er} Septembre au 31 Décembre 1814, Brussel, 1814, 630 (bij de Franse vertaling wordt het nr. 629 gegeven, wat een zetfout is; we leiden dit af uit het feit dat de voorgaande en nagaande besluiten de nummers 128 respectievelijk 130 dragen en ook voor het overige de publicatie in het *Journal officiel* geschiedde volgens het nummer in het *Staatsblad*).

96 Besluit 19 februari 1820, waarbij wordt ingetrokken het besluit van den 22sten November 1814, (*Journal Officiel* n° 107) houdende verbod van het besnoeijen etc. van boomen, door voormalige heeren van landgemeenten geplant, Stb., 1820, nr. 3.

97 R. Wilkin, *Voirie, constructions et urbanisme*, Brussel, 1952, 82-83 (zonder verwijzingen naar het *Staatsblad*); R. Wilkin, *La voirie communale*, Luik, 1938, 42; L. Mestdagh, *Mémoire pour M. Ferdinand Ottevaere. Objet du procès: Droit de plantation sur le chemin vicinal concédé de Loochristy à Wachtebeke*, Gent, s.d. (in of na 1859), 12-13, nr. 12.

98 Proclamatie van commissarissen-generaal van het algemeen-bestuur, *residerende te Amsterdam, van 1 december 1813, waarbij dezelve Z.K.H. Willem den Eersten tot Souvereine-Vorst van Nederland uitroepen*, *Staatsc.*, 1813, nr. 2. Aangenomen door het besluit 6 december 1813 houdende aanvaarding van de Souvereiniteit der Verëenigde Nederlanden, door Z.K.H. den Heere Prince van Oranje-Nassau, enz., enz., enz., Stb., 1813, nr. 4 (dit besluit is onderscheiden van de proclamatie van 2 december 1813).

99 Proclamatie van Z.H. Willem Frederik, Prince van Oranje-Nassau enz. enz. enz., houdende aanneming door Hoogstdenzelven van de soevereiniteit van Nederland, *Staatsc.*, 1813, nr. 2.

100 Proclamatie van den 21sten November 1813, houdende kennisgeving der daarstelling van een Algemeen bestuur der Vereenigde Nederlanden, Stb., 1813, nr. 1, herdruk uit de *Buitengewone 's Gravenhaagsche Courant* van 22 november 1813, in fine. Er is ook een herdruk geweest bij De Bezige Bij in 1944, raadpleegbaar op www.geheugenvannederland.nl/?/nl/items/EVDO03:UBL01_DEJONG_215.

101 In casu de wet 9 windmaand jaar XIII (9 ventôse an XIII) en enkele andere wetten, vermeld in Wilkin, *Voirie, constructions et urbanisme*, 82.

Dat kan echter niet staande worden gehouden, omdat de Grondwet van 1814 op dat ogenblik al in werking was getreden. Deze was immers op 29 maart 1814 aangenomen door de 'vergadering van aanzienlijken' die hiertoe was samengeroepen,¹⁰² waarna Willem I haar op zijn beurt heeft aangenomen en bekrachtigd,¹⁰³ alsook toen of korte tijd later in werking heeft gesteld door op 30 maart de eed op de Grondwet af te leggen en zijn inhuldiging te ontvangen.¹⁰⁴ Welnu, die Grondwet legt in haar artikelen 91, 94 en 96 aan overheden de verplichting op om volgens de algemene wetten te handelen. Nu is het weliswaar zo dat de voornoemde artikelen enkel lagere overheden betreffen, toch kunnen ze geacht worden een algemeen beginsel uit te drukken. Het is alleszins onwaarschijnlijk dat de Soevereine Vorst zou mogen afwijken van de algemene wetten zonder uitdrukkelijke bepaling in de Grondwet. Vermoedelijk vloeien de artikelen 91, 94 en 96 voort uit een zeker wantrouwen jegens lagere overheden, die niet steeds over even goed opgeleide personen beschikken en geneigd kunnen zijn om lokale belangen te behartigen boven de wetten.

Ook kan men uit artikel 68 GW 1814 afleiden dat het maken en opheffen van wetten is voorbehouden aan de soevereine vorst en het parlement gezamenlijk, wat korte tijd later in artikel 105 GW 1815 uitdrukkelijk bevestigd zou worden. Men kan echter opmerkingen in de rechtsleer vinden die minstens impliciet neigen tot de bevestiging van het voortduren van de soevereiniteit in hoofde van de Soevereine Vorst,¹⁰⁵ terwijl artikel 1 GW 1814 zeer suggestief in die richting wijst door 'de soevereiniteit der Vereenigde Nederlanden' op te dragen aan Willem I. In 1815 verdwenen die uitdrukkingen echter en werd, zoals gezegd, de wetgevende macht uitdrukkelijk opgedragen aan de Koning en de Staten-Generaal gezamenlijk. Voor de bevoegdheid van de Tijdelijke Regering met betrekking tot het BW 1830 blijkt deze kwestie dus weinig relevant.

Wat daar ook van zij, men zou kunnen proberen om het besluit van 22 november 1814 te zien als een reglementering van het eigendomsrecht die zijn grondslag vindt in artikel 544 *Code Napoléon* en de wetten op de wegenis.¹⁰⁶ Laatstgenoemde wetten waren steeds zeer bezorgd over de vrijwaring van het verkeer, zoals procureur-generaal Mesdach de

102 X, *Verbaal der vergadering van aanzienlijken in Amsterdam, den 29sten Maart MDCCCXIV, 's-Gravenhage, 1814, 6.*

103 Kennisgeving 29 maart 1814 van het aannemen der Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden, *Stb.*, 1814, nr. 44.

104 Zie X, *Verbaal der vergadering van aanzienlijken in Amsterdam, den 29sten Maart MDCCCXIV, 's-Gravenhage, 1814, 10, 103* en de akte van inhuldiging op pp. 105 e.v. De akte van inhuldiging is eveneens te vinden in het *Staatsblad*, 1814, nr. 45. Men kan erin lezen 'Wij zullen alsnu dadelijk overgaan tot het invoeren dier Grondwet (...).'

105 M. Foelix, 'Du conflit des lois de différentes nations, ou du droit international', *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 1843, 103, nr. 314 in fine: '[L]arrêté du 9 septembre 1814, émané du prince qui exerçait alors le pouvoir souverain et illimité dans le territoire, a conservé force de loi jusqu'à ce jour.' (Vertaling: Het besluit van 9 september 1814, dat uitging van de vorst die toen de soevereine en onbeperkte macht uitoefende in het gebied, heeft kracht van wet behouden tot op de dag van vandaag). Zie, minder vergaand, Donner, *Staatkundig denken*, 280.

106 Ook in de napoleontische tijd was de eigendom verre van absoluut. Zie de voorbeelden in R. Derive, *Grenzen van het eigendomsrecht in de negentiende eeuw. Bijdrage tot de geschiedenis van het moderne privaatrecht*, Antwerpen, 1955, 103 (m.b.t. oogsten en het verplichte planten van bomen langs de grote rijksbanen), 105 (m.b.t. de exploitatie van bossen), 110 (m.b.t. duinen en dijken) en *passim*.

ter Kiele nog in 1881 opmerkte.¹⁰⁷ Zo bepaalt artikel 105 van een keizerlijk decreet van 1811¹⁰⁸ dat de particulieren hun bomen geplaatst ‘sur les grandes routes’ (op hoofdwegen) enkel mogen snoeien binnen de tijdperken en volgens de aanwijzingen gegeven in een besluit van de prefect, terwijl artikel 16 van hetzelfde decreet bepaalt dat bijzondere reglementen (‘des réglemens d’administration publique’, vergelijkbaar met de algemene maatregel van bestuur) onder andere de beplanting van de departementale wegen zullen regelen. De Koning is natuurlijk geen prefect, zodat men de toepasbaarheid van artikel 105 van het genoemd decreet op het besluit van 22 november 1814 kan betwijfelen. Als de hiërarchische overste van de prefecten (artikel 76 GW 1814) zou de Koning evenwel hen het bevel kunnen geven om het snoeien enzovoorts van de bomen op de openbare wegen te verbieden. De onwettigheid, voor zover er een is, zou dus snel gedekt kunnen worden.

4.6 Het Conflictenbesluit

De bovenstaande gevallen blijken weinig leerrijk. Men kan zich dus afvragen of er geen betere gevallen te vinden zijn. Per slot van rekening is de GW 1814 uitzonderlijk welwillend tegenover de Koning¹⁰⁹ – toen nog de Souvereine Vorst – en kan men niet uitsluiten dat de uitzonderlijke omstandigheden – de naweeën van de val van Napoleon – misschien hebben geleid tot bijzondere machten voor de Koning. Alleszins was er een strekking die het Napoleontische staatsrecht wou hernemen in Nederland, mits enkele cosmetische ingrepen zoals het vervangen van de verwijzingen naar een keizer.¹¹⁰ Zelfs bij ontstentenis van bijzondere machten kan men nog, zoals gezegd, artikel 544 *Code Napoléon* en de wetten op de wegenis als grondslag aanvoeren. We zoeken dus voort naar een koninklijk besluit waardoor een wet wordt geschorst of opgeheven, zonder dat een noodtoestand of een geschikte machtiging het handelen van de uitvoerende macht wettigt.

Het beruchte Conflictenbesluit¹¹¹ komt dan voor de geest. Hiertegen is immers aangevoerd dat het neerkomt op de schorsing of opheffing van een wet van 16 juni 1816,¹¹² zodat de in genoemd besluit gelegen regeling enkel door een nieuwe wet had mogen wor-

¹⁰⁷ Concl. onder Cass. 31 januari 1881, Pas., I, 1881, 69, aangehaald in L. Bosschaert, ‘Het beplantingsrecht inzake buurtwegen’, TBP, 1955, (69) 72, tekst en voetnoot 28.

¹⁰⁸ Keizerlijk decreet 16 december 1811 nr. 7644 *contenant réglement sur la construction, la réparation et l’entretien des routes*, Bull., 1812, afl. 418, 66.

¹⁰⁹ Art. 1 droeg de soevereiniteit uitdrukkelijk op aan de ‘Soevereine Vorst’, wat in de GW 1815 niet meer het geval was. Zie ook M. Tissink en O. Vliegenthart, *De macht van Oranje. Een historisch en juridisch overzicht van 1813 tot nu*, s.l., 2009, 17.

¹¹⁰ Van Eysinga, ‘Le pont’, 70.

¹¹¹ KB 5 oktober 1822 houdende voorziening, aangaande de conflicten van attributien tusschen de administratieve en regterlijke autoriteiten, Stb., 1822, n° 44. Zie ook de punctuele commentaar in H. van Sonsbeeck, *Proeve over de zelfstandigheid en onafhankelijkheid der regterlijke magt*, II, Zwolle, 1829, 132 e.v.

¹¹² Wet 16 juni 1816 houdende bepaling der wijze op welke bij de Regtbanken zullen worden overgebracht en afgedaan, de bij de administratieve autoriteiten aanhangige twistgedingen, Stb., 1816, nr. 27.

den ingevoerd,¹¹³ om nog maar te zwijgen over de ernstige grondwettelijke bezwaren.¹¹⁴ Willem I voerde wel allerhande grondwettelijke bepalingen aan om zijn Conflictenbesluit te wettigen, zoals artikelen 146 en 149 GW 1815 die de besluiten van de provinciale overheden onderwerpen aan koninklijk toezicht, maar nergens blijkt dat die bepalingen de bevoegdheid van de rechterlijke macht uitsluiten.¹¹⁵ Ten slotte kunnen we nog opmerken dat in het rustige jaar 1822 geen noodtoestand aanwezig was of anderszins het parlement verhinderd was om te handelen.

Er wordt wel roet in het eten gegooid door het feit dat het Conflictenbesluit nooit is nietig verklaard of buiten toepassing is gelaten door de rechter.¹¹⁶ Maar daaraan moet vermoedelijk niet veel gewicht gehecht worden. Uit de archieven blijkt dat slechts éénmaal een advocaat de buitentoepassinglating van het Conflictenbesluit heeft gevorderd, en dat in 1840 toen genoemd besluit al op zijn laatste benen aan het lopen was.¹¹⁷ (Het werd in 1844 opgeheven.¹¹⁸) De hoge mate aan aanvaarding wordt verklaard door de strafbaarstelling van weigeringen om het Conflictenbesluit te gehoorzamen. Het blijkt dus dat ook onder de GW 1815 de uitvoerende macht ondergeschikt was aan de wetgevende, althans wanneer deze laatste had gehandeld.¹¹⁹ Dat laatste is wel het geval bij het BW 1830, dat een volwaardige wet is.

4.7 Schorsing van het BW 1830 in Nederland

Het koninklijk besluit van 5 januari 1831¹²⁰ waarbij naar Nederlands recht de invoering van het BW 1830 werd opgeschort, biedt een andere interessante analogie. Aangezien het Belgische en het Nederlandse recht op dat ogenblik en op dit punt nog eensluidend waren – de GW 1815 was van kracht en de Tijdelijke Regering had zijn wetgevende bevoegdheden opgegeven – zou dat koninklijk besluit ongeldig zijn om dezelfde redenen als het besluit van de Tijdelijke Regering. Het werd echter in de rechtspraak zonder slag of stoot aanvaard,¹²¹ wat pleit voor de bevoegdheid van de Tijdelijke Regering om het BW 1830 op te heffen.

113 J.R. Thorbecke, *Aanteekening op de Grondwet*, II, Amsterdam, 1843, 157; Versteeg, *Verdeling*, 23-24 (die ten onrechte meent dat dit argument niet wordt aangevoerd in de toentijdse rechtsleer, buiten Thorbecke, zoals de volgende bron bewijst); D. Donker Curtius, *Aanmerkingen op het besluit van den 5^{den} oktober 1822, houdende voorziening aangaande de conflicten van attributien*, Amsterdam, s.d. (1825 of later), 34 (twijfelend).

114 J. Drion, *Administratie contra rechter tot de intrekking van het Conflictenbesluit*, 's-Gravenhage, 1950, 78 e.v.; Van der Pot, *Het Nederlandse staatsrecht*, 163-165.

115 Donker Curtius, *Aanmerkingen*, 12 e.v.

116 Ooms, 'De uitvoerende bevoegdheid', 200, voetnoot 27 (impliciet); Drion, *Administratie contra rechter*, 174.

117 Drion, *Administratie contra rechter*, 174.

118 KB 20 mei 1844, *Stb.*, 1844, nr. 25.

119 Naar toen vrij algemeen gedeeld inzicht was de Koning minstens deelachtig aan de residuaire bevoegdheid (als er niets geregeld is, is hij bevoegd om regelend op te treden): Versteeg, *Verdeling*, 23; Ooms, 'De uitvoerende bevoegdheid', 202; Alen en Muylle, *Belgisch Staatsrecht*, 19-20, nr. 31. Zie ook Cass. 18 maart 1844, *Pas.*, 1844, I, 106.

120 *Stb.*, 1831, nr. 1.

121 Kunst, *Historische ontwikkeling*, 116-117.

Evenwel zou men hierdoor over het hoofd zien dat Willem I handelde met instemming van de Staten-Generaal,¹²² zij het dat die instemming niet werd gegeven door een volwaardige wet (hoewel het meest essentiële deel van de wet – de gezamenlijke instemming van Staten-Generaal en Koning – wel aanwezig was). Ook zouden alle wijzigingen die aan de wetten en wetboeken van 1830 werden aangebracht, volgens de gewone wetgevende procedure aan de Staten-Generaal worden voorgelegd ter goedkeuring.¹²³ Ook is in de rechtsleer opgemerkt dat het KB van 5 januari 1831 strikt genomen ongeldig is.¹²⁴ Bij nader inzien kan de bevoegdheid van de Tijdelijke Regering hier dus geen steun vinden.

4.8 Tussenbesluit

Het is duidelijk dat de Koning slechts een verordenende bevoegdheid had, die niet tegen de wet kon ingaan. Dat wordt bevestigd door artikel 105 GW 1815 (dat anders zinledig zou zijn) en door de nood aan de Blanketwet. De Blanketwet bevestigt wel dat aan de Koning een ruime verordenende bevoegdheid toekwam, zodat hij wetten in materiële zin in het leven kon roepen. Zulke materiële wetten zijn echter irrelevant voor het BW 1830, dat als formele wet geïmmuniseerd is tegen koninklijk optreden. De vraag rijst dan of het BW 1830 is opgeheven door een bevoegde macht, zoals we in de volgende gedeeltes nagaan.

5 Ingrep van de (grond)wetgever in 1831?

5.1 *Wetgevende validatie?*

De vraag naar de wettigheid van het besluit van de Tijdelijke Regering zou ijdel zijn, mocht de wetgever of grondwetgever – wiens bevoegdheid tot het opheffen van wetten onbetwistbaar is – dat besluit hebben bevestigd. Heeft de Volksraad op die wijze gehandeld? Hij heeft zich inderdaad in de zitting van 18 januari 1831 over het vraagstuk van de grondwettigheid van het besluit van 14 januari 1831 gebogen, evenwel zonder uitspraak te doen.¹²⁵ Aanleiding hiertoe was een voorstel van decreet van François Van Snick,¹²⁶ strekkende tot de opheffing van het koninklijk besluit van 5 juli 1830, enerzijds uit vrees voor de grote verwarring en onzekerheid die eigen is aan hervormingen zoals de invoering van een nieuw burgerlijk wetboek, anderzijds uit afkeer voor al wat stamde uit het oude regime.¹²⁷

¹²² Voorduin, *Geschiedenis der Nederlandsche Wetboeken*, I/1, 358, met verwijzing naar *Staatsc.*, 28 oktober 1830, nr. 257.

¹²³ Zie de koninklijke boodschap van 16 februari 1832, *Staatsc.*, 24 februari 1832, nr. 47.

¹²⁴ Kunst, *Historische ontwikkeling*, 116-117; De Groot en Mertens, *Notaris in Maastricht*, 10.

¹²⁵ Huyttens, *Discussions*, II, 200-201, <http://unionisme.be>; Gilissen, 'Codifications', 228-229.

¹²⁶ François Van Snick (1793-1834) was advocaat en lid van de Volksraad. Hij werd later benoemd tot raadsheer in het hof van beroep te Gent.

¹²⁷ Het mag opgemerkt worden dat deze afkeer niet erg redelijk was: op vele punten hadden de Nederlanders en de Belgen in dezelfde zin gestemd. Zie Gilissen, 'Codifications', 218 e.v.; Van Dievoet, *Burgerlijk recht*, 36, nr. 10.

Inhoudelijk sloot Van Snick zich aan bij het besluit van de Tijdelijke Regering; formeel verzette hij zich ertegen. Naar zijn mening was de Tijdelijke Regering, als uitvoerende macht, onbevoegd daar de opheffing van wetten voorbehouden is aan de wetgevende macht. Raikem heeft daartegen ingebracht dat de uitvoerende macht krachtens de wetten op de overgang naar de nieuwe wetboeken de bevoegdheid had om de datum van inwerkingtreding van de wetboeken en wetten bedoeld in het KB 5 juli 1830 te wijzigen zolang genoemde datum nog niet was aangebroken: door zo te handelen, heeft de Tijdelijke Regering enkel de bevoegdheden van de uitvoerende macht uitgeoefend.¹²⁸

De discussie werd vervolgens kortgesloten door een motie van orde: de Volksraad had besloten om enkel dringende aangelegenheden nog te behandelen.¹²⁹ Daar er al een besluit van de Tijdelijke Regering was, werd de dringendheid niet aangenomen: *'L'urgence est mise aux voix et rejetée ; la proposition de M. Van Snick n'a pas d'autre suite'*. Impliciet kan men hieruit wel afleiden dat de Volksraad meende dat het besluit van de Tijdelijke Regering geldig was; het is inderdaad onwaarschijnlijk dat men de invoering van de Nederlandse wetboeken en wetten wou bewerkstelligen.¹³⁰ De beslissing van de Volksraad is echter zuiver technisch gebleven, zodat men hieraan niet dezelfde gevolgen kan hechten als aan de (uitdrukkelijke) instemming die de Nederlandse Tweede Kamer gaf aan het koninklijk besluit van Willem I van 5 januari 1831 (zie hoger). De motieven van een wet of andere beslissing kunnen helpen om deze uit te leggen, maar maken zelf in principe geen deel uit van de wet of andere beslissing.

Het lijkt er ook op dat Van Snick overtuigd was door de argumentatie van Raikem, aangezien hij (voor zover we zien) geen stappen heeft gezet om zijn voorstel opnieuw in te dienen. Het kan natuurlijk ook zijn dat hij beseftte dat zijn voorstel te laat behandeld zou worden om de inwerkingtreding van het BW 1830 nog te verhinderen. Maar het feit blijft dat de Volksraad op geen enkel ogenblik (als wetgever) een rechtshandeling heeft gesteld die de gebreken van het besluit van 14 januari 1831 kon helen. Weigeren een voorstel van decreet verder te behandelen omdat het 'niet dringend' zou zijn, betekent niet dat men een besluit van de Tijdelijke Regering wettigt. Men kan de wil van de wetgever niet gebruiken om zijn bewoordingen te interpreteren op een wijze die genoemde bewoordingen in het geheel niet verantwoordt.¹³¹

5.2 Grondwetgevende validatie?

Opheffing door de Grondwet? Heeft de Volksraad als grondwetgever opgetreden? Wanneer we het voorontwerp van Grondwet van Forgeur, Barbanson, Heussu en Liedts er-

¹²⁸ Een vergelijkbaar argument wordt verdedigd in: F. Wittemans en redactie JT, 'Le Code civil est-il abrogé?', JT, 1904, kol. 480-481, samengevat in X., 'Le Code civil a-t-il été abrogé, en Belgique, en 1831', JT, 2004, 344. Het wordt daar als beslissend onthaald, wat ons iets te optimistisch lijkt.

¹²⁹ Zie ook Magits, *De Volksraad en de Belgische grondwet*, 312.

¹³⁰ Wittemans, *Le Code civil*, kol. 480.

¹³¹ Arbitragehof 24 november 2004, nr. 193/2004. Zie ook K. Hendrickx, *Juridische taaltips*, Mechelen, 2008, 60-62.

op naslaan, merken we een veelbelovend artikel 119, 3° op dat bepaalt: ‘*Sont abolis et considérés comme non-avenus: [...] 3° les codes civil, de commerce, de procédure civile et criminelle, et d’organisation judiciaire, décrétés sous l’ancien gouvernement.*’ (Vrije vertaling: Zijn opgeheven en worden beschouwd als onbestaande: [...] 3° het burgerlijk wetboek, de wetboeken van koophandel, van burgerlijke rechtspleging en van strafvordering, en van gerechtelijke organisatie, afgekondigd onder de vorige regering).¹³² Artikel 119 van het voorontwerp is (het thans opgeheven) artikel 137 GW geworden, maar in gewijzigde vorm, zoals hierna uiteengezet.

De opheffing van de GW 1815 en van de lokale en provinciale statuten – die we niet in onze aanhaling hebben opgenomen – is gehandhaafd in de definitieve tekst, maar de opheffing van de genoemde wetboeken is verdwenen. Artikel 137 GW werd zonder discussie goedgekeurd, zodat de redenen onduidelijk zijn.¹³³ Wat opvalt, is dat de tekst op dat ogenblik al geen gewag meer maakte van het BW 1830 en van de andere wetten en wetboeken. Op zich is dat begrijpelijk: op 6 februari, dag waarop artikel 137 GW gestemd werd, zouden de genoemde wetten en wetboeken al 5 dagen in werking zijn getreden. Hoe snel men de Grondwet ook in werking zou stellen, men zou toch altijd met een aantal stekelige vragen van overgangsrecht (teruggangsrecht?) zitten.¹³⁴ Een afzonderlijke wet ware opportuener geweest. Het is niet geheel duidelijk waar en wanneer artikel 137 (oud) GW zijn plenair gestemde vorm heeft gekregen. Naar alle waarschijnlijkheid heeft de Middenafdeling van de Volksraad dat gedaan.¹³⁵

Artikel 137 (oud) GW: *herziening der wetboeken*. Artikel 137 (oud) GW is niet het enige grondwetsartikel dat van belang was of had kunnen zijn voor het BW 1830. Er is ook artikel 139, 11° (oud) GW, dat luidde als volgt: ‘*Le Congrès national déclare qu’il est nécessaire de pourvoir, par des lois séparées et dans le plus court délai possible, aux objets suivants: [...] 11° la revision des Codes.*’ (Het Nationaal Congres verklaart dat de volgende zaken door afzonderlijke wetten, en binnen de kortst mogelijke tijd, dienen te worden geregeld: [...] 11° de herziening van de wetboeken). Wat al dadelijk opvalt, is dat niet wordt gezegd welke wetboeken bedoeld worden. De voorbereidende werken zijn wederom geen hulp, omdat het artikel zonder discussie werd goedgekeurd.¹³⁶ Ook het verslag van Raikem bewaart het stilzwijgen, op een nietszeggende halve zin na.¹³⁷ We onderzoeken hieronder welke wetboeken bedoeld werden.

¹³² A. Neut, *La Constitution belge expliquée par le Congrès national, les Chambres et la Cour de cassation*, Gent, 1842, 12; Wittemans, *Le Code civil*, kol. 425-426. Het ontwerp van de Tijdelijke Regering ontbeerde een vergelijkbare bepaling.

¹³³ Zitting van 6 februari 1831, Huyttens, *Discussions*, II, 484; Neut, *Constitution belge*, 373.

¹³⁴ Men zou uit de tekst kunnen afleiden dat het artikel van het voorontwerp retroactieve werking zou hebben (*considérés non-avenus*; worden beschouwd als onbestaand), maar er is genoeg dubbelzinnigheid om het tegendeel te beweren.

¹³⁵ In het verslag dat Raikem bracht, wordt zo goed als niet gesproken over art. 137 (oud) GW, wel wordt het al in de plenair gestemde vorm weergegeven. Het kan worden geraadpleegd in Neut, *Constitution belge*, 372-374 en E. Huyttens, *Discussions du Congrès national de Belgique*, IV, *Pièces justificatives n°s 1 à 255*, Brussel, 1844, 112-113.

¹³⁶ Zitting van 6 februari 1831, Huyttens, *Discussions*, II, 484, <http://unionisme.be>; Neut, *Constitution belge*, 379.

¹³⁷ Huyttens, *Discussions*, IV, 112-113.

Sommige rechtsleer meent dat artikel 139 (oud) GW spreekt over de Franse wetboeken.¹³⁸ Anderen stellen dat de wetboeken van 1830 bedoeld worden.¹³⁹ Beide strekkingen kunnen meerdere argumenten voorstellen, die we hieronder overlopen.

In de eerste plaats zijn er tekstargumenten. De laatstgenoemde strekking kan wijzen op 10° van artikel 139, waarin gesproken wordt over de *Code pénal militaire* die nochtans onbetwistbaar een wetboek is stammende uit het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden.¹⁴⁰

De eerstgenoemde strekking kan wijzen op onderdelen zes en negen van artikel 139, waarin aan het eerstkomende parlement wordt opgedragen nieuwe wetten te voorzien met betrekking tot de gerechtelijke organisatie respectievelijk de faillissementen en opschortingen van betaling. Dat de gerechtelijke organisatie een nieuwe wet nodig had, sprak toen vanzelf: men moest drie hoven van beroep en een Hof van Cassatie inpassen, waarbij in het bijzonder het Hof van Cassatie een andere dan de Nederlandse wet op de rechterlijke organisatie noodzaakte.¹⁴¹ Haar vermelding is dus irrelevant voor ons vraagstuk. De verwijzing naar de faillissementen en opschortingen van betaling is daarentegen interessant: het lijkt minder waarschijnlijk dat men hiermee de Nederlandse wetgeving bedoelt, die immers recent was opgesteld, dan de Franse wetgeving die blijkbaar in 1807 al als verouderd werd beschouwd.¹⁴²

Niettemin is het tekstargument zwak: er was een belangrijke stroming in de toenmalige rechtsleer die de herziening van de wetten en wetboeken van 1830 vorderde.¹⁴³ Ook is het mogelijk dat men zich in belangrijke mate heeft laten beïnvloeden door de toen nog geldende Franse regelgeving over de faillissementen en opschortingen, zodat de gebreken hiervan niet voldoende verholpen waren.

Een ander argument dat op het eerste gezicht pleit voor de eerstgenoemde ('pro-Franse') strekking is dat artikel 139 (oud) GW blijkbaar was voorgesteld door Raikem,¹⁴⁴ die

138 E. Hanssens, 'Le Code civil en Belgique', in *Société d'études législatives* (ed.), *Le Code civil. 1804-1904*, Parijs, 1904, (onveranderde nadruk: Frankfurt, 1969), 681-682.

139 F. Bol, 'Le Code civil est-il abrogé?', *JT*, 1904, kol. 449-450.

140 Bol, 'Le Code', kol. 450. Zie ook Gilissen, 'Codifications', 214-215.

141 Om ons tot één voorbeeld te beperken: het Belgische Hof van Cassatie treedt niet in de beoordeling van de zaken zelf, maar de Nederlandse Hoge Raad was bevoegd voor de hogere beroepen tegen de arresten gewezen in eerste aanleg door de hoven van beroep (art. 181 GW 1815).

142 J. Monéger, 'De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au Code de commerce français de septembre 2000', *Revue internationale de droit économique*, 2004, 179-180, 184-185.

143 Zie de woorden van J.D. Meyer, *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier*, Amsterdam, 1830, 142-143, voetnoot 2, eveneens aangehaald in: Bol, 'Le Code', kol. 450: '[J]e ne crains pas de me constituer l'organe des tous les Belges qui ont la moindre connaissance en droit ou en législation, quand j'exprime le vœu respectueux qu'ils soient, non soumis à une révision partielle ou totale, mais qu'ils soient refundus, altérés et améliorés du commencement jusqu'à la fin, sous les rapports des principes et de la conséquence, comme sous celui de la rédaction.' (Vrije vertaling: Ik vrees niet om me tot de spreekbuis te maken van alle Belgen die enige kennis hebben van het recht of de wetgeving, wanneer ik de eerbiedige wens uitdruk dat de wetboeken niet worden onderworpen aan een gedeeltelijke of volledige herziening, maar dat zij van begin tot einde worden hervormd, gewijzigd en verbeterd, wat betreft zowel de principes en hun gevolgen als hun taalgebruik). Men moet echter voorzichtig zijn. In de tijd waarin Meyer sprak, werd 'Belgisch' zeker in het Frans vaak gebruikt om het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden aan te duiden. Het is geenszins zeker dat hiermee het huidige België wordt bedoeld.

144 Heirbaut, 'Napoleons trouwste onderdanen', 78; Idem, *Belgische ministers van Justitie*, 18.

ook het besluit van de Tijdelijke Regering verdedigde tegen het voorstel van decreet van Van Snick.¹⁴⁵

Bij nader inzien kan ook dit argument niet doorslaggevend zijn. Het valt immers niet uit te sluiten dat Raikem de wetten en wetboeken van 1830 in het vizier had, of – vermoedelijk meer waarschijnlijk – een geheel nieuwe codificatie op het oog had.¹⁴⁶ De officiële wetgevingspraktijk kort na de Belgische Omwenteling vermag geen uitsluitsel te geven, omdat men de toestand zoals ze in 1830 bestond in wezen onberoerd liet.¹⁴⁷ Het was pas in 1879 dat aan Laurent de opdracht werd gegeven om een nieuw Burgerlijk Wetboek op te stellen,¹⁴⁸ dat overwegend een bewerking van de *Code Napoléon* was.¹⁴⁹

We hebben de indruk dat men zich heeft gebaseerd op het feit dat Raikem door de Middenafdeling werd aangesteld tot verslaggever voor artikel 139 (oud) GW. Nu is Raikem, gezien zijn zeer talrijke bijdragen tot de werkzaamheden van de Volksraad, zeker een goede kandidaat voor het auteurschap van artikel 139 (oud) GW, maar hij is niet de enige. Om dat met zekerheid vast te stellen, zouden we moeten beschikken over de processen-verbaal van de vergaderingen van de afdelingen en van de Middenafdeling. Deze zijn evenwel, bij ons weten, nooit gepubliceerd; E. Huyttens¹⁵⁰ geeft enkel de discussies in de plenaire zittingen weer en (in delen IV en V) de verslagen van de Middenafdeling aan de Volksraad in plenaire zitting (en andere stukken die hier niet pertinent zijn).

Er wordt wel soms allusie gemaakt op de processen-verbaal.¹⁵¹ Het is mogelijk dat die processen-verbaal, zoals de originele Grondwet,¹⁵² zijn vernietigd in de brand die het Paleis der Natie trof op 6 december 1883 en daarbij de bibliotheek in de as legde. Magits vermeldt dat door genoemde brand ‘talrijke interessante stukken, waaronder enkele grondwetsvoorstellen, als petitie aan de Volksraad aangeboden, onherroepelijk verloren [gegaan zijn]’.¹⁵³ Maar zelfs zonder de brand waren stukken van de Volksraad al schaars.¹⁵⁴ De notulen van de plenaire vergadering zouden wel bewaard zijn gebleven, maar zijn zeer summier.¹⁵⁵ De private archieven van de leden der Volksraad leveren niet veel meer op.¹⁵⁶

145 Huyttens, *Discussions*, II, 200-201, <http://unionisme.be>.

146 De tweede mogelijkheid wordt gesuggereerd door Raikem, *Rapport*, 15-16.

147 Heirbaut, *Belgische ministers van Justitie*, 20.

148 Gilissen, ‘Codifications’, 257.

149 Zie F. Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, I, Articles 1-227, Brussel, 1885, I, nr. 1 en *passim*.

150 *Discussions du Congrès national de Belgique*, V dln., Brussel, 1844-1845.

151 Zo bv. in: Neut, *Constitution belge*, 354

152 Onder het voorbehoud dat ieder lid van de Volksraad een gedrukte tekst, getekend door het bureau daarvan, ontving, zodat deze teksten ook als authentiek zouden kunnen worden beschouwd: Magits, *De Volksraad en de Belgische grondwet*, 393.

153 *Ibidem*, 1 e.v.

154 *Ibidem*, I, voetnoot 2.

155 *Ibidem*, 2 resp. 4.

156 *Ibidem*, 9 e.v.

5.3 Administratieve kunstgreepjes?

Bij lezing van het besluit van 14 januari 1831 valt op dat het genomen is 'sur le rapport du Comité de la justice' (op het verslag van het Bewind der Justitie). Men zou, in een wanhoopspoging, kunnen proberen te stellen dat dit Comité de la justice (Bewind der Justitie) een comité van de Volksraad was (en zodoende deelachtig aan de wetgevende macht), maar dat is zeer onwaarschijnlijk. Het Bewind der Justitie was één van de bijzondere bewinden (Comités spéciaux) die het Hoofdbewind (Comité central)¹⁵⁷ van de Tijdelijke Regering (het Voorlopig Bewind) bijstonden.¹⁵⁸ Het maakte geen deel uit van de Volksraad.¹⁵⁹ De Volksraad was bovendien onderverdeeld in afdelingen of secties (des sections) die, voor zover we zien, nog niet gespecialiseerd waren, hoewel het mogelijk was om tijdelijke commissies voor bijzondere onderwerpen op te richten.¹⁶⁰

6 Noodrecht?

Naar Belgisch recht wordt het in hoogst uitzonderlijke zwaarwichtige omstandigheden mogelijk geacht om noodrecht in het leven te roepen, dat wil zeggen, rechtsregels die 'berusten op de noodzakelijkheid om in abnormale omstandigheden het bestaan van de

¹⁵⁷ Ingericht bij besluit van de Tijdelijke Regering 28 september 1830 houdende nomination d'un Comité central du Gouvernement, Bull. Off., nr. I, Pasin., Brussel, 1833, 5. Strikt genomen oefende dit Hoofdbewind (Comité central) alle machten uit die tot datum van genoemd besluit in de Tijdelijke Regering berustten: Gilissen, 'Le caractère collégial', 614. De Tijdelijke Regering bestond dus vanaf 28 september uit een centraal comité en een aantal bijzondere comités die het centraal comité hadden bij te staan zonder zelf aan de uitvoerende en wetgevende macht deelachtig te zijn.

¹⁵⁸ Het Bewind der Justitie (Comité de la justice) werd niet door een afzonderlijk besluit ingericht, voor zover te zien in de Pasinomie. Het wordt in de Pasinomie voor de eerste keer genoemd in het besluit van de Tijdelijke Regering 30 september 1830 betreffende de *Mode d'après lequel la justice sera rendue*, Bull. Off., nr. II, Pasin., Brussel, 1833, 6-7. Het eerste besluit waarin het genoemd wordt, is dat van 28 september 1830 waarbij advocaat Charles Blagniet tot lid van zijn raad werd benoemd: Gilissen, 'De eerste administratieve organisatie', 330-331. Het zal echter al vroeger hebben bestaan, aangezien Gilissen vermeldt dat dat besluit op voorstel van het Bewind werd genomen. De publicatie in het Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire de Belgique, 1 oktober 1830, afl. 1, 12 is echter slechts een samenvatting die de benoeming van Blagniet verkeerdelijk op 29 september dagtekent. Zie over de Tijdelijke Regering Gilissen, 'Le caractère collégial', 609 e.v.; Gilissen, 'De eerste administratieve organisatie', 301 e.v. (p. 330 e.v. over het Comité de la justice in het bijzonder). De Tijdelijke Regering consolideerde zijn organisatie door het besluit 15 oktober 1830 [sur les] rapports que doivent avoir entre eux les divers pouvoirs composant le Gouvernement provisoire de la Belgique, Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire de Belgique, 28 oktober 1830, afl. 14, 3.

¹⁵⁹ Huytens, Discussions, I, 411-412, <http://unionisme.be>: de Bewinden die het Hoofdbewind bijstonden, hadden niet de bevoegdheid om wetsontwerpen in te dienen, minstens volgens een bepaalde strekking in de Volksraad. Het is erg onwaarschijnlijk dat een dergelijke stelling zou kunnen ontstaan indien de Bewinden een deel van de Volksraad waren.

¹⁶⁰ Zie de artt. 30-36 van het reglement van orde van de Volksraad, opgenomen in X, Manuel constitutionnel de la Belgique, Brussel, 1831, 130-131. Zie ook het ontwerp van reglement van orde in Van Den Steene, De Belgische Grondwetscommissie. Notulen, 95. Op p. 46-47 wordt opgemerkt dat de Volksraad het ontwerp nauwelijks heeft aangepast. Op p. 48, voetnoot 4 wordt de nadere werking van het reglement nog eens aangestipt: de leden van de Volksraad werden door loting over 10 afdelingen verdeeld. Elke afdeling duidde, na haar beraadslagingen, een verslaggever (wat betreft de Grondwet: 2 verslaggevers) aan en de verslaggevers maakten de Middenafdeling (Section centrale) uit, die dan een verslag opstelde voor de plenaire vergadering. Zie ook Magits, De Volksraad en de Belgische grondwet, 305.

Natie te vrijwaren, zelfs ten koste van uitzonderlijke en van het gemeen recht afwijkende bepalingen'.¹⁶¹

Het bekendste voorbeeld hiervan is de besluitwet (gebruikt tijdens beide wereldoorlogen toen het parlement niet kon bijeenkomen),¹⁶² waarbij opgemerkt mag worden dat de wetskrachtige besluiten van de Tijdelijke Regering ook als een soort besluitwetten aan te merken zijn.¹⁶³ Ze had immers, tot de bijeenkomst van de Volksraad, de wetgevende macht '*par la force des circonstances et par l'assentiment de la Nation*' (door de kracht van de omstandigheden en de instemming van de Natie),¹⁶⁴ hoewel de GW 1815 op dat ogenblik nog van toepassing was¹⁶⁵ en deze de wetgevende macht opdraagt aan de Koning en de Staten-Generaal. Een meer hypothetisch voorbeeld zou het 'wetsbesluit' kunnen zijn, waarbij het parlement zich in de plaats stelt van de Koning als hoofd van de uitvoerende macht. In dit geval zal het wel nodig zijn dat zowel de aanstelling van een regent als het handelen van de in raad vergaderde ministers door overmacht onmogelijk is, aangezien de Grondwet en de grondwettelijke gewoonte het wegvallen van de Koning hebben geregeld.

Zou men nu het besluit van 14 januari 1831 als een uitoefening van een noodrechtelijke bevoegdheid kunnen beschouwen? Uit de overwegingen die aan het besluit van 14 januari 1831 voorafgaan, blijkt alvast dat de Tijdelijke Regering impliciet een beroep lijkt te doen op het noodrecht: het wou vermijden dat de chaos waarin België zich door de Omwenteling bevond, nog zou worden vergroot door de ontijdige invoering van een nieuw wetboek. Evenwel kan men zich afvragen of de 'abnormale omstandigheden' die vereist worden, nog wel dermate aanwezig waren dat de Tijdelijke Regering zich rechtmatig de bevoegdheid kon aanmatigen om de wetgevende macht wederom uit te oefenen. In de

161 Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 351. Zie voor een meer uitgebreide uiteenzetting J. Mertens, *Le Fondement juridique des lois de pouvoirs spéciaux*, Brussel, 1945, 142 e.v. Hoewel we alle begrip hebben voor de noodzakelijkheid van het noodrecht, menen we dat de verklaringen die tot nog toe zijn gegeven, tekortschieten. Zoals J. Mertens op p. 145 opmerkt, is er geen grondwettelijke mogelijkheid om van de noodtoestand naar het noodrecht te gaan: '*la Constitution peut ignorer l'état de nécessité, elle n'ignore pas le droit de nécessité, elle lui dénie de façon expresse toute valeur quelconque (art. 130 Constitution)*.' (Vrije vertaling: De Grondwet mag de noodtoestand niet kennen, ze kent wel het noodrecht, waaraan ze alle waarde uitdrukkelijk ontzegt (art. 130 GW)). Bij de bespreking van art. 130, nu 187 GW meende burggraaf Charles Vilain XIII '[qu']on abolit l'article de je ne sais quel Code, qui permet la mise en état de siège des places fortes' (vrije vertaling: men heft het artikel op van ik weet niet welk wetboek, dat het mogelijk maakt om vestingen in staat van beleg te plaatsen) – en is een belegering niet één van de meest frappante noodtoestanden? – door art. 187 GW in te voeren (Huyttens, *Discussions*, II, 465, ook aangehaald in: Neut, *Constitution belge*, 372).

162 Besluitwetten zijn wetten die uitgevaardigd zijn door de Koning zonder medewerking van het parlement, wanneer het parlement door overmacht niet langer aan het wetgevingsproces kan deelnemen maar de belangen van het land wel een wetgevend optreden vereisen. Hun geldigheid wordt aanvaard, evenals hun karakter van werkelijke wet onttrokken aan art. 159 GW: J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, 2011, 304-305, nr. 325-326; Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 152. Zie ook Mertens, *Fondement juridique*, 233 e.v.; Alen en Muylle, *Belgisch Staatsrecht*, 143-144, nrs. 136-137.

163 In Mertens, *Fondement juridique*, 139, kan men een hint in deze richting vinden, doch uit de tekst blijkt dat gesproken wordt over voorlopige regeringen in het algemeen, niet over de Tijdelijke Regering van 1830-1831 in het bijzonder.

164 Thonissen, *La Constitution*, 335, nr. 510.

165 Huyttens, *Discussions*, I, 127, <http://unionisme.be>, bevestigd door Brussel 28 januari 1832, aangehaald in Bivort, *Constitution belge*, 127; de opheffing daarvan geschiedde pas door art. 137 van de Belgische Grondwet, die pas op 7 februari werd bekendgemaakt en dus nog niet van toepassing was – overigens zou art. 26, nu 36, van die GW tot dezelfde oplossing leiden.

Belgische rechtsstaat worden de rechtsbetrekkingen ‘geregeld door de wet en niet door het staatsbelang’,¹⁶⁶ terwijl een noodtoestand, zo zegt de Raad van State in een advies over de grondwettigheid van de gedeeltelijke schorsing van de Grondwet, geen ‘schepping van staatswil’ kan en mag zijn.¹⁶⁷ Hieruit volgt dat hoge eisen te stellen zijn aan besluitwetten en andere noodrechtelijke constructies.¹⁶⁸ We menen dat die eisen hier niet vervuld zijn. Meer in het bijzonder is de noodzakelijke subsidiariteit niet in acht genomen: het was niet nodig om de bevoegdheden van de Tijdelijke Regering uit te breiden, omdat de Volksraad op dat ogenblik in zitting en besluitvaardig was, getuige het voorstel van Van Snick met hetzelfde voorwerp als het besluit van 14 januari 1831, door de Volksraad besproken op 18 januari.¹⁶⁹

7 Irrelevantie van de Pasinomie

De hiervoor aangehaalde discussie in het *Journal des Tribunaux* van 1904 tussen meesters Bol en Wittemans heeft een anonieme lezer ertoe gebracht de *Pasinomie* te raadplegen.¹⁷⁰ Hij meent hieruit een argument te kunnen putten ten gunste van de handhaving van de *Code Napoléon*. De *Pasinomie* zegt immers in een voetnoot bij de wet van 14 juni 1822¹⁷¹ dat ‘*Le Code civil des Pays-Bas n’ayant pas été mis en vigueur en Belgique, nous avons cru pouvoir, jusqu’à présent, nous abstenir d’en donner le texte; si nous nous décidons à le reproduire, nous le donnerons au complet, en ayant soin d’indiquer les changements qui lui ont été récemment apportés en Hollande.*’ (Vrije vertaling: Omdat het Burgerlijk Wetboek van de Nederlanden in België niet in werking is gesteld, hebben wij tot nog toe gemeend ons te kunnen onthouden van het geven van de tekst; mochten we dat toch nog doen, zullen we de volledige tekst geven, en hierbij de recente wijzigingen in Nederland aangeven).¹⁷² De anonieme lezer doet vervolgens een beroep op het gezag van advocaat-generaal Alphonse Delebecque¹⁷³ en van procureur-ge-

166 Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 135.

167 Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 351.

168 Zo is de gedeeltelijke schorsing van de Grondwet, hoewel openlijk strijdig met art. 187, (enkel) mogelijk wanneer ‘[dat noodzakelijk is] om in abnormale omstandigheden het bestaan van de Natie te vrijwaren, zelfs ten koste van uitzonderlijke en van het gemeen recht afwijkende bepalingen’: Brems en Van Nieuwenhove, *Grondwet en EVRM*, 351.

169 Huytens, *Discussions*, II, 200-201, <http://unionisme.be>; Gilissen, ‘Codifications’, 228-229.

170 X., ‘Le Code civil est-il abrogé?’, *JT*, 1904, kol. 510.

171 Wet 14 juni 1822 houdende algemeene bepalingen, welke een gedeelte zullen uitmaken van het burgerlijk wetboek, *Stb.*, 1822, nr. 10

172 *Pasin.*, VI, 5 juillet 1820 – 26 août 1822, 227, voetnoot 1.

173 Alphonse Delebecque (1801-1857) was eerst advocaat. Hij was actief tijdens de Belgische Revolutie en maakte vervolgens een steile gerechtelijke carrière door, die hem zag als substituut van de procureur-generaal bij het hof van beroep te Brussel en advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie. Hij was zeer actief in het intellectuele leven van de juristen, onder andere als stichter van de *Revue des revues de droit* en de *Pasinomie*. De anonieme lezer gebruikt de spelling *Delebecque*, maar die lijkt fout, althans minder gebruikelijk te zijn. In de *Almanach de la Cour*, Brussel, 1841, 291 wordt *Delebecque* gebruikt; op p. 95 komt de spelling *Delbecque* voor, maar dat kan een zetfout zijn (p. 291 kan natuurlijk ook een zetfout zijn). De spelling *Delebecque* wordt ook gebruikt in: A. Delebecque, *Les cinq Codes en vigueur en Belgique*, Brussel, 1853. Dat werk bevestigt overigens duidelijk dat *Delebecque* van mening was dat de napoleontische wetboeken nog in België golden.

neraal Isidore Plaisant¹⁷⁴ – samenstellers van de relevante delen van de *Pasinomie* – om te argumenteren dat hieruit blijkt dat het BW 1830 nooit in België in werking is getreden.

Kan hiermee ingestemd worden? Zonder de aanzienlijke bekwaamheden en verdiensten van Delebecque en Plaisant in twijfel te willen trekken, moeten we erop wijzen dat dit in het slechtste geval een louter gezagsargument is, in het beste geval een argument gebaseerd op de (on)waarschijnlijkheid dat dergelijke eminente rechtsgeleerden zouden dwalen. Het gezagsargument kan zonder veel omhaal van de hand worden gewezen: een foute redenering wordt niet op magische wijze juist gewoonweg omdat gezaghebbende personen haar maken. Gezag en onfeilbaarheid gaan niet hand in hand. Het waarschijnlijkheidsargument is iets beter, maar dergelijke argumenten kunnen slechts gewicht hebben wanneer inhoudelijke argumenten ontbreken of geen uitsluitel vermogen te geven. Hier bestaan de inhoudelijke argumenten echter en vermogen ze, onzes inziens, uitsluitel te geven.

8 Besluit

Uit het onderzoek blijkt dat het BW 1830 minstens juridisch bestaat als een geldige wet. Het besluit van de Tijdelijke Regering tot opheffing van het BW 1830 heeft geen kracht van wet en kan dus het BW 1830 niet opheffen. Op het ogenblik dat de Tijdelijke Regering handelde, had het immers al zijn wetgevende bevoegdheid afgestaan aan de Volksraad, zodat het een bevoegdheidsoverschrijding beging. Ook het argument dat de noodtoestand de opheffing van het BW 1830 door de onbevoegde Tijdelijke Regering wettigde, schiet tekort. Zoals de beraadslagingen van de Volksraad op 18 januari 1831 aantonen, was de bevoegde macht echter geheel en al in staat om de nodige handelingen tijdig te stellen, zodat er geen enkele reden is om enige noodrechtelijke bevoegdheid toe te kennen. Een waarschijnlijkheidsargument laat evenmin toe om de *Code Napoléon* te redden, vanwege het feit dat er voldoende inhoudelijke argumenten zijn om tot een besluit te komen.

Of het BW 1830 in werking is getreden, is evenwel een andere vraag. Hier is twijfel mogelijk, omdat een koninklijk besluit de inwerkingtreding regelt. Op zichzelf kon de Tijdelijke Regering als rechtsopvolger of plaatsbekleder van de Koning koninklijke besluiten wijzigen en opheffen. De vraag is dan of het koninklijke besluit de bevoegdheid inzake de inwerkingtreding uitput, wat ons het geval lijkt. Dan heeft het besluit van de Tijdelijke Regering evenmin verhindert dat het BW 1830 in werking treedt. Als men evenwel toch aanneemt dat de Tijdelijke Regering de inwerkingtreding kon uitstellen, was dit slechts

¹⁷⁴ Isidore Plaisant (1796-1836) was advocaat en speelde een belangrijke rol in de Belgische Revolutie. Hij was het eerste hoofd van de Belgische Staatsveiligheid. Hij was vervolgens procureur-generaal bij het pas opgerichte Hof van Cassatie van België en hoogleraar aan de pas opgerichte Université Libre de Bruxelles (ULB). Hij stond aan de wieg van de *Pasinomie* (thans nog bestaand en uitgegeven door Larcier sinds 2016, daarvoor door Bruylant), die geroepen is om alle wetten geldend in België weer te geven.

tijdelijk. De uitvoerende macht heeft niet het recht om de inwerkingtreding van wetten voor onbepaalde tijd uit te stellen, want dat komt neer op hun opheffing en dus op een aanmatiging van de wetgevende macht. De uitvoerende macht is dus – strikt juridisch gezien – verplicht om het BW 1830 in werking te doen treden.

Een volgende belangrijke vraag is of het BW 1830 heden nog geldt. Op deze vraag hebben we niet kunnen ingaan, zodat we moeten volstaan te vermelden dat dit minstens controversieel is. Er is nooit een uitdrukkelijke wettelijke bevestiging van de *Code Napoléon* geweest, maar er zijn wel enkele wetten die als impliciete wettelijke bevestiging gezien kunnen worden. Of zij voldoende zijn, is echter betwistbaar: de wetgever was zich niet bewust van het probleem, zodat men bezwaarlijk een wil tot bevestiging van de *Code Napoléon* kan zien in die wetten. Dit impliceert dat in het zakenrecht en het verbintenissenrecht (de twee rechtstakken die relatief weinig gewijzigd zijn sinds 1830) er grote hoeveelheden regels zijn wier grondslag het BW 1830 is.

Summary

It is traditionally held that the Belgian civil code is still the *Code Napoléon* of 1804, as amended later. But this traditional opinion is not as rock-solid as it appears, as a new civil code – the Civil Code of the United Kingdom of the Netherlands – was poised to replace the *Code Napoléon* in 1831. It was only the Belgian Revolution of 1830 which staved this off. The Provisional Government of Belgium decided to abrogate the new civil code, which was seen as an imposition by the hated former government. But the Provisional Government had already transferred its legislative powers to Parliament, thereby making its act illegal. This means that Belgium has, legally speaking, another civil code than the *Code Napoléon*.

Keywords

Civil Code, Belgium, United Kingdom of the Netherlands, *Code Napoléon*, Belgian Revolution, Codification

LA LIBRE BELGIQUE VRAAGT GERECHTIGHEID

DE REPRESSIE VAN CONTRASPIONAGE VOOR DE DUITSE BEZETTER NA DE EERSTE WERELDOORLOG DOOR DE BELGISCHE MILITAIRE RECHTBANKEN (1918-1919)

1 Inleiding

Op 4 augustus 1914 was de Eerste Wereldoorlog in België een feit. In enkele maanden trokken de Duitse troepen door het land en lieten een spoor van vernieling achter. In november 1914 werd het Duitse leger aan de IJzer tot stilstand gedwongen. Het was het begin van een stellingenoorlog die meer dan vier jaar duurde. België werd opgedeeld in twee stukken: het kleine vrij België achter de IJzer, waar de Belgische regering het bewind bleef voeren, en bezet België, waar de feitelijke autoriteit in handen van de Duitse bezetter terecht kwam.¹

In een langdurige oorlog was het hooghouden van het moreel – zowel aan het front als thuis – van primordiaal belang. De bevolking moest overtuigd blijven van de uiteindelijke overwinning. Een belangrijke taak was weggelegd voor de geschreven pers.² De wijze waarop evenementen in kranten werden voorgesteld, maakten dat het (thuis)front hoopvol naar de toekomst keek of alle hoop liet varen. Controle op de geschreven pers was voor de strijdende mogendheden dan ook belangrijk. Enerzijds konden ze op deze manier propaganda verspreiden om het moreel van hun eigen bevolking hoog te houden. Anderzijds konden ze de publicatie van bepaalde informatie verbieden in de hoop op die manier het moreel van de tegenpartij te fnuiken. De censuur werd vrijwel onmiddellijk in bezet België ingevoerd.³ De bestaande Belgische kranten moesten hun artikels voorleggen aan een censurbureau dat besliste of ze al dan niet gepubliceerd mochten worden. De persvrijheid, één van de basiselementen van de Belgische samenleving, verdween.

De redacteurs van de meeste vooroorlogse kranten zetten prompt hun publicaties stop.⁴ Enkelingen werkten verder en besloten aan de eisen van de bezetter te voldoen.⁵ In

1 De Duitsers deelden bezet België op in drie stukken: het front, het etappengebied en het gouvernement-generaal. In dit artikel ligt de focus op het gouvernement-generaal, de plaats waar de clandestiene krant *La Libre Belgique* werd samengesteld, gedrukt en verspreid. De Duitse *Verordnungen* (besluiten) waar in dit artikel naar verwezen wordt, zijn deze die van toepassing waren in het gouvernement-generaal.

2 K.-J. Bremm, *Propaganda im Ersten Weltkrieg*, Stuttgart, 2013; P. Caljé en J. den Hollander, *De lange twintigste eeuw. Van 1870 tot heden*, Antwerpen, 2011; S. Schulze, *Krieg und Propaganda 14/18*, München, 2014.

3 Er moet opgemerkt worden dat de meeste kranten spontaan hun publicaties stopzetten op de dag dat de Duitsers de stad binnen vielen waar ze gepubliceerd werden (<https://warpress.cegesoma.be/nl/node/8938>; J. Flament, 'La Presse Belge durant la Guerre', in: R. Lyr (red.), *Nos héros morts pour la Patrie*, Brussel, 1920; J. Massart, *The Secret Press in Belgium*, Londen, 1918).

4 S. De Schaepdrijver, *De Grootte Oorlog. Het koninkrijk België tijdens de Eerste Wereldoorlog*, Amsterdam, 2008, 117. Enkele uitzonderingen zoals het Brusselse *L'Indépendance* of het Antwerpse *La métropole* vestigen zich in het buitenland om van daaruit hun publicaties verder te zetten.

5 De gecensureerde, Duitsgezinde pers bestond enerzijds uit bestaande dagbladen waarvan de redacteurs hadden beslist

Afbeelding van Anastasia, patroonheilige van de perscensuur.

Deze spotprent verscheen op 22 april 1916 in *Le Rire Rouge* en toont Anastasia die – op vraag van de overheid – gewapend met een schaar en een pot witte verf datgene wegnipt of met een laag witte verf bedekt wat gecensureerd moet worden. Op de achtergrond staat de slogan ‘Taisez-vous. Méfiez-vous’, de slogan tegen spionage (P. Van Damme, *Vriend over vijand. De Grote Oorlog in spotprenten*, Tielt, 2013, 282).



ruil kregen zij financiële steun. De Duitse bezetter gebruikte de gecensureerde dagbladen als een wapen om de Belgische bevolking te demoraliseren en hen gemakkelijker te kunnen onderwerpen.⁶ Als reactie op deze gecensureerde pers ontstond een parallel perscircuit dat als belangrijkste doel had het moreel van de bevolking te ondersteunen.⁷ De bekendste clandestiene krant is zonder twijfel *La Libre Belgique*.⁸

Over de rol die *La Libre Belgique* tijdens de Eerste Wereldoorlog heeft gespeeld en de jacht die de Duitse bezetter – hierin bijgestaan door Belgische onderdanen – op de krant maak-

om met de Duitsers samen te werken. Anderzijds werden er ook nieuwe kranten opgericht die zich vrijwillig aan de censuur onderwierpen. Enkele voorbeelden zijn *Le Quotidien*, *La Belgique*, *Le Bruxellois*, *Le Messenger de Bruxelles* en *L'information*.

⁶ E. Engels, *In de rug van de Duitsers. Het verzet tijdens WO I in België, Luxemburg en Noord-Frankrijk*, Tielt, 2014, 127; A. van de Kerckhove, *L'histoire merveilleuse de la Libre Belgique*, Brussel, 1919, IX.

⁷ De Schaepdrijver, *De Grote Oorlog*, 122; Engels, *In de rug van de Duitsers*, 124.

⁸ Gedurende de bezetting verschenen er niet minder dan 77 niet gecensureerde dagbladen. Vele hiervan kenden slechts enkele edities. Voor een digitaal overzicht van de niet gecensureerde pers die tijdens de Eerste Wereldoorlog is verschenen, zie <https://warpress.cegesoma.be/nl>.

te, is er al veel inkt gevloeid.⁹ Naar de jacht die *La Libre Belgique* en zijn medewerkers na de oorlog hebben geopend op hun voormalige vervolgers werd er daarentegen nog maar weinig onderzoek gedaan.¹⁰ Dit artikel analyseert twee dossiers waarin de vervolging van deze ‘slechte Belgen’¹¹ centraal staat, met name de zaak Rogiers en consoorten¹² en de zaak De Muylder – Möller.¹³ Beide zaken kwamen in 1919 voor de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier. De tenlastelegging luidde spionage en verklinking aan de vijand. De dossiers laten toe de basiskenmerken van de repressie van contraspionage voor de Duitse bezetter in de eerste maanden na de Wapenstilstand in beeld te brengen. Was deze repressie snel, streng en tegelijkertijd rechtvaardig zoals de overheid het aan de bevolking had beloofd?¹⁴ Bracht ze gerechtigheid voor de medewerkers van *La Libre Belgique*? Aan de hand van een analyse van de gerechtelijke dossiers, worden deze vragen beantwoord.

2 Polizeistelle B en de jacht op *La Libre Belgique* (1915-1918)

De oprichting van *Le Bruxellois*,¹⁵ een gecensureerde krant, was – onrechtstreeks – de aanleiding tot de oprichting van de ongecensureerde krant *La Libre Belgique*.¹⁶ Victor Jourdain, redacteur van de vooroorlogse krant *Le Patriote*, vroeg aan Eugène van Doren¹⁷ of hij geen

9 Zie o.a. P. Delandsheere, *Histoire des origines de la “Libre Belgique” clandestine*, Brussel, 1919; P. Goemaere, *Histoire de la Libre Belgique clandestine*, Brussel, 1919; Lt. Marcel, *Mes aventures et le mystère de La Libre Belgique*, Brussel, 1919; I. Millard, *Uncensored. The True Story of the Clandestine Newspaper “La Libre Belgique” published in Brussels during the German Occupation*, Londen, 1937; P. Stéphany, *La Libre Belgique. Histoire d’un journal libre 1884-1996*, Louvain-la-Neuve, 1996; van de Kerckhove, *L’histoire merveilleuse*; E. van Doren, *Les tribulations du “manager” de “la libre Belgique” clandestine 1914-1918*, Brussel, 1947.

10 De dossiers Rogiers en consoorten en De Muylder – Möller, die de naoorlogse jacht van *La Libre Belgique* illustreren, werden tot op heden slechts sporadisch vermeld om bepaalde aspecten van de repressie van contraspionage te illustreren (G. Baclin et al., *En première ligne. La justice militaire belge face à l’incivisme au sortir de la première guerre mondiale*, Brussel, 2010, 116-123; L. Bernard, *La Cour militaire belge et l’espionnage au sortir de la Première Guerre mondiale (1918-1920)*, Louvain-la-Neuve, UCL onuitg. licentiaatsverhandeling, 2006, 137-142; F. Heymans, *I spy with my little eye. Repressie van het incivisme na Wereldoorlog I*, Leuven, KULeuven, onuitg. masterscriptie, 2012, 83).

11 De term *Mauvais Belges* (Slechte Belgen) werd door baron Paul de Moffarts op 2 juli 1919 in de Senaat aangewend om de incivieken van de Eerste Wereldoorlog aan te duiden (*Hand. Senaat, 1918-19, 2 juli 1919, 413*). De term werd ook regelmatig in *La Libre Belgique* gebruikt (J. Monballyu, *Slechte Belgen! De repressie van het incivisme tijdens de Eerste Wereldoorlog door het Hof van Assisen van Brabant (1919-1927)*, Brussel, 2011, 7).

12 ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 160, dossiers 805/1919 en 807/1919.

13 ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossiers 362/1919 en 363/1919.

14 In een omzendbrief van 23 januari 1919 benadrukte de auditeur-generaal het belang van een snelle repressie (Brussel, Justitiepaleis (JUST), Archief van de omzendingen van de auditeur-generaal (OAG), omzendbrief nr. 395 van 23 januari 1919). Georges Honincks (1879-1952, liberaal volksvertegenwoordiger voor het arrondissement Namen) stelde tijdens zijn interpellatie in de Kamer van 6 maart 1919 dat ‘alle eerlijke mensen het erover eens zijn dat de onwaardige Belgen snel gestraft moeten worden. Deze straf moet zonder zwakheid, haat of hartstocht, worden toegepast (...) zodat ze tegelijk een voorbeeld en een bevrediging is voor de publieke wraakzucht. Meer dan ooit moet justitie voor iedereen gelijk zijn en moet ze respect hebben voor de garanties die de wet aan de verdachten toekent’ (*Hand. Kamer, 1918-19, 6 maart 1919, 470*); X. Rousseaux en Y. Van Ypersele, ‘Leaving the War Popular Violence and Judicial Repression of ‘unpatriotic’ behaviour in Belgium (1918-1921)’, *European Review of History*, 2005, nr. 12, 3-22.

15 De eerste publicatie dateert van vrijdag 18 september 1914.

16 Van de Kerckhove, *L’histoire merveilleuse*, 8.

17 Eugène van Doren was de schoonbroer van Paul Jourdain, de zoon van Victor Jourdain.

Ondertitel van La Libre Belgique.



one pager kon verspreiden om de Brusselse bevolking voor de onbetrouwbaarheid van de nieuwe gecensureerde krant te waarschuwen.¹⁸ Zo gezegd, zo gedaan. De actie irriteerde de Duitse bezetter. Het gerucht gaat dat hij naar aanleiding hiervan op dertien oktober 1914 ‘alle voortbrengselen der drukpers’ verbood.¹⁹ Een tweede samenwerking tussen Jourdain en van Doren was de publicatie en verspreiding van de herderlijke brief van kardinaal Mercier *Patience et Endurance* in januari 1915.²⁰ De verspreiding van dit document had een opbeurend effect op de Belgische bevolking en wekte de woede op van de Duitse bezetter. Jourdain voelde dat de bevolking meer van deze informatie nodig had en vroeg aan van Doren of deze zich niet wou bezighouden met de publicatie van een verzetskrant. Jourdain zou de fondsen leveren. Van Doren nam het voorstel met beide handen aan en op 1 februari 1915 was de eerste publicatie een feit.²¹

La Libre Belgique beweerde een patriottisch propagandabulletin te zijn dat zich niet aan de censuur onderwierp en op een ‘regelmatig onregelmatige’ wijze verscheen. Ze had een dubbel doel.²² Vooreerst wilde ze de bevolking behoeden voor de Duitse propaganda die erop gericht was te demoraliseren zodat de Belgische regering een nederlaag zou accepteren. Daarnaast beoogde de verzetskrant ook het patriottisme aan te wakkeren. Eendracht was het kernwoord. De onderscheiden tussen Vlamingen en Walen, en tussen katholieken, socialisten en liberalen moesten opgeborgen worden. Iedere Belg moest met dezelfde ijver zijn taak als patriot vervullen.²³

Het succes van de krant was enorm.²⁴ De oplage werd steeds verhoogd en dit ontging ook de Duitse bezetter niet. Op basis van het decreet op niet gecensureerde geschriften dat iedere medewerking aan de clandestiene pers strafbaar achtte, opende hij de jacht op

¹⁸ Stéphaney, *Histoire d'un journal libre*, 88.

¹⁹ C. Huberich en A. Nicol-Speyer, *Législation Allemande pour le Territoire Belge Occupé*, Den Haag, 1915, 21-24; van Doren, *Les tribulations du “manager”*, 19; Stéphaney, *Histoire d'un journal libre*, 88; van de Kerckhove, *L'histoire merveilleuse*, 10.

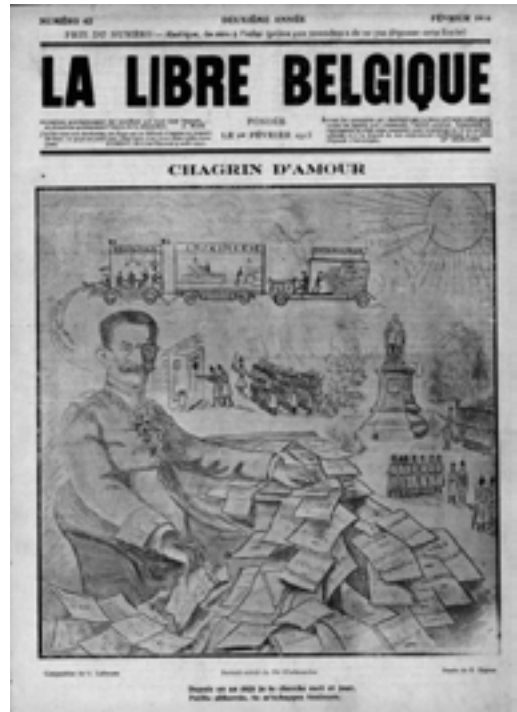
²⁰ Van Doren, *Les tribulations du “manager”*, 20-22.

²¹ Jourdain hield zich vooral bezig met de inhoud van de krant. Hij zou tijdens de oorlog niet minder dan 161 van de 330 artikelen in *La Libre Belgique* gepubliceerd hebben. Van Doren hield zich voornamelijk bezig met de organisatie. Hij zocht onder meer de drukkers en verdelers van de krant (Stéphaney, *Histoire d'un journal libre*, 85).

²² Goemaere, *Histoire de la Libre Belgique clandestine*, 10-11.

²³ Massart, *The Secret Press*, 1918, 12.

²⁴ De Schaepdrijver, *De Grootte Oorlog*, 121.



Voorblad uitgave nr. 30 van juni 1915 en voorblad uitgave nr. 62 van februari 1916.

La Libre Belgique.²⁵ Vanuit Berlijn werd een speciaal detachement politieagenten naar Brussel gestuurd,²⁶ dat als taak had de krant volledig op te doeken.²⁷ De Polizeistelle B te Brussel, gesitueerd in de Berlaimontstraat,²⁸ stond de agenten in hun opdracht bij.

De jacht op *La Libre Belgique* verliep moeilijk. De immense populariteit maakte dat honderden mensen²⁹ betrokken waren bij de publicatie en de verdeling. Het was dan ook een onmogelijke opdracht om alle betrokkenen in kaart te brengen en bij de kraag te vatten. *La Libre Belgique* dreef regelmatig de spot met de Duitse zoektocht.³⁰ Op het voorblad van nummer 30 prijkte een prent van de gouverneur-generaal die *La Libre Belgique* aan het lezen is. Nummer 62 – dat het eenjarig bestaan van de krant vierde – toonde een bedrukte gouverneur-generaal die droomt over *La Libre Belgique* en mom-

²⁵ Verordnung nr. 8 van 13 oktober 1914 (Huberich en Nicol-Speyer, *Législation Allemande*, 21-24); van de Kerckhove, *L'histoire merveilleuse*, 30.

²⁶ Engels, *In de rug van de Duitsers*, 132; Stéphan, *Histoire d'un journal libre*, 91.

²⁷ ARA-2, Krijgshof, doos 154, dossier Timmerman, stuk 21; S. De Schaepdrijver, *Gabrielle Petit: the Death and Life of a Female Spy in the First World War*, Londen, 2015, 73.

²⁸ De Polizeistelle B was een sectie binnen de politieke politie van de centrale Polizeistelle te Brussel (Brussel, Algemeen Rijksarchief 2 (ARA-2), Krijgshof, inv.nr. 154, dossier Timmerman, stuk 21 (organisatie van den deutschen dienst).

²⁹ Een overzicht van de betrokken personen kan terug gevonden worden in de *Livre d'or de La Libre Belgique clandestine* (Goemaere, *Histoire de la Libre Belgique clandestine*, 143-180).

³⁰ Goemaere, *Histoire de la Libre Belgique clandestine*, 29; Massart, *The Secret Press*.

pelt: ‘ik zoek je al een heel jaar, dag en nacht, en toch ontsnap je me nog steeds’.³¹

Hoewel de Duitse politie er niet in geslaagd is om de verzetskrant ten ondergang te brengen, is haar wel verscheidene malen, met name in april 1916, februari 1917 en begin 1918 een zware slag toegediend. Bij razzia’s werden een groot aantal verdelers, auteurs en zelfs drukkers opgepakt. De successen zijn onder meer op het conto van Grisenbrock,³² een Duitse agent die werkte voor de Polizeistelle te Charleroi,³³ en Mariette Möller,³⁴ een Belgische onderdaan die al van bij het begin van de oorlog in dienst van de Polizeistelle B trad, te schrijven. De aanhoudingen resulteerden in diverse processen voor de Duitse militaire rechtbanken, waarbij de kleine garnalen beschuldigd werden van een inbreuk op het decreet op de niet gecensureerde geschriften en straffen kregen opgelegd tot maximaal drie jaar opsluiting in de gevangenis.³⁵ De spilfiguren van het proces daarentegen werden beschuldigd van krijgsverraad (*Kriegsverrat*). Doordat de krant aanzette om weerstand te bieden aan de bezetter door onder meer op te roepen tot sabotage, door spionage voor de geallieerden te promoten en door jongeren aan te moedigen de Belgisch-Nederlandse grens over te steken om zich bij het Belgische leger te vervoegen, werden de publicatie en de verspreiding van de verzetskrant beschouwd als daden van verraad.³⁶ Een straf van vijftien jaar dwangarbeid kon in dit geval worden toegekend.³⁷ *La Libre Belgique* bleef ondanks de vele tegenslagen voortbestaan.³⁸ Dit was voor de redactie een reden van trots. In de editie van twaalf november 1918 – de laatste – werd dan ook een bloemlezing gehouden.

31 Van Doren, *Les tribulations du “manager”*, 115.

32 Over de juiste schrijfwijze van deze naam bestaat er onduidelijkheid. Van Doren gebruikt de naam ‘Grisenbrock’, Kirschen spreekt van ‘Kriesenbrock’, advocaat Henoumont van ‘Grisenburg’ en Ball van ‘Gries-enbrock’ (van Doren, *Les tribulations du “manager”*, schema tussen pagina 166 en 167; S. Kirschen, *Devant les Conseils de Guerre allemands*, Brussel, 1919, 358; ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, stuk 2 (brief advocaat Henoumont aan de onderzoeksrechter op 9 mei 1919); Brussel, Algemeen Rijksarchief (ARA), *Commission des Archives des Services patriotiques établis en Territoire occupé au Front de l’Ouest (Services patriotiques)*, inv.nr. 120, Rapport Ball – V).

33 Kirschen, *Devant les Conseils de Guerre allemands*, 341; van Doren, *Les tribulations du “manager”*, schema ingevoegd tussen de pagina’s 166 en 167.

34 Als agente van de Polizeistelle B werd Mariette Möller als de Belgische meesterspionne inzake *La Libre Belgique* beschouwd (ARA, *Services patriotiques*, inv.nr. 120, Rapport Ball – II; ARA, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder-Möller, stuk 30 (brief Merckx aan onderzoeksrechter Lacroix op 31 januari 1919); ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 148B, dossier Speller, stuk 37 (verhoor Speller door onderzoeksrechter op 4 februari 1919); ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 180, dossier Willaert, stukken 30-33 (lijst met personeelsleden die in de Berlaimontstraat gevonden is op het ogenblik dat de Duitsers in allerijl Brussel verlaten hebben. Op deze lijst staat Mariette Möller vermeld onder de aanspreektitel ‘Frau Goffaux’); Monballyu, *Slechte Belgen*, 145).

35 Kirschen, *Devant les Conseils de Guerre allemands*, 355.

36 De drie voornaamste verwijten aan het adres van *La Libre Belgique* waren dat de krant een element van moreel verzet was, dat ze de passieve weerstand versterkte en dat ze actieve weerstand opwekte en zelfs aanmoedigde (*La Libre Belgique*, 12 november 1918, 3).

37 Kirschen, *Devant les Conseils de Guerre allemands*, 355.

38 Er moet opgemerkt worden dat er naast vermelde zaken nog vele andere zaken door de militaire rechtbanken gevonden zijn geweest waar medewerkers van *La Libre Belgique* bij betrokken waren. Deze zijn evenwel van minder belang in het kader van de naoorlogse repressie en worden om deze reden niet expliciet vermeld.

3 Belgische militaire rechtbanken en de vervolging van (contra)spionage voor de Duitse bezetter (1918-1919)

Terwijl er tijdens de oorlog jacht werd gemaakt op iedereen die op één of andere manier betrokken was bij de publicatie en verspreiding van *La Libre Belgique*, was de situatie na de wapenstilstand omgekeerd. De Belgische parketten kregen de opdracht om diegenen die de krant ten val hadden willen brengen snel op te sporen, gevangen te nemen en te berechten.³⁹ Het was ondenkbaar dat diegenen die tijdens de oorlog hun landgenoten aan de Duitsers hadden verklikt, vrij bleven rondlopen.⁴⁰ Zondebokken werden gezocht en gevonden in de personen van onder meer Dioncré, Deurwaerder, Sorgeloos, Rogiers, Demarlière, De Muylder en Möller.⁴¹

3.1 Vooronderzoek

Verklaringen van Alfred Feyens en Eugène van Doren aan de militaire veiligheid op respectievelijk drie en vier december 1918 brachten de zaken De Muylder – Möller en Rogiers en consoorten aan het rollen. Alfred Feyens, voormalig lid van een Belgische inlichtingendienst, getuigde dat hij tijdens de oorlog door Gabrielle Verhulst⁴² – de valse naam van Mariette Möller, de meesterspionne – in de val was gelokt.⁴³ Marthe Möller stond haar zus met raad en daad bij en haar man, André De Muylder, was niet alleen op de hoogte van deze samenwerking, maar droeg ook zelf zijn steentje bij.⁴⁴ De zussen Möller waren volgens Feyens de oorzaak van het feit dat hij door de Duitse militaire rechtbank tweemaal ter dood veroordeeld is geweest, een vonnis dat onder meer door de tussenkomst van kardinaal Mercier en de regering in Le Havre niet is uitgevoerd.⁴⁵

Eugène van Doren, ‘directeur’ van *La Libre Belgique*, komt in naam van de medewerkers die in april 1916 voor de Duitse militaire rechtbank zijn moeten verschijnen gerechtigheid

39 In antwoord op de troonrede van Albert I, stipuleerde de Kamer op 11 december 1918 dat de bestraffing van daden van verraad – waaronder dus ook de vervolging van *La Libre Belgique* gerekend mag worden – ongenadig voortgezet moest worden: ‘dit wordt door ’s lands eer en door de publieke moraliteit gebiedend geeïsch’ (*Hand. Kamer*, 1918-19, 11 december 1918, 26).

40 Tussenkomst van Louis Pépin (1861-1948, volksvertegenwoordiger voor de socialisten voor het arrondissement Bergen) in de Kamer (*Hand. Kamer*, 1918-19, 26 februari 1919, 375).

41 Deze zeven personen werden vervolgd in de twee dossiers die in dit artikel bestudeerd worden.

42 Gabrielle Verhulst was als verdachte aanwezig op het proces dat op 13 februari 1917 voor de Duitse militaire rechtbank kwam. Het is niet duidelijk of het in casu over Mariette Möller gaat of de echte Gabrielle Verhulst waar Mariette Möller de naam van gestolen heeft (Kirschen, *Devant les Conseils de Guerre allemands*, 382).

43 Sadi Kirschen beschrijft de val die voor Feyens was opgezet door de Duitse politie als volgt: ‘Longtemps la police l’avait surveillé avant de l’arrêter; quand elle voulut le prendre, il lui glissa entre les doigts; elle recourut à un de ses moyens ordinaires: l’espionne. Une femme fit l’affaire; elle l’attira, l’amadoua, le poussa à des imprudences et ensuite le livra’ (Kirschen, *Devant les Conseils de Guerre allemands*, 438). Deze vrouw was Mariette Möller.

44 ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder-Möller, stuk 3 (PV 6839 opgemaakt door de militaire veiligheid en doorgestuurd aan de krijgsauditeur op 3 december 1918).

45 Mariette Möller getuigt in een brief gericht aan de advocaten van De Muylder en Möller dat zij inderdaad aan de basis ligt van Feyens’ aanhouding, maar dat het ook dankzij haar is dat zijn doodstraf uiteindelijk niet uitgevoerd is geweest (ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, stuk 69).



Foto van de familie Möller.

vragen.⁴⁶ Het onwaardig gedrag van Dioncré en Rogiers⁴⁷ tijdens het Duitse proces wordt aan de kaak gesteld. Beide heren zijn medeverantwoordelijk voor de veroordeling van advocaat Paillot die, mede door de ontberingen die hij in die periode gekend heeft, in gevangenschap overleden is.⁴⁸

De militaire veiligheid stuurde beide dossiers door naar de krijgsauditeur. Deze laatste was na ontvangst van het dossier verplicht om informatie over de zaak in te winnen.⁴⁹ De aangifte door een particulier, een officier of een agent van de gerechtelijke politie – waartoe ook de commissarissen en inspecteurs van de militaire veiligheidsdienst behoorden⁵⁰ –, evenals een klacht door een benadeelde waren namelijk steeds aanleiding tot een vooronderzoek.⁵¹ In uitvoering van zijn taak als procureur des Konings hoorde de substi-

46 Rogiers, Dioncré, Sorgeloos en Demarlière zijn in juli 1916 reeds voor de militaire rechtbanken moeten verschijnen. Zij werden ervan verdacht geholpen te hebben bij de druk en de verspreiding van *La Libre Belgique* (Kirschen, *Devant les Conseils de Guerre allemands*, 364-367; van Doren, *Les tribulations du "manager"*, schema ingevoegd tussen de pagina's 166 en 167).

47 Dioncré en Rogiers zijn allebei drukkers van beroep. Zij hebben tijdens de oorlog mee geholpen aan de publicatie van *La Libre Belgique*.

48 Naar aanleiding van de klacht van Eugène van Doren worden de voormalige medewerkers van *La Libre Belgique* gehoord. Hun verklaringen resulteren in een onderzoek naar Sorgeloos, Demarlière en Deurwaerder.

49 J. Ganty, *Kort begrip van de militaire strafrechtspleging*, Louvain-la-Neuve, 1985, 91. Er moet opgemerkt worden dat in beide dossiers de substituut-krijgsauditeur onmiddellijk het dossier van de krijgsauditeur overneemt.

50 Art. 3 van de besluitwet van 11 oktober 1916 tot instelling van een militairen veiligheidsdienst, BS 15-21 oktober 1916, 574.

51 Ganty, *Militaire strafrechtspleging*, 91; S. Horvat, *De vervolging van militairrechtelijke delicten tijdens Wereldoorlog I. De werking van het Belgisch krijgsgerecht*, Brussel, 2011, 197.

tuut-krijgsauditeur de verdachten en enkele getuigen. In beide zaken riepen de verdachten hun onschuld uit. De hoofdgetuigen – die door het volk als ware helden werden beschouwd⁵² – eisten genoegdoening voor wat ze tijdens de bezetting hadden meegemaakt. De substituut-krijgsauditeur moest op basis van deze informatie beslissen of er voldoende bezwaren waren om tot vervolging over te gaan. Wanneer hij van mening was dat er onvoldoende bezwaren waren of dat het niet wenselijk of onmogelijk was om de verdachte te vervolgen, omdat deze bijvoorbeeld op de vlucht was, kon hij de zaak seponeren. In de zaak De Muylder – Möller stemt de beslissing van substituut-krijgsauditeur Van Gindertaelen tot nadenken. Het proces-verbaal van drie december 1918 dat hem door de militaire veiligheid werd toegezonden, vermeldde dat de echtgenoten De Muylder niets met de zaak Feyens te maken hebben. Het waren Mariette Möller en haar echtgenoot Gaston Goffaux – de zus en schoonbroer van Marthe Möller – die een rol hadden gespeeld in de aanhouding van Feyens. Gezien de echtgenoten Goffaux vermoedelijk naar Düsseldorf (Duitsland) waren gevlucht, werden de echtgenoten De Muylder ter beschikking gesteld van de krijgsauditeur om te voorkomen dat zij de echtgenoten Goffaux zouden verwittigen.⁵³ Hoewel er reeds bij aanvang gegronde twijfel bestond over de schuld van de echtgenoten De Muylder, besloot de substituut-krijgsauditeur om het koppel te vervolgen op grond van artikel 116⁵⁴ en 118bis⁵⁵ Sw. Het beeld van een repressie waarbij kost wat kost een schuldige moet aangeduid worden, ontstaat.⁵⁶ Dit was ook het idee van de advocaat van Marthe die in zijn conclusies schreef: ‘*La vérité est que la coupable – la vraie, l’unique, nous échappe, hélas (...) Mais est-ce là un motif pour que Marthe, la soeur soit offerte en holocauste?*’ Moet Marthe vervolgd worden omdat de echte schuldige is weten te ontsnappen? Blijkbaar wel.

Wanneer er voldoende bezwaren leken te zijn, kon de substituut-krijgsauditeur de gerechtelijke commissie vatten en belasten met een schriftelijk onderzoek. Deze commissie bestond uit de substituut-krijgsauditeur – maar deze keer in uitoefening van zijn taak als onderzoeksrechter – bijgestaan door twee officieren.⁵⁷ Deze commissie trachtte zoveel

52 Zie onder meer: ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder – Möller, stuk 68 (verdediging van Möller door advocaat De Keersmaecker); Kirschen, *Devant les Conseils de Guerre allemands*, 453.

53 ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder – Möller, stuk 3 (PV 6839 opgemaakt door de militaire veiligheid en doorgestuurd aan de krijgsauditeur op 3 december 1918).

54 Art. 116 Sw., gewijzigd door de besluitwet van 11 oktober 1916, luidde: ‘hij die met een kwaad opzet voorwerpen, plans, schriften, bescheiden of berichten waarvan de geheimhouding tegenover den vijand door het belang der verdediging van het grondgebied of der veiligheid van de Staat wordt geboden, aan eene vijandelijke mogendheid of aan welken persoon ook die in het belang eener vijandelijke mogendheid handelt, in handen speelt of meedeelt, wordt met de doodstraf gestraft’ (Besluitwet van 11 oktober 1916 betreffende de misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van den Staat, buitenslands, BS 15-21 oktober 1916, 576-579).

55 Art. 118bis Sw., toegevoegd door de besluitwet van 8 april 1917, bepaalde dat ‘wordt gestraft met dwangarbeid van vijftien jaren tot twintig jaren, al wie met een kwaad opzet ’s vijands politiek of plannen in de hand heeft gewerkt, heeft deelgenomen aan het vervormen door de vijand van wettelijke instellingen of inrichtingen, de getrouwheid der burgers jegens de Koning en de Staat in oorlogstijd aan het wankelen heeft gebracht’ (Besluitwet van 8 april 1917 betreffende de misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van den Staat, BS 8-13 april 1917, 337).

56 Gezien de militaire rechtbanken op dat ogenblik nog niet bij verstek konden vonnissen, bleven de echtgenoten Goffaux – Möller buiten schot.

57 Zowel tijdens als na de Eerste Wereldoorlog was het niet steeds mogelijk om een voltallige gerechtelijke commissie sa-

mogelijk bewijsmateriaal te verzamelen, zowel à charge als à décharge. Hiertoe hoorde ze de verdachte(n), confronteerde ze getuigen met elkaar, kon ze huiszoeken uitvoeren of een deskundige aanstellen. In praktijk voerde de gerechtelijke commissie de onderzoekshandelingen niet zelf uit. Het groot aantal dossiers maakte het voor de (substituut-) krijgsauditeurs onmogelijk om alle zaken zelf te behandelen. Een omzendbrief van auditeur-generaal baron van Zuylen van Nyevelt van 7 januari 1919 moedigde de samenwerking tussen de militaire en burgerlijke rechtbanken aan.⁵⁸ Van deze mogelijkheid werd gretig gebruik gemaakt. Nadat de substituut-krijgsauditeur bepaald had of de verdachte aangehouden moest worden, vroeg hij aan de onderzoeksrechter van zijn arrondissement om het onderzoek te leiden. Onderzoeksrechter Lacroix bood assistentie in de zaak De Muylder – Möller, onderzoeksrechter Corbay in de zaak Rogiers en consoorten.

Een groot probleem in heel het vooronderzoek was, dat de verdachten vaak al behandeld werden als schuldigen waardoor één van de meest fundamentele rechten van de verdediging – het vermoeden van onschuld – op de helling kwam te staan. In de zaak De Muylder – Möller, schrijft Marthe Möller regelmatig brieven naar de onderzoeksrechter waarin ze hem vraagt om haar dossier met een open geest te bekijken. Feyens, de man die haar beschuldigt, wil wraak nemen en zou zelfs getuigen durven omkopen om ervoor te zorgen dat ze gestraft zou worden. Ze heeft de indruk dat de onderzoeksrechter zich volledig laat inpalmen door deze man – hij staat natuurlijk goed aangeschreven en zij is uiteindelijk maar de dochter van een boche⁵⁹ – en dat ze wordt vastgehouden als een soort van gijzelaar in de hoop dat haar zus Mariette, de echte schuldige, naar België zou komen om haar te bevrijden.⁶⁰

Van zodra het onderzoek was afgerond, stuurden de onderzoeksrechters het dossier terug naar de gerechtelijke commissie. Deze had twee mogelijkheden: een buitenvervolginstelling of een verwijzing naar de krijgsraad. Beide zaken werden naar de krijgsraad verwezen.

men te stellen. Opdat de afwezigheid van officieren niet zou leiden tot een nietig onderzoek, werd er na de oorlog bepaald dat het voor de krijgsauditeur mogelijk was om zonder bijstand van officieren een rechtsgeldig onderzoek te voeren, mits hij over een proces-verbaal beschikte waarin de onmogelijkheid om een gerechtelijke commissie samen te stellen werd vastgesteld (Hof van Cassatie 20 januari 1919, *Pasicrisie* (Pas.), 1919, I, 57). Zowel in het dossier De Muylder – Möller als het dossier Rogiers en consoorten voerde substituut-krijgsauditeur Van Gindertaelen, bijgestaan door een griffier, het onderzoek.

⁵⁸ In omzendbrief nr. 390 schrijft de auditeur-generaal: ‘il est indispensable que la magistrature civile collabore activement avec la magistrature militaire pour la recherche des infractions et la mise en mouvement des poursuites’ (JUST, OAG, omzendbrief nr. 390 van 7 januari 1919).

⁵⁹ De term boche werd tijdens de Eerste Wereldoorlog in België gebruikt als een scheldwoord voor iemand met de Duitse nationaliteit.

⁶⁰ ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder – Möller, stukken 11 en 23 (brieven van Marthe Möller aan onderzoeksrechter Lacroix)

3.2 Onderzoek ter terechtzitting

De krijgsraad had als hoofdtak na te gaan of de tenlastelegging bewezen was en of de verdachten schuldig waren. Hoewel de krijgsraad niet verplicht was om zijn vonnis te motiveren, deed hij dit zeer uitvoerig in de zaak Rogiers en consoorten.⁶¹

3.2.1 Bevoegdheid

De bevoegdheid van de militaire rechtbanken om in spionagezaken te oordelen over burgers was reeds voor de oorlog in de wetgeving vastgelegd. Toch werd ze door de advocaten herhaaldelijk betwist.⁶² Om iedere discussie hieromtrent uit de wereld te helpen werd er in het vonnis van het dossier Rogiers en consoorten, door de krijgsraad heel gedetailleerd uitgelegd waarom de militaire rechtbanken bevoegd waren inzake spionage door enerzijds een overzicht te geven van de spionagewetgeving die reeds voor de oorlog van toepassing was⁶³ en anderzijds door de woorden ‘met het oog op verspieding’ zoals terug te vinden in artikel 14 van de wet van 30 april 1919, dat artikel 16 van de wet van 15 juni 1899 uitbreidt, te interpreteren.

Het feit dat beide zaken voor de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier gebracht werden, lijkt op het eerste gezicht vreemd, gezien de verdachten geen militairen maar gewone burgers waren en deze normaliter door de burgerlijke rechtbanken berecht werden. De krijgsraad toonde aan dat het geen uitzonderingsregime betrof. Artikel 16 van de wet van 15 juni 1899⁶⁴ bepaalde dat spionnen in tijden van oorlog – ongeacht hun hoedanigheid – steeds onderworpen waren aan de krijgsstrafwetten en spionagezaken in oorlogstijd⁶⁵ dus steeds voor de militaire rechtbanken gebracht zouden worden. Dit werd als een universeel aanvaard principe beschouwd.⁶⁶ Bijgevolg waren zowel militairen als burgers die zich tussen 4 augustus 1914⁶⁷ en 30 september 1919⁶⁸ schuldig maakten aan spionage onderworpen aan de militaire rechtsmacht.⁶⁹

61 Het vonnis in de zaak De Muylder – Möller wordt niet gemotiveerd door de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier.

62 ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 148A, dossier Coenders; ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 145, dossier Marchal; ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 138, dossier Vande Walle.

63 Er wordt verwezen naar de artikelen 17 en 18 van de wet van 17 mei 1870 evenals naar art. 16 van de wet van 15 juni 1899. Er moet opgemerkt worden dat in het vonnis éénmaal verkeerdelijk wordt verwezen naar art. 14 van de wet van 15 juni 1899 in plaats van art. 16 van dezelfde wet. Het betreft hier een typo, gezien het vonnis in alle andere gevallen wel naar art. 16 van de desbetreffende wet verwijst.

64 Art. 16 van de wet van 15 juni 1899 houdende eerste en tweede titel van het Wetboek van strafrechtspleging voor het leger bepaalt: ‘in tijd van oorlog, worden de bespieders, de helers van bespieders, de wervers en zij, die vreemde militairen verbergen, door de krijgsrechtsmacht geoordeeld’ (Wet inhoudende Titel I van het Wetboek van strafrechtspleging voor het leger van 15 juni 1899, BS 30 juni 1899, 2515).

65 Art. 58 van het Wetboek van militaire strafrechtspleging van 15 juni 1899 definieert de oorlogstijd als de periode tussen twee bij koninklijk besluit bepaalde data, met name de dag waarop het leger wordt gemobiliseerd en deze waarop het leger terug op vredesvoet wordt geplaatst.

66 Wetsontwerp houdende de eerste en tweede titel van het wetboek van strafrechtspleging, Parl. St. Kamer, 1894-95, n° 15, 58.

67 Koninklijk Besluit van 31 juli 1914 waarbij het leger op oorlogvoet werd geplaatst, *Pasinomie* (Pasin.), 1914, 440.

68 Koninklijk Besluit van 2 juli 1919 waarbij het leger op voet van vrede werd gezet, *Pasin.*, 1919, 273.

69 Na de wapenstilstand waren de bestendige krijgsraden evenals de krijgsraden te velde principieel bevoegd. Echter, de

De wet van 30 april 1919 breidde artikel 16 van de wet van 15 juni 1899 uit. Deze uitbreiding van de bestaande wetgeving, behoefde volgens de krijgsraad enige uitleg. Het voerde namelijk een uitzonderingsregime in voor die burgers die zich schuldig hadden gemaakt aan ‘inbreuken met het oog op verspieding gesteld’. De krijgsraad was van mening dat de woorden ‘met het oog op verspieding’ niet noodzakelijk impliceren dat de dader de intentie moet hebben gehad om te spioneren. Wanneer het resultaat van de actie erin bestond dat de vijand informatie ontving die van belang was in het kader van de verdediging van het grondgebied, waren de militaire rechtbanken steeds bevoegd, zelfs indien de intentie tot spioneren niet aanwezig was.⁷⁰ Wanneer een verdachte bijvoorbeeld de intentie had om te verklikken, maar daarbij ook inlichtingen die de veiligheid van de staat betroffen communiceerde aan de vijand, werd de handeling beschouwd als een handeling met het oog op verspieding. Bijgevolg viel de verdachte onder artikel 14 van de wet van 30 april 1919 en dus onder de bevoegdheid van de militaire rechtbanken. Deze redenering breidde de interpretatie die de auditeur-generaal in zijn omzendbrief van 30 april 1919 aan de woorden had gegeven aanzienlijk uit.⁷¹

3.2.2 Toepasselijke wetgeving

De tenlastelegging betrof in beide zaken een inbreuk op de artikelen 116 en 121bis §2 van het strafwetboek.⁷² Artikel 116 Sw. – zoals gedefinieerd in de wet van 4 augustus 1914,⁷³

auditeur-generaal in omzendbrief nr. 383 van 19 november 1918 stipuleerde dat alle spionagezaken gecentraliseerd moesten worden in handen van de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier (JUST, OAG, omzendbrief nr. 383 van 19 november 1918). Tot 30 september 1919 was de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier exclusief bevoegd om in eerste aanleg spionagezaken evenals inbreuken met het oog op verspieding gesteld te vonnissen. De wet van 30 april 1919 betreffende de vaststelling van maatregelen om de geregelde werken van het gerecht te verzekeren en tot wijziging van art. 6 der besluitwetten van 11 oktober 1916 en 16 november 1918 betreffende den staat van oorlog en den staat van beleg bracht de berechting van misdaden en wanbedrijven tegen de uitwendige veiligheid van de staat – waaronder economische collaboratie en verklikking – terug onder de bevoegdheid van de gewone rechtbanken. Diezelfde wet wijzigde art. 16 van de wet van 15 juni 1899. Niet enkel spionagezaken, maar ook alle inbreuken die met het oog op verspieding waren gepleegd, vielen in oorlogstijd onder de bevoegdheid van de militaire rechtbanken. Dit verklaart waarom een inbreuk op art. 121bis Sw. (verklikking) ook na 30 april 1919 onder de bevoegdheid van de militaire rechtbanken kon vallen. In omzendbrief nr. 424 van 30 april 1919 die de auditeur-generaal naar de krijgsauditeurs uitstuurde, staat: ‘Un même fait peut être envisagé comme une infraction commise dans un but d’espionnage ou comme infraction de droit commun. Je cite: la dénonciation à l’ennemi (art. 121bis C.P. – A.L. du 8 avril 1917). Si l’auteur de cette infraction a manifestement agi dans un but de contre-espionnage, il reste justiciable du Conseil de guerre. En cas de doute, Messieurs les Procureurs du Roi consulteront Messieurs les Auditeurs militaires’ (JUST, OAG, omzendbrief nr. 424 van 30 april 1919).

⁷⁰ ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 160, dossier Rogiers en consoorten, stuk 16 (vonnis van de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier op 18 juli 1919).

⁷¹ In omzendbrief nr. 424 stelt de auditeur-generaal: ‘c’est donc le mobile qui a dicté le fait qu’il faudra rechercher pour déterminer la compétence’. Om de bevoegde rechtbank te bepalen, moet men dus gaan kijken naar de beweegredenen die de verdachte gehad heeft. Over het resultaat wordt door de auditeur-generaal met geen woord gerept (JUST, OAG, omzendbrief nr. 424 van 30 april 1919).

⁷² Tijdens het vooronderzoek wijzigde de betichting regelmatig. Zo werd Möller op 3 december 1918 aangehouden op verdenking van ‘intelligence avec l’ennemi’ (geheime verstandhouding met de vijand), wat op 6 december wijzigde naar een inbreuk op artikel 116 Sw. Op 15 februari 1919 ten slotte werd ze beticht van een inbreuk op artikel 116 en artikel 121bis Sw. Ook de betichting inzake Sorgeloos, Deurwaerder en Demarlière werd gewijzigd. Initieel, met name op 21 december 1918 werden zij in verdenking gesteld op grond van artikel 121bis Sw. Op 23 juni 1919 werden zij verdacht van een inbreuk op artikel 116 en 121bis Sw.

⁷³ Wet van 4 augustus 1914 op de misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van den Staat buitenslands, BS 5 augustus 1914, 4995-4997.

gewijzigd door de besluitwet van 11 oktober 1916⁷⁴ – bepaalde dat ‘hij die met een kwaad opzet voorwerpen, plans, schriften, bescheiden of berichten waarvan de geheimhouding tegenover den vijand door het belang der verdediging van het grondgebied of der veiligheid van de Staat wordt geboden, aan eene vijandelijke mogendheid of aan welken persoon ook die in het belang eener vijandelijke mogendheid handelt, in handen speelt of meedeelt’, met de doodstraf werd gestraft. Dit artikel werd aangewend voor de bestrafing van spionage. Artikel 121bis Sw., ingevoegd via de besluitwet van 8 april 1917, had de bestraffing van verklikking aan de vijand voor ogen.⁷⁵ Hoewel beide artikelen een ander misdrijf voor ogen hadden, sloot het ene artikel het andere niet uit.⁷⁶

Om een handeling te catalogeren als een inbreuk op artikel 116 Sw. moesten er een aantal essentiële voorwaarden vervuld zijn. Vooreerst moet de handeling erin bestaan geheime zaken die betrekking hadden op de verdediging van het grondgebied of de veiligheid van de Staat mede te delen aan de vijand. Welke elementen als ‘geheim’ moesten worden beschouwd, werd nergens door de Belgische wetgever gedefinieerd. Uit de memorie van toelichting die de wet van 4 augustus 1914 voorafgaat, kan worden afgeleid dat deze term ruim geïnterpreteerd mag worden: iedere inlichting die voor de vijand interessant kan zijn in het kader van de oorlogsvoering moest als geheim worden beschouwd.⁷⁷ Daarnaast moesten de inlichtingen ook van belang zijn voor de veiligheid van de Staat of de verdediging van het grondgebied. Ook deze begrippen werden niet duidelijk gedefinieerd, waardoor ook hier een ruime interpretatie mogelijk was.⁷⁸ Wie de geheime infor-

74 Besluitwet van 11 oktober 1916 betreffende de misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van den Staat, buitenslands, BS 15-21 oktober 1916, 576-579.

75 Enkel feiten gepleegd na 13 april 1917 kunnen op grond van artikel 121bis Sw. bestraft worden. De tekst van artikel 121bis §2 Sw. luidde: ‘Al wie, met een kwaad opzet, door het aanklagen van een werkelijk of ingebeeld feit, welken persoon ook heeft blootgesteld aan opzoekingen, vervolgingen of gestrengheden vanwege den vijand wordt met een opsluiting bestraft indien de aangeklaagde persoon een vrijheidsberoving van meer dan één maand heeft ondergaan’ (Besluitwet van 8 april 1917 betreffende de misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van den staat, BS 8-13 april 1917, 337).

76 Hoewel de bewoordingen van beide misdrijven totaal verschillend waren, was het mogelijk om een bepaald feit zowel als een inbreuk op art. 116 Sw. als art. 121bis Sw. te beschouwen, met name wanneer een verklikking met het doel van contraspionage, d.i. met het oog om de spionage door de geallieerde netwerken te verhinderen, was gesteld (JUST, OAG, omzendbrief nr. 390 van 7 januari 1919). Art. 116 Sw. werd veelvuldig aangewend om de niet-retroactiviteit van de strafwet te omzeilen in verklikkingzaken.

77 In de memorie van toelichting staat: ‘De inlichtingen waarvan de geheimhouding tegenover de vijand door het belang van de verdediging van het grondgebied wordt geboden omvatten, naast deze die betrekking hebben op geheime voorwerpen, plannen, schriften, bescheiden of feiten, ook deze waarbij de feiten niet geheim zijn op de plaats waar ze zich ontvouwen, maar waarbij het van belang is ze verborgen te houden ten aanzien van de vijand. Het betreft bijvoorbeeld inlichtingen die betrekking hebben op de beweging van de troepen, de positie van de verschillende korpsen en alle andere inlichtingen die de vijand van dienst kunnen zijn’ (Memorie van toelichting bij de wet van 4 augustus 1914 op de misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van de Staat buitenslands, Parl. St. Senaat, B.Z. 1914, n° 4, 3).

78 De verdediging van het grondgebied verwees naar informatie met betrekking tot het leger, zoals de aanvals- en verdedigingsplannen, de beweging van de troepen of de actuele positie van de legerdivisies. Ook industriële en economische inlichtingen, evenals informatie met betrekking tot verzetsgroepen werden gevisieerd. Het begrip veiligheid van de Staat verwees zowel naar de interne als de externe veiligheid van de Staat. Gezien een oorlog niet enkel op militair vlak, maar op alle fronten werd gevoerd, had de vijand er belang bij om zich over alles te informeren (E. Brunet (red.), *Répertoire pratique du droit belge*, Brussel, 1949, 384; J. Gilissen, P. Cassiers en F. Debroux, ‘Crimes et délits contre la sûreté de l’état’, in: R. Screvens (red.), *Les Nouvelles. Droit pénal. Les infractions*, II, Brussel, 1967, 218; M. Rigaux en P. Troussie, *Les crimes et délits contre la sûreté de l’état*, Brussel, 1950, 242).

matie doorgaf was van geen belang. Noch de nationaliteit, noch het feit of deze persoon in dienst was van de bezetter speelde een rol. Ook de wijze waarop de informatie werd doorgegeven – een mondelinge communicatie of een materiële overdracht – was onbelangrijk. Verder moest het misdrijf met een kwaad opzet gepleegd zijn. Dit wil zeggen dat de dader ‘wetens en willens’ geheimen meedeelde aan de vijand en hierbij de intentie had om het land te schaden.⁷⁹ Diegene die de informatie doorspeelde aan de vijandige mogenheid, wist of behoorde te weten dat deze informatie geheim moest blijven voor de vijand en dat hij door het stellen van zijn daad de Staat enorme schade kon toebrengen. Indien de dader geen kwaadwillige bedoeling had, was het misdrijf niet voltrokken. Het bijzonder opzet was in vele gevallen moeilijk te bewijzen.⁸⁰

De vraag of aan bovenstaande voorwaarden voldaan was en er dus gesproken kon worden van spionage vormde de spil van het proces Rogiers en consoorten,⁸¹ maar kwam ook zijdelings aan bod in het dossier De Muylder – Möller.⁸² De feiten die in beide zaken aanleiding gaven tot de vervolging, waren het doorgeven van de namen van medewerkers van *La Libre Belgique* aan de Duitsers evenals het verschaffen van belastende informatie over medewerkers van *La Libre Belgique* tijdens de processen voor de Duitse militaire rechtbanken. Het feit dat sommigen onder hen deze informatie onder dwang aan de Duitsers hadden gecommuniceerd – nadat ze zelf aangehouden waren geweest – vormde geen excuus.⁸³ De verdachten hadden zich niet gedragen zoals het een goede Belg in oorlogstijd betaamt, met name patriottistisch en onwankelbaar.⁸⁴ Op het eerste gezicht lijkt het moeilijk, zelfs onmogelijk, om diegenen die de publicatie en verspreiding van *La Libre Belgique* in oorlogstijd gefnuikt hebben, te vervolgen op grond van artikel 116 Sw. In hoeverre is informatie met betrekking tot een verzetskrant ‘geheim’ en van belang in het kader van de verdediging van het grondgebied of de veiligheid van de Staat? In welke mate is er sprake van kwaad opzet, als iemand onder druk van de Duitsers bezwijkt en bekentnissen aflegt?

De verdachten en advocaten in het dossier Rogiers en consoorten trachtten in hun conclusies de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier ervan te overtuigen dat de feiten niet

79 Wetsontwerp boek II, titel I van het strafwetboek, Parl. St. Kamer, 1857-58, n° 48; P.A.F. Gerard, *Code pénal expliqué*, Brussel, 1867, 161.

80 De vereiste van een bijzonder opzet maakte de wetgeving moeilijk bruikbaar. Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 8 juli 1919 dat het bijzonder opzet een essentieel element is van het misdrijf/spionage, een gewoon opzet is niet voldoende (Hof van Cassatie 8 juli 1919, Pas., 1919, I, 175).

81 ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 160, dossier Rogiers en consoorten, stuk 16 (vonnis van de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier op 18 juli 1919).

82 ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder – Möller, stuk 67 (uiteenzetting van de feiten door de substituut-krijgsauditeur op 20/2/1919).

83 Rogiers verklaarde op 3 juni 1919 aan substituut-krijgsauditeur Stie dat hij sommige medewerkers van *La Libre Belgique* aan de Duitsers had verklikt. Nadat hij enkele weken in een donkere cel, op een regime van water en brood, had doorgebracht, was hij gezwicht. Hij werd door de Duitsers geconfronteerd met zagezegde verklaringen van medebeschuldigen en is dan zelf overgegaan tot verklaringen (ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 160, dossier Rogiers en consoorten, stuk 6 (verhoor Rogiers door substituut-krijgsauditeur Stie op 3 juni 1919)).

84 D.J. (kardinaal) Mercier, *Patriotisme et endurance*, Parijs, 1914.

onder de noemer spionage gekwalificeerd konden worden. Hierbij vermeldden ze in de eerste plaats dat inlichtingen die betrekking hebben op *La Libre Belgique* evenals op andere verzetskranten niet van belang waren in het kader van de verdediging van het grondgebied of de uitwendige veiligheid van de Staat. Dit argument was voor de verdediging zo vanzelfsprekend, dat het geen bijkomende uitleg vereiste. Daarnaast haalden ze aan dat enkel ‘voorwerpen, plans, schriften, bescheiden of berichten’ met een officieel karakter onder het toepassingsgebied van artikel 116 Sw. vielen, naar analogie met de betekenis van deze termen in de artikelen 120 en 120ter van de wet van 4 augustus 1914.⁸⁵ Echter, *La Libre Belgique* was geen ‘voorwerp, plan, schrift, bescheid of bericht’ met een officieel karakter. In tegendeel, het was een privaat patriottisch werk (*une oeuvre patriotique privée*).⁸⁶ Dit private karakter maakte dat het doorgeven van informatie met betrekking tot de krant nooit onder het toepassingsgebied van artikel 116 Sw. kon vallen.

De krijgsraad was niet doof voor de door de verdediging aangehaalde argumenten. In zijn arrest van 14 juli 1919 stelde hij dat het niet duidelijk was of de feiten onder het toepassingsgebied van artikel 116 Sw. vielen. Hiertoe zou ze onder meer het private of publieke karakter van *La Libre Belgique* moeten bepalen. De krijgsraad wees er evenwel op dat het voorbarig was te stellen dat de ‘voorwerpen, plans, schriften, bescheiden of berichten’ van artikel 116 Sw. een officieel karakter moesten hebben. Onderzoek moest uitwijzen of deze documenten ook geen privaat karakter mochten hebben. Verder poneerde de raad dat het niet uitgesloten was dat clandestiene publicaties een officieel karakter hadden.

In een zeer uitvoerig vonnis van 18 juli 1919 argumenteerde de krijgsraad dat het mogelijk was om het doorgeven aan de Duitsers van informatie met betrekking tot *La Libre Belgique* of zijn medewerkers te kwalificeren als spionage. De krijgsraad ging hierbij in op alle constitutieve elementen van artikel 116 Sw. Vooreerst moest er sprake zijn van een handeling die erin bestaat geheime zaken die betrekking hadden op de verdediging van het grondgebied of de veiligheid van de Staat mede te delen of door te spelen aan de vijand. De krijgsraad was van mening dat alle informatie die van belang kon zijn voor de vijandelijke Staat als geheim moest worden beschouwd. Het feit dat de vijand alles in het werk had gesteld om *La Libre Belgique* ten val te brengen, toonde aan dat informatie omtrent deze krant voor de Duitsers van het grootste belang was. Bijgevolg moest deze informatie als ‘geheim’ beschouwd worden. Verder wees de krijgsraad erop dat informatie met betrekking tot de krant van belang was in het kader van de verdediging van het grondgebied. De argumentatie luidde dat de trouw van de burgers tegenover hun Koning

85 Gezien er geen wetgevende commentaar was bij de wet van 4 augustus 1914, trachtten de verdachten, in samenwerking met hun advocaten, art. 116 Sw. uit te leggen aan de hand van andere wetsartikelen. De termen ‘voorwerpen’, ‘plans’, ‘schriften’, ‘bescheiden’ of ‘berichten’ werden ook in de artikelen 120 en 120ter Sw. vermeld. Beide artikelen hadden betrekking op officiële documenten. Zo was er in art. 120 Sw. sprake van *règlements*. De verdediging argumenteerde dat enkel officiële documenten worden beschermd door deze reglementen. In het art. 120ter Sw. komt men de woorden ‘*sans qualité*’ tegen. Ook dit wees er volgens de verdediging op dat het enkel over officiële documenten kon gaan.

86 ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 160, dossier Rogiers en consoorten, stuk 7 (conclusie die door de verdachten werd neergelegd).

en de Staat één van de belangrijkste elementen is in het kader van de verdediging van het grondgebied. De bezetter trachtte deze trouw aan vorst en vaderland te ondermijnen via de gecensureerde pers. Echter, clandestiene publicaties, zoals *la Libre Belgique*, zorgden ervoor dat het vertrouwen van de Belgische bevolking in hun Koning en hun land hoog gehouden werd. Inlichtingen die verband hielden met de publicatie en verspreiding van de krant moesten dan ook geheim blijven en mochten onder geen beding aan de vijand worden doorgespeeld. Het belang van de verzetskrant in de verdediging van het grondgebied was niet nieuw. Reeds in de zaak Demuylder argumenteerde de substituut-krijgsauditeur dat ‘*La Libre Belgique* deel uitmaakte van het verdedigingsarsenaal van het land, gezien de krant tegenwerk gaf aan de verraderlijke handelingen van de vijandige pers die trachtte de trouw van de bevolking aan de Koning en de Staat te ondermijnen’.⁸⁷ Verder moest ook het kwaad opzet van de verdachten aangetoond worden. De krijgsraad verduidelijkte dat een verdachte gehandeld moest hebben met de intentie om te schaden, de intentie om verraad te plegen. Indien een verdachte informatie had doorgegeven nadat hij zelf door de Duitsers was aangehouden, kon er geen sprake zijn van kwaad opzet en was artikel 116 Sw. niet van toepassing. Echter, indien het kwaad opzet niet bewezen was, maar wel aan de andere constitutieve elementen van het misdrijf voldaan was, moest er geverifieerd worden of de verdachte bewust en vrijwillig gehandeld had. Bij een positief antwoord moest de rechter de feiten onder hun juiste juridische kwalificatie brengen,⁸⁸ met name artikel 119 of 120bis Sw.

In casu werd het bijzonder opzet niet bewezen geacht. Rogiers, Dioncré en Sorgeloos hadden zich ‘slechts’ schuldig gemaakt aan een inbreuk op artikel 120bis Sw.⁸⁹ Sorgeloos kreeg hiervoor een gevangenisstraf van één jaar en een boete van 110 frank opgelegd. Rogiers en Dioncré werden vrijgesproken. Zij konden zich namelijk beroepen op artikel 71 Sw. dat stelt dat er geen misdrijf is wanneer de beschuldigde of de beklagde op het tijdstip van de feiten leed aan een geestesstoornis die zijn oordeelsvermogen of de controle over zijn daden heeft tenietgedaan of wanneer hij gedwongen werd door een macht die hij niet heeft kunnen weerstaan. Voor Demarlière en Deurwaerder werden de feiten niet bewezen geacht. In de zaak De Muyllder – Möller achtte de krijgsraad het bijzonder opzet wel bewezen. De Muyllder werd veroordeeld op grond van artikel 116 en 118bis Sw. Hij kreeg hiervoor vijftien jaar buitengewone hechtenis, afzetting van de titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen en tien jaar ontzetting uit de rechten opge-

87 ‘*La Libre Belgique faisait partie de l’arsenal de la défense de la nation puisque ce journal contrecarrait les manœuvres perfides de la presse ennemie qui, elle, tentait d’ébranler la fidélité des citoyens envers le roi et l’Etat*’ (ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muyllder – Möller, stuk 67 (uiteenzetting van de feiten door de krijgsauditeur op 20/2/1919)).

88 Hof van Cassatie 11 maart 1919, *Pas.*, 1919, I, 83.

89 Art. 120bis Sw. zoals bepaald in de wet van 4 augustus 1914 luidde: ‘Met een gevangenisstraf van twee maanden tot drie jaren en met eene geldboete van 100 frank tot 3.000 frank wordt gestraft hij die, niet bij artikel 119 bedoeld zijnde, zich gemelde voorwerpen, plans, schriften, bescheiden of berichten aangeschaft hebbende, en wetende dat hunne geheimhouding door het belang der verdediging van het grondgebied of der veiligheid van den Staat buitenslands wordt geboden, een der in hetzelfde artikel omschreven daden heeft gepleegd’ (Wet van 4 augustus 1914 op de misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van den Staat buitenslands, BS 5 augustus 1914, 4996).

64

EXTRAIT des Minutes reposant au Greffe du Conseil de Guerre au Grand Quartier Général

ACTE D'APPEL DU MINISTÈRE PUBLIC

L'an mil neuf cent dix-sept le vingt-neuf
 Devant nous H. Malberg Greffier adjoint
 près le Conseil de Guerre au Grand Quartier Général, a comparu :
Monsieur Paul Guindon-lester Auditeur
 militaire au Grand Quartier Général, lequel comparant a déclaré
 interjeter appel du jugement rendu par le Conseil de Guerre au Grand
 Quartier Général, siant à Brusselles le douze-sept
 1917, en cause Höller, Hanthé, Elisabeth épouse De Haeffliger Auda;

du chef d'avoir

~~1. l'usurpation d'une puissance publique des agents, gendres, sergents, domestiques ou domestiques tout
 2. l'usurpation de la signature de l'Etat ou de l'Etat de l'Etat
 3. notamment, par la dénaturation d'un fait réel ou imaginaire, exposé - ou - par une
 aux recherches, poursuites ou signaux de l'Etat.
 4. avec la circonstance que l'un, personne notamment dénommé
 5. soit une privation de liberté de plus d'un mois.
 6. soit une privation de liberté de plus d'un mois.
 7. inconnue, soit une incapacité permanente de travail - permanent, soit la perte de l'usage stable~~

Dont acte, à Brusselles date que dessus, que
 après lecture, le comparant a signé avec nous.
 Approuvé lignes et mots seuls.
(s) Malberg (s) Paul Guindon-lester

NOTIFICATION

L'an mil neuf cent dix-sept le vingt-neuf
 Devant nous H. Malberg Greffier adjoint
 près le Conseil de Guerre au Grand Quartier Général, avons fait comparaitre
Höller Hanthé, Elisabeth épouse De Haeffliger Auda

auquel comparant nous avons notifié l'appel du Ministère Public du jugement
 rendu en sa cause, par le Conseil de Guerre au Grand Quartier
 Général, siant à Brusselles le douze-sept
 Dont acte, à Brusselles date que dessus, que après
 lecture, le comparant a signé avec nous.
 Approuvé lignes et mots seuls.
(s) H. Malberg (s) Ep. De Haeffliger

Pour extrait conforme délivré à Monsieur l'Auditeur militaire
 au G. Q. G.
 Approuvé X lignes et 0 mots seuls.
 Le 15 mars 1917
 Le Greffier, adjoint:
Henri De Keyser

Beroep van het openbaar ministerie tegen het vonnis van de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier in het dossier Möller.

somd in artikel 31 Sw. Möller werd op grond van artikel 121bis Sw. veroordeeld tot tien jaar opsluiting, afzetting van de titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen en levenslange ontzetting uit de rechten opgesomd in artikel 31 Sw.

De voorzitter wees de veroordeelden op de mogelijkheid om binnen de drie dagen beroep aan te tekenen tegen het vonnis. De verdachten en de krijgsauditeur maakten dankbaar gebruik van deze mogelijkheid.⁹⁰ Beide zaken kwamen later in het jaar voor het Krijgshof.

3.3 Beroep

De procedure voor het Krijgshof was gelijklopend aan deze voor de krijgsraden. Het grote verschil bestond erin dat het Krijgshof enkel oordeelde op basis van stukken en niet verplicht was de beklagde ter zitting te laten verschijnen.⁹¹ De beklagde werd wel verdedigd door zijn advocaat. De Muylder en Möller waren niet aanwezig op de hoorzitting van 23 mei 1919, maar werden hier wel verdedigd door hun advocaten Jacobs en De Keersmaecker. Het Hof oordeelde dat de straf die de krijgsraad had uitgesproken voor De Muylder de limieten van een rechtvaardige repressie overschreed.⁹² Rekening houdend met verzachtende omstandigheden en het gebrek aan ernst van de feiten werd hij vrijgesproken voor spionage.⁹³ Inzake Möller oordeelde het Hof dat de feiten niet bewezen waren. Ook zij werd vrijgesproken. In de zaak Rogiers en consoorten waren de beklagden wel aanwezig op de zitting. Hun advocaten waren niet aanwezig.⁹⁴ Het Hof sprak allen vrij.

4 Besluit

La Libre Belgique vroeg na de oorlog gerechtigheid. Diegenen die de krant ten val hadden willen brengen, moesten op grond van spionage veroordeeld worden, een misdrijf waarop de doodstraf stond. Met de belofte van de overheid in het achterhoofd – met name een snelle, strenge maar rechtvaardige repressie voor diegenen die met de vijand geheuld hadden – waren de verwachtingen hooggespannen.

⁹⁰ In de zaak Rogiers en consoorten tekende Sorgeloos beroep aan tegen zijn vonnis (ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 160, dossier Rogiers en consoorten, stuk 18). De krijgsauditeur tekende beroep aan tegen het vonnis van Rogiers, Dioncré en Deurwaerder (ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 160, dossier Rogiers en consoorten, stuk 17). In de zaak De Muylder – Möller tekenden beide beklagden beroep aan tegen hun vonnis (ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder – Möller, stuk 63). De krijgsauditeur tekende beroep aan tegen het vonnis van Möller (ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder – Möller, stuk 64).

⁹¹ Art. 3 van de besluitwet van 27 januari 1916, BS 30 januari-4 februari 1916, 45.

⁹² ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder – Möller, stuk 81 (*expédition d'arrêt*).

⁹³ De Muylder werd wel veroordeeld voor een inbreuk op artikel 118bis Sw. en kreeg hiervoor vijf jaar hechtenis, afzetting van de titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen en tien jaar ontzetting uit de rechten opgesomd in art. 31 Sw. De Muylder tekende op 13 juni 1919 cassatieberoep aan, maar dit werd op 29 juli 1919 verworpen.

⁹⁴ Op het proces-verbaal van de hoorzitting van 27 november 1919 is de volgende zin doorstreept: '*Maîtres de Mortier, de Selys Longchamp, Beeckman, Meysmans sont entendus dans leurs moyens à l'appui de la défense*'.

De repressie was snel. In beide zaken deed de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier binnen de drie tot zeven maanden een uitspraak. Drie tot vier maanden later was ook de beslissing van het Krijgshof gekend. Beide dossiers werden binnen het jaar afgerond.⁹⁵ Op de vraag of de repressie tegelijkertijd streng maar rechtvaardig was, is het antwoord genuanceerder. De procespartijen geven een zwart-wit beeld: de *slechte Belgen* vonden dat ze te streng en onrechtvaardig behandeld werden door de krijgsraad, de *goede Belgen* vonden dat de repressie te laks was. Alle verdachten werden namelijk door de militaire rechtbanken vrijgesproken en de grote schuldige, met name Mariette Möller, liep nog steeds op vrije voeten rond. Een analyse van de processtukken toont aan dat de repressie in casu twee gezichten had: een (te) strenge, onrechtvaardige repressie door de krijgsraad van het Groot Hoofdkwartier, gevolgd door een rechtvaardige repressie door het Krijgshof. De grote ijver die de *goede Belgen* na de Wapenstilstand aan de dag legden, leidde tot een stroom aan klachtenbrieven bij de parketten. Deze klachten waren niet steeds gegrond, maar leidden wel vaak tot een aanhouding, waarbij de verdachten niet altijd binnen de vooropgestelde termijn werden gehoord.⁹⁶ Ook het vooronderzoek verliep niet steeds zoals het een rechtvaardige repressie betaamt. Het vermoeden van onschuld werd op de helling gezet. Een duidelijk voorbeeld is de zaak De Muylder – Möller, waarbij de onpartijdigheid van de substituut-krijgsauditeur in vraag kan worden gesteld. Verder is het opvallend hoeveel moeite de krijgsraad doet om de feiten als een inbreuk op artikel 116 Sw. te kwalificeren. De constitutieve bestanddelen van het misdrijf worden zeer ruim gekwalificeerd, waarbij de vraag kan gesteld worden of de wetgever in 1914 zulk een ruime invulling voor ogen had. Ten slotte kunnen er vragen gesteld worden bij de onpartijdigheid van de krijgsraad. Mariette Möller – de meesterspionne – schreef op 2 maart 1919 een brief aan de advocaten van De Muylder en Möller. Ze merkte op dat het vonnis van de krijgsraad maar van één iets getuigt: ‘wraak, wraak ten opzichte van haar’. Gerechtigheid was ver te zoeken. Ook het Krijgshof vond de beslissing van de krijgsraad in de zaak De Muylder – Möller onrechtvaardig. In zijn arrest van 23 mei 1919 oordeelde het Hof dat de strafmaat ‘de grenzen van een rechtvaardige repressie te buiten gaat’. De feiten werden niet bewezen geacht. Het Krijgshof sprak De Muylder en Möller vrij voor spionage en verklikking aan de vijand.

Arbitraire aanhoudingen, extensieve interpretatie van de wetgeving, weinig respect voor de rechten van de verdediging, het zijn aanwijzingen dat België in de eerste maanden na de Wapenstilstand met een overgangsjustitie geconfronteerd werd.⁹⁷ Om de rust in het land te behouden en te vermijden dat het volk zelf het heft in handen zou nemen,

⁹⁵ Om de duur van de rechtspleging te berekenen werd de eerste klacht als beginpunt en het arrest van het Krijgshof als eindpunt genomen.

⁹⁶ ARA-2, Krijgshof, inv.nr. 144, dossier De Muylder – Möller, stuk 11 (brief Marthe Möller aan de onderzoekrechter).

⁹⁷ Dit idee werd reeds uitgewerkt in J. Monballyu, ‘La justice transitionnelle en Belgique dans les affaires pénales après la Première Guerre mondiale (1918-1928)’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2012, 443-479. Het wordt ook kort aangestipt in X. Rousseaux en L. van Ypersele, *La patrie crie vengeance! La répression des “inciviques” belges au sortir de la guerre 1914-1918*, Brussel, 2008, 63.

was het toegelaten om af te wijken van wat normaal gangbaar was. Verraders moesten onmiddellijk worden opgepakt en vervolgd en hierbij was het eerder van ondergeschikt belang of de wet naar de letter werd nageleefd. Deze overgangsjustitie moest evenwel beperkt blijven in de tijd opdat de publieke opinie geen slecht beeld van de repressie zou krijgen.⁹⁸

De beslissingen van de militaire rechtbanken boden niet de gerechtigheid waar de medewerkers van *La Libre Belgique* op gehoopt hadden. Hun queeste was evenwel nog niet ten einde. Op het ogenblik dat de burgerlijke rechtbanken het werk van de militaire rechtbanken verderzetten, werd het mogelijk om diegenen die erin geslaagd waren buiten schot van de militaire rechtbanken te blijven, te vervolgen. Burgerlijke rechtbanken konden namelijk bij verstek vonnissen. Op 10 juni 1921 werd Mariette Möller samen met haar echtgenoot Gaston Goffaux door het Hof van Assisen te Brabant bij verstek tot de doodstraf veroordeeld.⁹⁹ Gerechtigheid geschiedde.

Summary

Belgian World War I clandestine journal *La Libre Belgique* was a mystery. In occupied Belgium, the population found the journal sometimes in their letter box or received it from neighbors or family. Its origin was unknown. The German police (*Polizei*) hunted the newspaper, but the pen was stronger than the sword and the journal triumphed. After the great war, justice was required. The military courts ruled in two cases about the role certain people played during the war in the prosecution of the journal's staff. Although the repression was severe, it left a bad taste. In appeal, all suspects were released. However, the decision of the Martial Court was not the end of the story.

Keywords

La Libre Belgique, Clandestine Newspaper Repression, Counter-Espionage, Military Courts, First World War

⁹⁸ Georges Honincks merkte op 6 maart 1919 in de Kamer op dat zolang de militaire rechtbanken bevoegd blijven, 'de bestraffing van de verdachten niet volgens de wet verloopt en dat het risico wordt gelopen dat er bij de publieke opinie een schadelijke en deplorabele opvatting van de actie van justitie blijft voortleven' (*Hand. Kamer*, 1918-19, 6 maart 1919, 481).

⁹⁹ Het dossier van dit proces is niet bewaard gebleven. Het is hoogstwaarschijnlijk op grond van omzendbrief nr. 1503 A van 24 februari 1939 van de procureur-generaal van het Hof van Beroep te Brussel vernietigd (J. Monballyu, *Inventaris van het archief van het Hof van Assisen van Brabant. Strafdossiers tegen incivieken van de Eerste Wereldoorlog (1919-1926)*, Brussel, 2013, 16).

IN HET NEDERLANDS BURGERLIJK WETBOEK IS BEZIT FEIT ÉN RECHT

ENKELE GREPEN UIT DE GESCHIEDENIS VAN BESCHERMING VAN BEZIT

1 Inleiding

Wie schrijft over de bescherming van bezit ontkomt er niet aan de vraag te behandelen of bezit een recht of een feit is. Zo wijdde Van Oven in zijn in 1905 verschenen proefschrift *De bezitsbescherming en hare functies* een heel hoofdstuk aan de geschiedenis van deze oude vraag.¹ Recenter stelde ook de Belg Hendrik Vuye de vraag nadrukkelijk aan de orde in zijn proefschrift *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*.² Ook ik werd bij het schrijven van mijn proefschrift met deze vraag geconfronteerd, met name bij het behandelen van de totstandkoming van de regeling voor de bescherming van bezit in het huidige Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Nu kan men de inhoud van het bezitsbegrip dat een wetboek hanteert op twee manieren vaststellen. Ten eerste kan men het afleiden uit de bezitsomschrijving. Het is echter ook mogelijk het bezitsbegrip vast te stellen aan de hand van het beschermde object van de bezitsbescherming. Idealiter komt men dan uit op hetzelfde begrip. Mij bleek echter dat het bezitsbegrip in de omschrijving voornamelijk feitelijk van aard was, terwijl bezit beschermd werd als een relatief zakelijk recht, zo men wil: goederenrechtelijk recht.³

In de tweede paragraaf behandel ik het uitgangspunt van de ontwerper van de bezittitel: Meijers achtte een afzonderlijk voorschrift voor bescherming van bezit overbodig. Door zijn gerichtheid op het feitelijke aspect van bezit, Van Ovens ‘politieele functie’, achtte hij de bestaande rechtsmiddelen afdoende waarborg tegen inbreuken. Vervolgens ga ik in op het gegeven dat in het wetboek niet bezit, maar houderschap het overkoepelende begrip is. Ook een bezitter wordt aangemerkt als houder, zelfs een middellijke. Dit is een terminologische breuk met het verleden, waar de term ‘houder’ (*nudus detentor*) niet gebruikt werd om de bezitter mee aan te duiden. Ik zal betogen dat de huidige omschrijving verwarrend is en draag een alternatief aan. Het is bekend dat Meijers zijn

1 J.C. van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies*, Amsterdam, diss. Amsterdam 1905, 47 e.v.

2 H. Vuye, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, diss. KU Leuven, Brugge, 1995, 82 e.v.

3 Deze bijdrage bevat materiaal uit mijn proefschrift: H.H. Runia, *Bescherming van bezit, een rechtshistorische en leerstellige studie naar de wortels en de totstandkomingsgeschiedenis van de huidige regeling* in art. 3:125 BW, diss. Groningen, Den Haag, 2016. Delen uit dit artikel zijn – in een andere samenhang – eerder verschenen als: Idem, ‘De ‘bezitterige’ koper/pandgever onder eigendomsvoorbehoud – Enige opmerkingen over de regeling van het eigendomsvoorbehoud, mede naar aanleiding van het arrest Rabobank/Reuser’, in: P.A.J. van den Berg en G. Molier (red.), *In dienst van het recht* (‘Brouwer-bundel’), Den Haag, 2017, 77-89 en Idem, ‘De ‘bezitterige’ koper na de levering, Enige opmerkingen over bezit en houderschap in het Ontwerp Meijers, mede gezien vanuit de regeling van de koop en het eigendomsvoorbehoud’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, 2017, 59-78.

uitgangspunt heeft verlaten en toch een specifiek voorschrift voor de bescherming van bezit opnam in zijn Ontwerp. In de vierde paragraaf zal ik deze ommezwaai verklaren vanuit Meijers' keuze in 1948 voor het opnemen van een causaal stelsel van eigendoms-overdracht. In de vijfde en afsluitende paragraaf ga ik nader in op het karakter van de bescherming. Haar grondslag is namelijk een relatieve rechthebbendheid van de bezitter, met andere woorden Van Ovens 'zakelijke functie'. Het gevolg is dat het bezitsbegrip van de bezitsomschrijving en het object van de bezitsbescherming uiteenlopen: in de omschrijving is bezit voornamelijk feitelijk van aard, terwijl het als recht beschermd wordt.

2 Uitgangspunt: 'Geen noodzaak voor afzonderlijk voorschrift voor bescherming van bezit'

De bezitsvoorschriften van het Nederlands Burgerlijk Wetboek staan in de vijfde titel van Boek 3. Aan het eind van deze titel treft men één voorschrift aan voor de bescherming van bezit: artikel 3:125 BW.⁴ Dat voorschrift werd pas in een later stadium aan het Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek toegevoegd. Aanvankelijk zag Meijers geen noodzaak voor een afzonderlijk voorschrift voor bescherming van bezit. Dit blijkt uit zijn vroegste concept voor de afdeling 'Bezit' en uit aantekeningen van Jan Drion van een bespreking met Meijers van deze afdeling in 1948.⁵ Drion vroeg hem daarin naar zijn beweegredenen om af te zien van het in het Pruisische wetboek gemaakte onderscheid. Dat wetboek kende namelijk niet minder dan drie bezitsvormen, te weten: perfect bezit,⁶ imperfect bezit⁷ en het *Fremdbesitz*.⁸ Meijers' antwoord was veelzeggend. Hij achtte een apart voorschrift voor bezitsbescherming overbodig:⁹

4 Het Oud Burgerlijk Wetboek (OBW) bevatte meerdere voorschriften, maar hierover vermeldt de Belg Vuye in zijn proefschrift terecht 'dat men het er in Nederland nooit echt is over eens geraakt of het B.W. [1838] nu één (art. 606), twee (art. 606 en 618 of 606 en 619) dan wel drie bezitsvorderingen (art. 606, 618, 619) bevat', Vuye, *Bezit en bezitsbescherming*, 154, nr. 150. Zie over de achtergrond van deze verwarring Runia, *Bescherming van bezit*, 292 e.v.

5 Men kan zowel de uit tien voorschriften bestaande oerversie voor de afdeling 'Bezit' voor het Ontwerp Meijers, als Drions aantekeningen raadplegen in Den Haag, Nationaal Archief (NA), Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, Nieuw Burgerlijk Wetboek (Justitie-NBW), nummer toegang 2.09.75, inv.nr. 1725 (J. Drion, *Onderhoud met Meijers over de Afdeling BEZIT op 26 April '48 en later*).

6 Het *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (hierna: ALR) gebruikt deze term voor bezit dat tot eigendom kan leiden.

7 Het ALR gebruikt deze term voor bezit van hem, die in eigenbelang de macht uitoefent, maar een hoger recht van een ander erkent.

8 Het ALR gebruikt deze term voor de '*détention intéressée*', de '*Bezitdiener*' oftewel de detentie: de heerschappij van hem die de macht ten behoeve van iemand anders uitoefent.

9 Inderdaad bevatte het door hem met Drion besproken ontwerp van afdeling 'Bezit' aanvankelijk nog geen afzonderlijk artikel over bezitsbescherming; dat artikel (16) is pas later toegevoegd. Zie ook zijn antwoord op de vraag van Drion: 'Waarom heeft u niets over mede-bezit opgenomen?' Dat luidde: 'Overbodig naast de bepalingen over deelgenootschap en bezit, vooral als de bezitsacties worden afgeschaff', J. Drion, *Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April '48 en later* (NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1725).

Omdat aan die onderscheiding geen rechtsgevolgen verbonden zijn: alle drie genieten dezelfde bezitsbescherming via het kort geding en 1401; het enige wat men moet onderscheiden is macht die wel (bezit) en die niet tot verjaring kan leiden (detentie). Ik acht het twijfelachtig of in RV [Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering] wel de bezitsacties moeten worden opgenomen (in ieder geval niet in het BW); de laatste 25 jaar is er nooit meer een bezitsactie ingesteld en het speciale belang ex 616 en 622 is overbodig naast een bepaling die zegt, dat stuiting van de verjaring pas bij bezitsverlies van meer dan een jaar optreedt.¹⁰

Kort en goed: Meijers wenste in zijn Ontwerp geen overbodige franje. Begrippen dienden tot hun kern te worden teruggebracht en daarbij gaven hun rechtsgevolgen de doorslag. Meijers erkende hier als enig rechtsgevolg van bezit de verkrijgende verjaring. Separate bescherming van bezit achtte hij overbodig omdat hij bezit beschouwde als een deelverzameling van het ‘houderschap’: voor bescherming daarvan volstonden volgens hem de algemene regelingen van de actie uit onrechtmatige daad (artikel 1401 OBW) en het kort geding.

Meijers toonde zich hier een aanhanger van wat Van Oven aanduidde als de ‘politieele functie van bezitsbescherming’. Van Oven verwees met de uitdrukking naar de zienswijze die bezit niet beschouwt als recht, maar als feitelijke machtsverhouding. Ik geef zijn betoog weer met behulp van een zestal citaten uit zijn gezaghebbende proefschrift:

Het recht heeft (...) een strekking, namelijk het ‘*alterum laedere*’ onmogelijk te maken. Het recht moet (...) daarvoor waken, dat men rustig kan verblijven in een zekere gevestigde toestand, daarin niet worde gestoord door eigenmachtig optreden der buitenwereld, maar slechts daaruit worde verdreven door middelen die de Staat aan de hand doet. Dat is van belang, zowel voor het individu als voor de Staat zelf. ‘*Dem Staate liegt nur daran dasz der Besitz gewisz und sicher sei; ob man mit Recht besitze kann ihn wenig kümmern*’, zegt Goethe, wel wat sterk, maar toch met veel juistheid.¹¹ (...) Volgens dit principe geeft dus het recht géén bescherming aan een toestand omdat die aan een recht beantwoordt, maar omdat het het ingrijpen op een bepaalde wijze als een onrecht op zichzelf beschouwt. Dat daardoor voor de in de toestand verkerende persoon gevolgen ontstaan, alsof zij werkelijk recht had, kan een bijkomend voor- of nadeel zijn, het recht let er niet op.¹² (...) Omdat nu de bezitsbescherming in [deze] gedachtegang fungeert als reactie tegen eigenmachtige stoornis der bezitsorde, omdat haar taak enigszins analoog is met die der politie, menen wij niet beter te kunnen doen als korte benaming voor haar te kiezen het woord ‘politieele functie’.¹³ (...) De procedure moet namelijk in de politieele functie zo ingericht zijn, dat de gestoorde bezitter onmiddellijk na bewijs van zijn bezit en van de daad van de gedaagde, in de toestand hersteld worde. Alle navraag naar recht van bezit¹⁴ worde vermeden.¹⁵ (...) Immers door de politieele actie wil men de gevolgen van een formeel onrechtmatige daad annihileren, onverschillig of de dader een

10 *Ibidem*.

11 Van Oven, *Bezitsbescherming*, 16.

12 *Ibidem*, 17-18.

13 *Ibidem*, 18.

14 Tenzij anders aangegeven zijn alle cursiveringen van mijn hand, HHR.

15 *Ibidem*, 196.



Getekend portret van professor mr. E.M. Meijers, 1942. Auteur onbekend. Den Haag, Nationaal Archief, Collectie Spaarnestad.

materieel recht had de daad te plegen. Dat recht moet hij maar langs de wettelijke weg doen gelden; nu heeft hij de eenmaal gevestigde orde van zaken gestoord, en zo spoedig mogelijk moet die worden hersteld. Daarvoor kan geen proces worden gebruikt dat maanden, of zelfs dat weken duurt. De orde van zaken zou te zeer in gevaar gebracht zijn, wanneer door zulke een ‘prima facie’ onrechtmatige daad, de bezitter gedurende de loop van een normaal proces verhinderd zou zijn, van zijn bezit te genieten.¹⁶ (...) Voor de politionele functie is nu de aangewezen procedure, hetzij een kort geding voor de president van de rechtbank, hetzij een snel proces voor de kantonrechter.¹⁷

Meijers merkt bezit aan als een feitelijke situatie, namelijk het uitoefenen van macht. Voor het afweren van inbreuken daarop acht hij politionele middelen dan ook afdoende: het kort geding en de actie uit onrechtmatige daad. Er zou daarna geen noodzaak bestaan voor afzonderlijke bescherming van bezit.

¹⁶ *Ibidem*, 196.

¹⁷ *Ibidem*, 197.

3 Het Ontwerp Meijers: ‘bezit is houderschap’

‘Het woord ‘houder’ toch gebruike men bij voorkeur slechts voor degeen die voor een ander houdt.’¹⁸ Houderschap is het overkoepelende begrip in de bezitstitel van het Ontwerp Meijers. Dat was het al in een zeer vroeg stadium: in aantekeningen van Drion trof ik het hierboven al vermelde nog ongenummerde concept voor de bezitstitel aan met in het eerste voorschrift bezit- en houderschsapsdefinities:

Art. 1 Ontwerp (ongenummerd concept, aantekeningen van J. Drion)
 Houder van een goed is degene, die feitelijk daarover de macht kan uitoefenen.
 Bezitter van een goed is degene, die het goed voor zichzelf houdt (onmiddellijk bezitter) of voor wie een ander het goed houdt (middellijk bezitter).¹⁹

Dit concept toont Meijers’ gedachtegang: wie feitelijke macht over een goed kan uitoefenen is óf houder óf bezitter.²⁰ Het is één van beide. Houder is hij die enkel feitelijke macht over het goed kan uitoefenen, Romeinsrechtelijk geduid: degene die het *corpus* heeft. Bezitter is degene die voor zichzelf de feitelijke macht uitoefent of laat uitoefenen. Een onmiddellijk bezitter is degene die niet alleen feitelijke macht heeft, maar ook de wil om de zaak voor zichzelf te houden. Vanuit het Romeinse recht geduid: degene die zowel het *corpus* als de *animus* heeft.

Drion signaleerde echter een probleem met de omschrijving van het middellijk bezit. Een middellijk bloot-houder (*nudus detentor*), zoals de huurder die zijn kamer onderverhuurt, wordt door het voorschrift namelijk tot middellijk bezitter verheven, omdat na de onderverhuur een ander het goed voor hem houdt. Dit was zeker niet de bedoeling, maar Drions verslag toont dat de heren geen oplossing voor dit probleem zagen. Meijers toonde zich in ieder geval afkerig van de oplossing waarin iedere bezitter tevens als houder beschouwd werd. Dan zou men teveel afwijken van de traditionele terminologie:

Ego [Drion], zou men niet in lid 1 de middellijk houder van Suyling kunnen invoeren, dan zou lid 2 kunnen volstaan met de stelling dat hij die voor zichzelf houdt bezitter is. EMM: het bezwaar daartegen is, dat men dan wel zeer afwijkt van de vanouds gebruikelijke terminologie: immers dan zou iedere bezitter perse houder zijn en zou houder meer zijn dan de *nudus detentor*.²¹

Uiteindelijk slikte Meijers dit bezwaar in. Hij liet in zijn concept-bezitstitel Burgerlijk Wetboek 23 de traditionele scheiding los tussen de termen houder en bezitter.²² Sindsdien kent het Ontwerp het ‘houden’ zeer ruimhartig toe: de toelichting op dat concept (BW 24) laat er geen twijfel over bestaan dat het Ontwerp niet alleen middellijk houden mogelijk acht, maar dat het ook iedere bezitter, zelfs de middellijke (*sic*), als houder be-

¹⁸ Minister van Justitie C.H.F. Polak, Memorie van Antwoord (ingezonden 18 maart 1971), 141; Parlementaire Geschiedenis Boek 3, 429 (MvA II).

¹⁹ Drion, Onderhoud met EMM, inv.nr. 1725.

²⁰ Hierover uitgebreider: Runia, Bescherming van bezit, 323 e.v.

²¹ Drion, Onderhoud met EMM, inv.nr. 1725.

²² B.W. 23, NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 617.

schouwt: ‘Uit de algemene omschrijving van het bezit in het eerste lid volgt, dat iedere bezitter van een goed als “houder” aan te merken is, zowel degenen, die onmiddellijk bezit, als degenen, die door een ander bezit.’²³

Ook in de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke wetgeving (hierna: de Subcommissie) bevestigde Meijers dat hij afweek van de traditionele terminologie. Dit blijkt uit de notulen: ‘De heer Bregstein merkt op, dat het Ontwerp het woord “houden” in een veel ruimere betekenis gebruikt, dan men dit in het bestaande recht pleegt te doen. De Voorzitter [Meijers] beaamt dit.’²⁴

De regeling van het Ontwerp is uiteindelijk zonder ingrijpende wijzigingen overgenomen in het BW.²⁵ Het loslaten van de traditionele scheiding betekent dat ‘houderschap’ geen onderscheidend criterium meer is. ‘Houder’ is nu een amorf begrip: de bloot-houder (*nudus detentor*) is ‘houder’, de onmiddellijk bezitter is ‘houder’ en zelfs de middellijk bezitter geldt als ‘houder’.

De vraag dient zich aan of dit een wenselijke situatie is. Ik meen van niet en betoogde in mijn proefschrift dat het wel degelijk mogelijk is om een scherpe scheidslijn tussen bezit en houderschap aan te brengen, zodat het begrip ‘houderschap’ zijn dubbelzinnigheid verliest. Ik acht Meijers’ concessie overbodig: het is niet nodig om van een (middellijk) bezitter een ‘houder’ te maken. Meijers’ uitgangspunt dat een persoon die de feitelijke macht over een goed uitoefent óf bezitter óf houder is, zou met een andere formulering gehandhaafd kunnen worden. De oplossing bestaat uit het bij houderschap centraal stellen van de rechtsbetrekking met de bezitter, in plaats van het uitoefenen van feitelijke macht. Middellijk houderschap hoeft dus geen probleem op te leveren, zoals blijkt uit de volgende alternatieve formulering van het voorschrift:

‘Bezit

Als onmiddellijk bezitter geldt hij die voor zichzelf de feitelijke macht over een goed uitoefent of hij die krachtens de wet als bezitter wordt aangemerkt.²⁶ Een bezitter kan ook middellijk bezitten door een houder.

Houderschap

Als onmiddellijk houder geldt hij die op grond van een rechtsbetrekking met de bezitter de feitelijke macht over diens goed uitoefent. Een houder kan ook middellijk houden door een andere houder: dit brengt geen verandering teweeg in het bezit.’

²³ B.W. 24, NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 617. Deze bewoordingen zijn gelijklopend aan die van de uiteindelijke Toelichting op het Ontwerp Meijers.

²⁴ Notulen van de 88^{ste} vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. Bespreking van de titel BEZIT. De vergadering werd gehouden op woensdag 26 oktober te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig waren de voorzitter, Mr. Meijers, de leden Mrs. Van Brakel, Bregstein, Eggens, de Jong, Mevr. Schönfeld, Visser van IJzendoorn, de algemeen secretaris Mr. Belinfante en Mr. Drion, adjunct-secretaris.

²⁵ Runia, *Bescherming van bezit*, 326, noot 1190.

²⁶ Zo kent art 3:112 BW bijvoorbeeld bezit toe aan de erfgenaam, zie noot 58. Zie over het behoud van dit ‘saisine-bezit’: *Ibidem*, 332.

Deze paragraaf begon met een citaat van minister van Justitie Polak. Hij verzocht het woord ‘houder’ toch bij voorkeur slechts te gebruiken voor degene die voor een ander houdt. Het alternatieve voorschrift voldoet hieraan: het ontkoppelt bezit van houder-schap.

4 Toch opname voorschrift voor bescherming bezit: keuze causaal stelsel

‘Het onredelijke resultaat van de causale leer moet dus goed gemaakt worden met een zakelijk bezitsrecht op roerend goed, dat tegen iedere houder (hoelang?) kan worden ingeroepen.’²⁷ Hoewel Meijers aanvankelijk geen noodzaak zag voor een afzonderlijke bescherming van bezit, heeft hij die toch opgenomen in zijn Ontwerp. Binnen twee maanden na zijn gesprek met Drion nam hij een voorschrift op met zakelijke bescherming, specifiek voor de bezitter. Dit blijkt uit aantekeningen van Drion over een onderhoud met Meijers op 24 juni 1948: hierin bespraken ze het aan de bezittstitel toegevoegde ontwerpvoorschrift zestien.²⁸

Om te begrijpen waarom Meijers ertoe overging zijn uitgangspunt te herzien is het van belang kennis te nemen van de uitleg van het ‘beruchte’ artikel 2014 OBW. Algemeen werd – overigens ten onrechte – aangenomen dat het OBW geen bezitsbescherming kende voor roerende zaken.²⁹ Hierdoor nam de betekenis toe van de zakelijke bescherming die artikel 2014 OBW bood. Het eerste lid van dit voorschrift luidde: ‘Met betrekking tot roerende goederen die noch in renten bestaan, noch in inschulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, geldt het bezit als volkomen titel.’

Deze zin ontlokte aan Van Oven eens de volgende verzuchting:

Als de uitspraak van een sfynx klinken die woorden; zij zeggen niets en men kan eruit halen wat men verkiest. Ze staan op zichzelf, buiten verband met enige andere wettelijke bepaling, slaande uit het stelsel als een insluipsel van een vreemde wet, een overblijfsel uit een rechtstelsel dat eens met het onze saamgeweven was. En sinds tientallen jaren zwermen de Oedipi van het Nederlandse juristendom om deze sfynx heen, trachtend de oplossing te vinden van het raadsel. Wat willen de woorden zeggen? In hoeverre trekken zij een streep door de andere bepalingen onzer wet? Welke maken ze overbodig? Wat laten ze in stand? Dat alles is keer op keer door onze beste juristen gevraagd zonder dat er algemene eenstemmigheid is verkregen.³⁰

27 E.M. Meijers, ‘Het arrest van de Hoge Raad van 5 mei 1950 betreffende de eigendom van roerend goed’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)*, 1951, nr. 4187, 178; *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen (VPO)*, dl. II, Leiden, 1955, 172.

28 Drion, *Onderhoud met EMM*, inv.nr. 1725.

29 Zie hierover nader Runia, *Bescherming van bezit*, 287.

30 J.C. Van Oven, ‘Artikel 2014 B.W. en de bezitsbescherming van roerend goed’, *WPNR*, 1908, nr. 2016, 418. Schut vat de meningen over dit artikel als volgt samen: ‘De materie van artikel 2014 heeft zich altijd in een bijzondere belangstelling mogen verheugen. De stof is wel ‘een wetsteen voor het juridische vernuft’ genoemd, ‘het exercitieterrein par excellence voor het hoge onderwijs’ en – nog fraaier – ‘een bijtbot voor studenten, een slaghout voor hoogleraren en een klimpaal voor

Ook Meijers wenste verduidelijking van dit voorschrift. Hij vroeg die in de eerste plaats aan de wetgever, in zijn in 1928 verschenen opstel *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek*.³¹ Toen de wetgever hem het antwoord schuldig bleef, richtte Meijers zich tot het hoogste rechtscollege in zijn noot bij het arrest Woldijk-Nijman.³² Ook de Hoge Raad ver-schafte hem echter niet de gewenste verduidelijking. Uiteindelijk kreeg Meijers als ont-werper van het Nieuw Burgerlijk Wetboek zelf de kans om het voorschrift beter te ver-woorden.

Meijers had zijn eigen mening gevormd over de inhoud van het voorschrift: hij meen-de dat het inhield dat voor roerende zaken een abstract stelsel van eigendomsverkrijging gold en dat het dus niet de eis stelde van een geldige titel. Hierin toonde hij zich een vol-ger van Diephuis. Diephuis leerde dat het bezit van roerende zaken identiek was aan de eigendom ervan, zolang er tenminste geen sprake was van de uitzondering die het twee-de lid schiep voor verloren en gestolen zaken.³³ Meijers stelde wel de aanvullende eis dat de bezitter die zich op het voorschrift wil beroepen te goeder trouw moet zijn:

De Hoge Raad heeft tot nu toe geleerd, dat art. 2014, 1^e lid B.W. deze betekenis heeft, dat het bezit van roerende zaken recht van eigendom geeft. (...) Het is te hopen, dat de Hoge Raad bij zijn gevestigde leer mag blijven. Want stelt men voor het bezit van art. 2014 B.W., gelijk het arrest van 1855 doet, het vereiste dat het te goeder trouw zij, dan heeft men ook een eenvoudi-ge en alleszins bevredigende regeling van de eigendomsverkrijging van roerend goed.³⁴

Meijers' zienswijze kende dus een zeer ruime bescherming toe aan bezitters te goeder trouw: zij golden als eigenaar.

Er bestond nog een andere uitleg van de inhoud van het voorschrift. Hieraan is vooral de naam van Scholten verbonden, omdat hij haar uitdroeg in zijn bewerking van het As-ser-deel over zakenrecht.³⁵ De door Scholten gepropageerde leer wordt wel de 'nieuwe leer' genoemd: zij verschilt van de oude leer omdat hierin de positie van de bezitter van

promovendi'. Praktijkjuristen kijken er tegenaan als tegen een religieus dogma, 'misschien niet voor allen even begrijpe-lijk, doch juist daarom zo verheven', G.H.A. Schut, 'Het nieuwe 2014', *WPNR*, 1972, nr. 5176, 253. Zie ook A.F. Salomons, 2014 tot 1950, *De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde*, diss. Amsterdam, Deventer, 1997, xviii, die in het onvermogen van de juridische wereld om het voorschrift op een bevre-digende wijze te duiden de aanleiding ziet tot het loslaten van de legistische interpretatiewijzen: 'Daarbij moet worden benadrukt dat art. 2014 niet 'zomaar een bepaling' is. Het wetsartikel gaf aanleiding tot zeer uiteenlopende interpretaties, zowel in de literatuur als in de rechtspraak. Deze diversiteit droeg ertoe bij dat tussen 1870 en 1880 het inzicht terrein won dat met gebruikmaking van alleen de legistische interpretatiewijzen geen oplossing zou worden gevonden. Het loslaten van de legistische axioma's rond 1870-1880 is dan ook juist voor een groot deel te danken aan bepalingen als art. 2014.' Zie voor een beschrijving en verklaring van dit voorschrift: Runia, *Bescherming van bezit*, 222 e.v.

31 E.M. Meijers, 'Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek', *WPNR*, 1928, nr. 3031, 49 e.v.; *VPO*, dl. I, 93 e.v.

32 Hoge Raad 9 februari 1939, *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ), nr. 865, 1318 e.v. noot E.M.M.

33 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, Groningen, 1886, 378-379.

34 Zie zijn onderschrift bij het arrest in *WPNR*, 1922, nr. 2739, 286. Overigens besliste de Hoge Raad in zijn arrest (Ketjen-Köhler) van 28 juni 1929, *NJ*, 1929, 1619, noot P.S., dat onder het eerste lid van art. 2014 B.W. 'onder "het bezit" niet ook dat te kwader trouw mag worden begrepen'.

35 Van Oven wijst in Artikel 2014 B.W., 419 de Amsterdamse advocaat J.G.A. Faber aan als degene die als eerste deze leer uitdroeg. Faber deed dit in *Themis, Regtskundig Tijdschrift*, 1871, nr. 32, 6 e.v.

roerende zaken (te goeder trouw) niet principieel onaantastbaar is. De leer verbindt namelijk nadere voorwaarden en alleen een dergelijk gekwalificeerd bezit zou bescherming verdienen. Scholten heeft deze voorwaarden in de loop van de tijd uitgewerkt en uitgebreid.³⁶ In eerste instantie eiste Scholten dat het bezit was verkregen door *overdracht* op grond van een *geldige* titel.³⁷ Aanvankelijk eiste hij nog geen *goede trouw*,³⁸ maar hij nam ook deze eis op nadat Van Oven hem daartoe aanspoorde in een artikel uit 1908.³⁹ Hierin wisselde Van Oven van kamp⁴⁰ en sloot zich bij Scholten aan.⁴¹ De hierboven vermelde wijzigingen waren overigens niet de enige: Scholten bleef zijn leer verfijnen, met de eis van de *bezwarende* titel en de eis van ‘reëel’ (feitelijk) bezit.⁴² De moderne jurist zal dan ook weinig moeite hebben met het leggen van het verband met de bescherming van het huidige artikel 3:86 BW.⁴³

Het valt op dat Meijers zich niet bijzonder krachtig heeft verzet tegen de nieuwe uitleg. In zijn opstel *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek* steekt hij weliswaar zijn voorkeur niet onder stoelen of banken, maar tegelijkertijd geeft hij toe dat voor zowel zijn eigen uitleg als voor die van Scholten argumenten te vinden zijn.⁴⁴ Hij wekt de indruk meer ge-

36 Vgl. voor het volgende Salomons, 2014 tot 1950, 238.

37 Ook de *actio publiciana* van het Romeinse recht eiste voor zakelijke bescherming dat de zaak aan de (verjarings-)bezitter was *geleverd*. Ook diende er voor een beroep op bescherming sprake te zijn van een *geldige* titel en goede trouw. Salomons, 2014 tot 1950, 238 vermeldt verder dat de zaak niet *gestolen* of *verloren* mag zijn. Deze eisen worden rechtstreeks door het wetsvoorschrift gesteld.

38 Naar eigen zeggen deed hij dit pas in de vijfde druk (1913) in zijn bewerking van het deel zakenrecht uit de Asser-serie: C. Asser en P. Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel – Zakenrecht, Zwolle, 1913, 77. Zie over deze eis: Salomons, 2014 tot 1950, 239 e.v. en 423; J.C. Van Oven, ‘Eigendom van roerende zaken’, *Nederlands Juristenblad*, 1951, nr. 11, 231.

39 Zie hieronder noot 41.

40 In zijn proefschrift *Bezitsbescherming en hare functies* uit 1905, 244, hing Van Oven nog de ‘oude leer’ aan.

41 Zie Van Oven, Artikel 2014 B.W., in het bijzonder de aansporing op 434 dat men nog eens een woordje over de goede trouw moest spreken omdat wie de moderne leer aanvaardt ‘ook gerust de goede trouw mee in den koop kan nemen, ja dat eigenlijk moet doen.’ Zie ook J.C. Van Oven, *Praeadvies over Causa en Levering, Welk verband bestaat naar ons recht tusschen de eigendomsverrijging door levering en de onderliggende rechtsverhouding? Is het wenschelijk te dien aanzien wijziging in ons recht aan te brengen?*, 's-Gravenhage, 1924, 115 e.v.

42 Salomons, 2014 tot 1950, 238 e.v.

43 Art. 3:86 BW luidt:

1. Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht overeenkomstig artikel 90, 91 of 93 van een roerende zaak, niet-registargoed, of een recht aan toonder of order geldig, indien de overdracht anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is.

2. Rust op een in het vorige lid genoemd goed dat overeenkomstig artikel 90, 91 of 93 anders dan om niet wordt overgedragen, een beperkt recht dat de verkrijger op dit tijdstip kent noch behoort te kennen, dan vervalt dit recht, in het geval van overdracht overeenkomstig artikel 91 onder dezelfde opschortende voorwaarde als waaronder geleverd is.

3. Niettemin kan de eigenaar van een roerende zaak, die het bezit daarvan door diefstal heeft verloren, deze gedurende drie jaren, te rekenen van de dag van de diefstal af, als zijn eigendom opeisen, tenzij:

a. de zaak door een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde, is verkregen van een vervreemder die van het verhandelen aan het publiek van soortgelijke zaken anders dan als veilinghouder zijn bedrijf maakt in een daartoe bestemde bedrijfsruimte, zijnde een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan met de bij het een en ander behorende grond, en in de normale uitoefening van dat bedrijf handelde; of

b. het geld dan wel toonder- of orderpapier betreft.

4. Op de in het vorige lid bedoelde termijn zijn de artikelen 316, 318 en 319 betreffende de stuiting van de verjaring van een rechtsvordering van overeenkomstige toepassing.

44 Salomons, 2014 tot 1950, 250-251 merkt eveneens op dat Meijers zich geen fanatiek voorstander van zijn eigen ‘bezits-

interesseerd te zijn in het opheffen van de onduidelijkheid over de uitleg dan in het propageren van zijn eigen zienswijze.

Meijers wenste eenheid van stelsel bij de regeling van de overdracht van zowel roerende als onroerende goederen. Het was hem niet ontgaan dat de aanhangers van de ‘nieuwe leer’ terrein wonnen. Zij slaagden er zelfs in de Hoge Raad voor hun zienswijze te winnen, althans voor wat betreft de cessie van schuldvorderingen. Dat gebeurde in de reeds aangehaalde zaak Woldijk-Nijman, die gepubliceerd werd met een noot van Meijers. In zijn noot stelt Meijers vast dat de Hoge Raad, anders dan in voorgaande arresten, zich nu positief uitsprekt over het *causale* stelsel van overdracht bij de cessie van een schuldvordering. Vervolgens merkt hij op dat dezelfde Kamer van de Hoge Raad drie maanden na het wijzen van Woldijk-Nijman bij de overdracht van een octrooi het *abstracte* stelsel volgt. Meijers toont zich allerm minst gecharmeerd van het gebrek aan eenheid van stelsel: ‘Daarnaast zij er op gewezen, dat er geen enkele grond te bedenken valt, waarom de wetgever bij een recht van octrooi een ander stelsel zou volgen dan bij onroerend goed; slechts bij een duidelijke wettekst mag aangenomen dat de wetgever geheel willekeurig eenheid van stelsel zou hebben prijsgegeven’.

Meijers heeft in zijn Ontwerp gekozen voor het *causale* stelsel van eigendomsoverdracht. Dit toont reeds het vroegste concept voor de afdeling *Overdracht van goederen*. Het eerste lid van het vierde voorschrift van deze afdeling luidde: ‘Art. 4 lid 1 (B.W. 12c). Voor een overdracht wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem, die bevoegd is over het goed te beschikken’.⁴⁵ In Meijers’ afweging, waarin hij ongetwijfeld de noodzaak van het verwerken van de laatste jurisprudentie heeft afgewogen tegen het codificeren van zijn eigen zienswijze, zal het arrest Woldijk-Nijman de doorslag hebben gegeven. Dit arrest vormde in zijn concept van toelichting zelfs de enige motivering voor de keuze voor het *causale* stelsel.⁴⁶

Meijers zag dus af van handhaving van het, naar zijn mening, *abstracte* stelsel van het OBW en voerde in zijn Ontwerp een *causaal* stelsel in. Dat deze invoering op brede steun kon rekenen, blijkt uit de notulen van de negentigste vergadering van de Subcommissie op zaterdag 3 december 1949: ‘Art. 4. Lid 1. Geen der aanwezigen voert bezwaren aan te-

leer’ toonde. Hij schrijft echter dat Meijers zich desalniettemin danig ontstemd toonde over de keuze van de Hoge Raad voor de opvatting van Scholten in het arrest Damhof-De Staat. Ik zie de oorzaak van Meijers’ ontstemdheid niet zozeer gelegen in een door de Hoge Raad gemaakte keuze voor de leer van Scholten, maar door het vooruitlopen door het college (dat kennis droeg van Meijers’ keuze voor deze leer in het Ontwerp), zonder gelijktijdige introductie van derdenbeschermende regels. Zie noot 49.

⁴⁵ B.W. 12c (p. 1); NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 182. Anders dan men uit de nummering zou opmaken is B.W. 12c het eerste totaalconcept voor titel II: *Verkrijging en Verlies van Goederen* van het Ontwerp. B.W. 12c vervangt ook het deelconcept B.W. 21: *Van verkrijging door verjaring*. B.W. 12b bevat het rapport van Bregstein over dit concept en B.W. 12a (= B.W. 24b) een verbetering voor art. 9 uit de bezittitel (zie NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 609). In het overeenkomstige voorschrift in het Ontwerp (3.4.2.2 lid 1) werden de woorden ‘een goed’ toegevoegd. Het is ongewijzigd overgenomen als 3:84 lid 1 BW: Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken.

⁴⁶ B.W. 12d, art. 4, 2. NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 609. Pas in latere concept-toelichtingen wordt deze vermelding voorafgegaan door het arrest Damhof-De Staat.

gen het causale stelsel'.⁴⁷ De in de literatuur wel aangetroffen opvatting dat Meijers in zijn Ontwerp de causale leer pas omarmde nadat de Hoge Raad het arrest Damhof-De Staat had gewezen is dus pertinent onjuist.⁴⁸ Eén van de in de negentigste vergadering aanwezige leden was raadsheer De Jong, die zijn kennis van het concept Ontwerp in het arrest Damhof-De Staat zou gebruiken om hierop vooruit te lopen.⁴⁹ Bregstein onthulde later in een voordracht voor de Gentse rechtenfaculteit dat Meijers allerm minst gecharmeerd was van het gebruik van deze voorkennis:

Inmiddels oefenen de gepubliceerde teksten en toelichtingen als 'restatement of the law' reeds hun invloed uit. Al vóór de publicatie beïnvloedde de bij de Hoge Raad aanwezige wetenschap hoe Meijers de regel 'bezit geldt als volkomen titel' nader uitwerkte, haar invloed uit op het uiterst belangrijke arrest van 5 mei 1950 inz. art. 2014 (Code 2279) en het vraagstuk der causale levering. Grote gebeurtenissen werpen hun schaduw vooruit. Meijers was over deze voortijdige toepassing weinig te spreken. Voor hem was er een markant verschil tussen jus constitutum en jus constituendum; dat verklaart ook waarom hij b.v. bij de regeling van het Zakenrecht in zijn ontwerp geheel het steeds door Prof. Scholten voor het geldende recht

47 Notulen van de Negentigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. De vergadering wordt gehouden op Zaterdag 3 December 1949 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig de Voorzitter Mr Meijers, de leden Mrs. van Brakel, Bregstein, Eggens, de Jong, Petit, Scholten, mevr. Schönfeld, Visser van IJzendoorn, de algemene Secretaris Mr. Belinfante en Mrs. van den Bergh en Drion, adjunct secretarissen. (Bespreking van de Titel Verkrijging en Verlies van Goederen, NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 181 (p. 283).)

48 Zie bijvoorbeeld C. Asser, F.H.J. Mijnsen en P. De Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht, dl. 1. Algemeen goederenrecht*, Deventer, 2006, nr. 238: 'Na dit arrest heeft Meijers, die aanvankelijk de abstracte leer verdedigde, zich erbij neergelegd dat het nieuwe Burgerlijk Wetboek zou uitgaan van de causale leer'; H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer, 2007, nr. 366: 'Meijers heeft de leer van de Hoge Raad in art. 3:86 gerespecteerd en deze dus voor ons huidige wetboek overgenomen, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis'. Zie ook A.F. Salomons, 2014 tot 1950, 279-280. Overigens meenden ook Meijers' tijdgenoten dat de Hoge Raad in het arrest (tegen Meijers in) koos voor de leer van Scholten, zie o.a. D.J. Veegens, 'Een herwaarderung van Meijers', in: *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum, Rechtsgeleerde opstellen, vervaardigd door leden van het Leids Juridisch Dispuut 'Juri Sacrum' ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het Dispuut*, Deventer, 1982, 201: 'Opvallender, zelfs intrigerend, was de uitval van Meijers naar 'hen, die menen alles uit de wet te mogen halen wat hun redelijk en billijk voorkomt', VPO, dl. II, 169. De verklaring lag voor de hand. Het artikel handelde over het Damhof-arrest van 1950 waarin de Hoge Raad voor art. 2014 BW niet de leer van Diephuis en Meijers, maar die van Scholten heeft gevolgd. Al in de eerste paragraaf van de toelichting op boeken 1-4 NBW wordt als nadeel van zulke rechtshervormingen door een vrije rechtspraak genoemd haar instabiliteit. De rechter grijpt soms fors in en deinst later terug voor de consequenties van zijn eigen uitspraak', K.N. Korteweg in: *WPNR*, 1950 nr. 4156, 423; Van Oven, *Eigendom van roerende zaken*, 225; J. Wiarda, 'Het arrest van 5 mei 1950, N.J. 1951, no. 1 inzake Damhof tegen den Staat der Nederlanden aangaande de artt. 639 en 2014 B.W. en eerherstel voor Diephuis en de negentiende eeuw', *WPNR*, 1951, 413; G. de Grooth, 'Rondom het Damhof-arrest', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Zwolle, 1952, 169 (naschrift) meent dat de Hoge Raad bij het Duitse wetboek (§892) te rade is gegaan, een paragraaf die overigens ook wordt beschouwd als de inspiratiebron van Scholten.

49 In zijn dankwoord naar aanleiding van zijn erepromotie aan de Universiteit van Amsterdam in 1971 maakte raadsheer De Jong gewag van het feit dat de Hoge Raad, mede door zijn eigen werkzaamheden aan het nieuwe BW, rekening hield met het nieuwe BW. Het rechterlijk college liep hiermee dus vooruit op het Ontwerp. N.J.P. Giltay Veth, 'Damhoff/De Staat: J.C. van Oven en F.J. de Jong', *Nederlands Juristenblad*, 1976, 19 e.v.; E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht, 1996, 166, noot 218. Omdat het arrest Damhof-De Staat nagenoeg ongemotiveerd is, zochten schrijvers destijds naar de inspiratiebron van de Hoge Raad. Zo veronderstelden Veegens, Wiarda en De Grooth ten onrechte dat het college op het kompas van Scheltema heeft gevaren. Die verklaarde in zijn geschriften (o.a. zijn bijdrage aan het Gedenboek BW 1838-1938) de nieuwe leer de 'meest rationele en billijke'.

verdedigde systeem codificeerde, ofschoon hij dit voor het geldende recht steeds had bestreden.⁵⁰

De invoering van het causale systeem kende echter een prijs en hiervan waren zowel voor- als tegenstanders zich bewust. Immers, bepaalde bezitters die in een abstract systeem zouden gelden als eigenaar, verloren nu deze bescherming, bijvoorbeeld omdat ze geen geldige titel konden aantonen omdat deze van aanvang niet aanwezig was of later was vernietigd, of omdat ze niet om baat hadden verkregen. Meijers verwoordde het als volgt:

Van veel meer belang, dan de regel van bewijsrecht, die Scholten in art. 2014 B.W. leest, is dan ook de materieelrechtelijke beperking die hij in de uitlegging van art. 2014, 1e lid aanbrengt. Scholten doet, gelijk verschillende Fransche auteurs, alleen hem, die te goeder trouw *krachtens wettigen titel van een voorganger* (cursivering Meijers) het bezit verkregen heeft, de bescherming van het eerste lid ten deel vallen; geen eigendom dus voor hem, die hoewel te goeder trouw, door eenzijdige inbezitneming of door levering zonder geldige oorzaak eens anders zaak verkregen heeft.⁵¹

Ook Van Oven erkende het probleem. Hij was van mening dat in een causaal systeem een regeling voor bezitsbescherming nodig is. In zijn opstel uit 1908 verschaftte hij een blauwdruk met de oplossing voor de verminderde bescherming van bepaalde bezitters in het causale systeem: bezitsbescherming in combinatie met een regeling voor verkrijgende verjaring. Zo konden deze bezitters uiteindelijk toch nog eigenaar worden en werden ze tussentijds beschermd:

Men ziet, dat door een behoorlijke regeling van het instituut der bezitsbescherming, volkomen wordt voorzien in de leemte die bestaat doordat de eigendom van roerend goed niet alle gevallen omstrengelt waarin zakelijke bescherming verleend dient te worden. Neemt men de moderne o.i. juiste uitlegging van art. 2014 aan, dan is de leemte nog groter dan bij de oude leer en doet de behoefte aan bezitsbescherming zich nog meer gevoelen. *De jure constituendo* zou er dan ook geen twijfel aan zijn of men zou de bezitsbescherming van roerend goed volledig in ere moeten herstellen en haar inrichten zoals wij hierboven omschreven. Op deze wijze vormt zij de logische en de noodzakelijke aanvulling van het eigendomsstelsel. *Wanneer* men art. 2014 slechts aanvult met een *acquisitieve eigendomsverjaring voor roerend goed* en men stelt er de bezitsbescherming naast, dan heeft men de meest volledige regeling van het roerende goederenrecht die men zich denken kan.⁵²

In Meijers' uitleg van artikel 2014 OBW was een dergelijke toevoeging niet nodig omdat elke bezitter te goeder trouw gold als eigenaar. Het is dan ook wel begrijpelijk dat hij zich niet echt gecharmeerd toonde van de toekenning van bescherming van een relatief zake-

50 M.H. Bregstein, 'Meijers en de poging tot hercodificatie in Nederland', *Rechtskundig Weekblad*, 1956, 182.

51 E.M. Meijers, 'De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent "Bezit geldt als volkomen titel"', *WPNR*, 1927, nr. 3027, 918; *VPO*, dl. II, 148-149.

52 Van Oven, Artikel 2014 B.W., 462. Vgl. Van Oven, *Praeadvies over Causa en Levering*, 109.

lijk bezitsrecht. Bovendien was hij van mening dat een dergelijke constructie niet zonder wetswijziging in het OBW kon worden ‘hineininterpretiert’:

Eigenaar van de vordering tegenover de een, niet-eigenaar tegenover een ander, het is altijd een gewrongen constructie, maar het minst wat men om deze te aanvaarden mag verlangen, is een wettelijke basis.⁵³ De voorstanders van het causale stelsel komen in zodanige gevallen steeds tot een redelijk resultaat, mits men hen maar laat begaan en al hun uitzonderingen en toevoegingen op hun regel wil aanvaarden.⁵⁴

Met het tussen 26 april en 24 juni 1948 geconcipieerde en aan zijn concept Ontwerp toegevoegde voorschrift voor afzonderlijke bezitsbescherming probeerde Meijers deze constructie van een wettelijke basis te voorzien. Het ligt dan ook voor de hand om aan te nemen dat Meijers in deze periode besloten heeft om in zijn Ontwerp het causale systeem van eigendomsoverdracht in te voeren.

5 In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is het bezit feit én recht

Juristen die bezit in het Nederlands BW als feit wensen aan te merken vinden Meijers aan hun zijde. Nog in september 1953 ontkende Meijers dat hij in zijn Ontwerp van bezit een recht had gemaakt. Hij deed dit in de Subcommissie, naar aanleiding van een opmerking van het lid Eggens. Eggens had zich al in 1929 uitgesproken voor de zienswijze dat bezit (van onroerende zaken) als recht gezien diende te worden.⁵⁵ Meijers reageerde stellig:

De heer Eggens meent dat het niet juist is naast ‘zakelijk recht’ te spreken van ‘bezit’, dat ook een zakelijk recht is, doch de Voorzitter [Meijers] antwoordt dat in zijn ontwerp het bezit een feitelijke toestand aanduidt, doch geen zakelijk recht is. Wel geeft de feitelijke toestand van ‘bezit’ rechten (bezitsacties en, mits het bezit te goeder trouw is, recht op de vruchten) doch dat maakt het feit van bezit evenmin een recht als een uitvinding een recht zou worden doordat zij zekere rechten geeft.⁵⁶

⁵³ Vgl. De Grooth, *Rondom het Damhof-arrest*, 144: ‘Wat deze “quasi-revindicatie”, aan de bezitter-niet-eigenaar toe te kennen, betreft, het valt wel zeer te betwijfelen, of er één rechter te vinden zal zijn, die zodanige vordering zou toelaten, of die een op schending van quasi-eigendom steunende actie, bijv. die uit 1401 B.W., zou durven toewijzen. De H.R. heeft van die laatste actie al in het Damhof-arrest niets willen weten, ondanks de suggesties van zijn procureur-generaal in die richting.’

⁵⁴ Meijers, *Hoge Raad 5 mei 1950*, 177-178; VPO, dl. II, 170. Van Oven sloot zich bij hem aan, in zijn opstel ‘B.W. 2014 en de Eigendom van Roerende Zaken’ in: NJB 1951, p. 287, benadrukte hij: ‘Ik herhaal: al wat we bedenken om art. 2014 goed te laten werken, blijft lapwerk. De zaak “loopt niet rond” zolang de wet niet gewijzigd wordt, ondanks al onze scherpzinnigheid’.

⁵⁵ J. Eggens, ‘Het recht van bezit kan niet als zodanig overgedragen worden’, WPNR, 1929, nr. 3095-3096.

⁵⁶ Notulen van de 144^{ste} vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, 829. De vergadering werd gehouden op zaterdag 26 september 1953 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig waren de voorzitter Mr. Meijers, de leden Mrs. Belinfante, tevens algemeen secretaris, Bregstein, Drion, Eggens en mevrouw Schönfeld-Polano, alsmede Mr Franken, secretaris van Prof. Meijers, NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 184.

Op deze stelligheid valt wel wat af te dingen. Het is onbetwist dat Meijers zijn bezits- en houderschapsomschrijving opstelde met in zijn achterhoofd de gedachte van het uitoefenen van feitelijke macht. Op grond van de bezitsdefinitie is bezit inderdaad een feitelijke toestand. Maar op grond van de overige voorschriften in dezelfde titel kan men eveneens tot de conclusie komen dat bezit juist als recht beschouwd dient te worden.

In de eerste plaats verdient opmerking dat bezit bij wijze van uitzondering ook op grond van een wetsvoorschrift kan worden toegekend. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de erfgenaam.⁵⁷ Een erfgenaam hoeft volgens Meijers niet steeds de feitelijke macht over zijn bezit te hebben om als bezitter te gelden:

Bij de definitie van het bezit bepaalt het ontwerp zich ertoe te verklaren, dat een bezitter houdt voor zichzelf. In een nadere omschrijving, wat dit ‘houden’ in het algemeen aanduidt, wordt niet getreden. Gewoonlijk wordt dit houden als een feitelijke macht gekenschetst. Men miskent daarmede, dat zowel het ‘houden’ van een goed als het ‘voor zich houden’ mede door wetsvoorschriften wordt bepaald en daarmede ophoudt iets zuiver feitelijks te zijn. De wet kent aan de erfgenaam bezit toe, onverschillig of deze zijn erfgenaamschapsrecht bewijzen kan en in het verkeer als erfgenaam erkend wordt.⁵⁸

Maar van groter belang acht ik de later toegevoegde regeling voor de bescherming van bezit. Meijers heeft ter opheffing van de nadelen van het causale stelsel in zijn Ontwerp de blauwdruk gebruikt die Van Oven hem had aangereikt.⁵⁹ Hij verzachtte de negatieve gevolgen van de invoering van het causale stelsel voor bepaalde bezitters met een combinatie van wetsvoorschriften over verkrijgende verjaring en bezitsbescherming. Hij ging er zelfs toe over om bezitters te kwader trouw een beroep toe te staan op verkrijgende verjaring.

Naast de gewone verjaring van de bezitter te goeder trouw, staat een overeenkomstige wijze van verkrijging, die ook aan bezitters te kwader trouw ten goede komt. Het is de verkrijging door verloop van termijn, voldoende om de vordering van de rechthebbende tot afgifte van het goed te doen te niet gaan. Evenals in het Franse recht is dus in het ontwerp gebroken met de thans bestaande anomalie, dat de werkelijk rechthebbende de zaak niet kan opvorderen en anderzijds de bezitter in zijn bezit beschermd wordt, maar met niet meer dan de bezitsacties. Het recht dient zich op den duur bij de feiten aan te sluiten, vooral wanneer dit recht de nodige rechtsvorderingen om wijziging te brengen in de feitelijke verhoudingen aan de rechthebbende onthoudt. Gevallen, waarin een rechthebbende niettegenstaande zijn revindicatie verjaard was, nog iets aan zijn recht had, zijn in de rechtspraak niet voorgekomen.⁶⁰

⁵⁷ Art. 3:112 BW: Bezit wordt verkregen door inbezitneming, door overdracht of door opvolging onder algemene titel.

⁵⁸ Toelichting Meijers op art. 3.5.1 Ontwerp, 230. Zie voor een andere uitzondering op grond van een wetsvoorschrift (de koper van onroerend goed na de feitelijke levering, maar vóór de juridische levering): Runia, *Bescherming van bezit*, 333 e.v.

⁵⁹ Zie het citaat hierboven bij noot 52.

⁶⁰ Toelichting Meijers op art. 3.4.3.8 Ontwerp, 228. Dit is het huidige art. 3:105 BW, zie hierover: J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring, Een leerstellig rechtsvergelijkende studie op historische grondslag*, diss. Groningen, Den Haag, 2011.

Het verdient opmerking dat Meijers van ieder bezit verjaringsbezit maakte: behalve bezit en het tijdsverloop stelt het Ontwerp (en het BW) geen verdere eisen. Hierdoor is ieder bezit verjaringsbezit geworden. Dit betekent, kort en goed, dat ook de bezitter te kwader trouw verkrijgt door verjaring.

Nu richt de door Meijers ontworpen regeling van bezitsbescherming zich specifiek op de verjaringsbezitter. Anders gezegd: een bloot-houder (*nudus detentor*) kan hierop geen aanspraak maken: 'Het artikel [artikel 3.5.17, het latere artikel 3:125 BW] beschermt aldus de lopende verjaring; het verwerpt het stelsel volgens hetwelk de bezitter op de dag der voltooiing der verjaring een volledig recht verkrijgt, doch de dag daarvoor nog iedere bevoegdheid mist.'⁶¹ Iedere bezitter, ook die te kwader trouw, staat dus gedurende zijn verjaringstermijn de bezitsbescherming ten dienste.⁶² Het voorschrift kent verder elke bezitter bevoegdheden toe op grond van zijn relatieve rechthebbendheid. In het Ontwerp zoekt men tevergeefs naar een opsomming. Meijers gaf die wel toen hij het conceptartikel in de Subcommissie besprak: 'Op vragen van diverse leden antwoordt de Voorzitter, dat de bezitter op grond van dit artikel in beginsel alle acties van de rechthebbende kan gebruiken: hij kan bijv. afpaling, scheiding en deling en schadevergoeding vorderen, hij kan reindicatoir beslag leggen.'⁶³

Het is duidelijk dat Meijers het voorschrift wilde gebruiken om de bezitter te plaatsen in de rechtspositie van *relatief* rechthebbende.⁶⁴ Dit blijkt ook uit het vervolg van de discussie in de Subcommissie:

De heren Bregstein en De Jong zien een moeilijkheid bij schadevergoeding: wat als de rechthebbende later weer schadevergoeding vordert? De Voorzitter antwoordt, dat dezelfde kwestie in het huidige recht ook kan rijzen bij art. 615 B.W. en bij het merkenrecht, waarbij de Hoge Raad (HR 1 Febr. 1932.1425) immers *dezelfde* relatieve rechtspositie heeft erkend, welke dit artikel algemeen mogelijk maakt.

61 Toelichting Meijers op art. 3.5.17 Ontwerp, 240. Deze zin is ongewijzigd overgenomen van de concept Toelichting (B.W. 24), 10. NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 617.

62 Het komt mij dan ook voor dat Zwolve een onjuiste tegenstelling in het leven roept wanneer hij uitroept: 'De romeinse publiciaanse bezitter was echter altijd een verjaringsbezitter, terwijl de regeling van 3.5.17 voor alle bezitters geldt!', W.J. Zwolve, Enige opmerkingen over 3.5.17. van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek, WPNR, 1978, nr. 5429, 218. In dezelfde zin: Vuye, *Bezit en bezitsbescherming*, 161. Juister komt mij voor de opvatting van Van Oven, WPNR, 1958, nr. 4538, 231, die opmerkt wanneer hij de vordering van het Ontwerp met de Publiciana vergelijkt: 'Zo is het ook in het ontwerp, al is er verschil, omdat de Romeinse actie slechts toekwam aan de bezitter te goeder trouw en op grond van een titel (*ex iusta causa*), Meijers' actie daarentegen elke bezitter beschermt; maar niettemin is ook zijn actie er een tot bescherming van de verjarende bezitter, want zelfs de bezitter te kwader trouw verkrijgt op den duur de eigendom dank zij art. 3.4.3.8 lid 1.'

63 Notulen van de bespreking van de titel *Bezit* in de 89^{ste} vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. De vergadering werd gehouden op 5 november 1949 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig waren de voorzitter Mr. Meijers, de leden Mrs. Beekhuis, van Brakel, Bregstein, Eggens, De Jong, Petit, Scholten, Mevr. Schönfeld, Visser van IJzendoorn, van Vrijberghe de Coningh, de algemeen secretaris Mr. Belinfante en Mrs. v.d. Bergh en Drion, adjunct-secretarissen. Voortzetting der bespreking van de Titel *Bezit*, NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 181.

64 Vergelijk hieronder de aanhalingen uit het werk van Van Oven bij noot 70 e.v.

Zo verschaft de regeling van de bezitsbescherming de sleutel tot het begrip ‘verjaringsbezit’. Het citaat maakt duidelijk dat Meijers aan dat verjaringsbezit een – weliswaar tweederangs – recht verbindt.⁶⁵ Het volledige recht verkrijgt men pas op de dag van de voltooiing van de verjaring, maar reeds daarvoor wenst Meijers de bezitter te voorzien van de uit dat recht voortvloeiende bevoegdheden. Het voorschrift kent de bezitter een relatief zakelijk of goederenrechtelijk rechtsmiddel toe. Het is relatief omdat het wijken moet voor het recht van de absoluut rechthebbende en voor daarvan afgeleide beperkte rechten. Meijers vatte deze hoofdregel in zijn toelichting als volgt samen: ‘De vordering kan echter volgens het tweede lid niet worden ingesteld tegen de werkelijk rechthebbende.’⁶⁶ Het bezit fundeert de vordering: door het enkele feit dat hij bezit is de bezitter meer tot het goed gerechtigd dan buitenstaanders, *quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet*.⁶⁷ ‘Slechts tegen buitenstaanders, die nog minder recht hebben dan de eisende bezitter, kan de vordering van dit artikel worden ingesteld.’⁶⁸ Het voorschrift biedt deze bescherming zelfs aan een bezitter te kwader trouw: ‘Daar ook voor een bezitter te kwader trouw een verjaring lopende is, verleent het artikel ook aan deze bezitter bescherming, (...)’.⁶⁹

Meijers’ uitwerking is onmiskenbaar gebaseerd op wat Drucker ‘relatief eigendom’ noemde en wat na Van Ovens proefschrift bekendstaat als de *zakelijke functie* van bezitsbescherming. Een vergelijking met Van Ovens omschrijving van deze functie sluit elke twijfel hierover uit:

Het is het relatieve eigendom, dat hier [in de hierboven aangehaalde tekst van de jurist Paulus: *quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet*] wordt erkend: door zijn bezit heeft de bezitter enig recht op de zaak gekregen, niet het volle, doch slechts ‘*adversus ceteros*’, d.w.z. tegen allen die niet bezitten, behalve tegen de eigenaar.⁷⁰ (...) omdat de bezitter een deel der rechtsfeiten voor het absolute recht van toebehoren voor zich kan inroepen, heeft hij een zwakker recht dan eigendom of Publiciaans recht. Doch hij heeft een recht n.l. tegenover alle anderen; een recht dat naar zijn aard weder geheel met eigendom op een lijn staat, maar dat relatief minder is in kracht, omdat het verbonden is aan slechts een deel der feiten, welke voor het absolute recht worden geëist.⁷¹ (...) Men ziet dus duidelijk en helder weergegeven de redenering van de zakelijke functie. De bezitter is door de daad van de simpele bezitsverwerving geworden gerechtigde op de zaak; weliswaar niet hoogstgerechtigde, niet tegenover de eigenaar n.l., maar ‘*adversus ceteros*’. De reden daarvan is eenvoudig, dat het billijk is, omdat iemand een zaak onder zijn heerschappij gebracht heeft, al was dat nog zo onrechtmatig, daar

65 Zie de duidelijke formulering van de hoofdregel van het tweede lid van art. 3.5.17 Ontwerp: ‘De vordering [van de bezitter] wordt afgewezen, indien de gedaagde een *beter recht* dan de eiser tot het houden van het goed of het verrichten van de storende handeling heeft (...)’.

66 Toelichting Meijers op art. 3.5.17 Ontwerp, 239. Deze zin is ongewijzigd overgenomen van de concept-toelichting (B.W. 24), 10, NA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 617.

67 Vgl. D.43.17.2: dit fragment van Paulus heeft overigens betrekking op interdictenbezit (*interdictum uti possidetis*) en ziet niet specifiek op het verjaringsbezit.

68 Toelichting Meijers op artikel 3.5.17 Ontwerp, 240.

69 *Ibidem*.

70 Van Ovens, *Bezitsbescherming*, 8-9.

71 *Ibidem*, 14-15.

toch enige moeite voor heeft gedaan, en daardoor meer recht heeft gekregen dan hij die niets deed.⁷² Het [recht] staat ook dáárin gelijk met eigendom, dat de bezitter ook de bevoegdheid heeft, de zaak te gebruiken, te verbruiken, te vernietigen, de vruchten te trekken, haar te verkopen, krachtens zijn bezitrecht. Maar hij heeft deze bevoegdheden slechts tegen derden, tegenover hen is het uitoefenen van een recht, tegenover de hoger rechthebbende echter schending van diens recht. Daarom moeten alle gevolgen der genoemde handelingen wijken zodra dat hoger recht in spel komt.⁷³ (...) Wij willen deze functie der bezitsbescherming kortweg noemen: de *zakelijke*. Drucker, zoals gezegd, noemde het bezit in dit systeem een relatief eigendom. Wij volgen zijn voorbeeld niet, hoewel de benaming zeer juist is, daar wij vrezen dat juist dat woord ‘relatief’ aanleiding zal geven tot verwarring. Men zal daarbij allicht aan een relatief recht denken, terwijl het duidelijk is, dat het in deze functie tot de absolute rechten behoort, al bestaat er dan ook een recht dat nog hoger staat.⁷⁴ (...) in de *zakelijke* functie (.) is geen daad, op grond waarvan men onmiddellijke herstelling in de toestand kan eisen. Hier moet de eiser een *zakelijk recht* bewijzen, kan de gedaagde wellicht het bewijs bijbrengen, dat eiser het reeds verloren heeft, bijv. door traditie. Dan zal de eiser er zich weder op beroepen, dat die traditie vitieus was. Kortom, er kunnen zich ingewikkelde rechts-vragen voordoen, over erfrecht, dwaling enz., evenals in een gewoon proces.⁷⁵ (...) Wat in de *politionele* functie onmiddellijke afdoening van het proces mogelijk en noodzakelijk maakt, de apert onrechtmatige daad van gedaagde, zij ontbreekt hier wellicht geheel. De gedaagde kan op rechtmatige wijze in het bezit der zaak zijn gekomen; hem die zonder degelijk proces te ontnemen, zou wellicht een grievende onrechtvaardigheid zijn.⁷⁶

In het ontwerpvoorschrift voor de bescherming van bezit zijn door de regering en parlement geen fundamentele wijzigingen aangebracht.⁷⁷

Wanneer we nu de balans opmaken, dan zien we dat het Nederlands Burgerlijk Wetboek in zijn omschrijving bezit aanmerkt als feitelijke toestand. Maar de vaststelling van de inhoud van het begrip ‘bezit’ in een wetboek dient niet alleen te geschieden aan de hand van de definitie, maar ook aan de hand van de wijze waarop dat bezit beschermd wordt. En hetzelfde bezit geldt in de regeling voor bescherming van bezit als een relatief zakelijk, of zo men wil ‘goederenrechtelijk’, recht. Met name de wens om de harde gevolgen van de invoering van het causale systeem van eigendomsoverdracht te verzachten voor bezitters die in de ‘nieuwe leer’ de bescherming van art. 2014 BW ontberen heeft Meijers in de weg gestaan bij het uitwerken van een eenduidig bezitsbegrip.

72 *Ibidem*, 25-26.

73 *Ibidem*, 15.

74 *Ibidem*.

75 *Ibidem*, 196.

76 *Ibidem*, 197.

77 Zie Runia, *Bescherming van bezit*, 431 e.v.

Summary

Is possession to be regarded as a right, as a factual relationship, or as both? Admittedly, in the current Dutch Civil Code, possession can be considered as both a right and a factual relationship. It is proposed that the content of the concept of ‘possession’ can be established in two ways: by checking its definition and by identifying the object of protection. Ideally, the outcomes should coincide. Arguably, the drafter of the title on possession, prof. E.M. Meijers, regarded possession primarily as a factual relationship (Van Oven’s ‘police function’ of possession) and defined it as such. Meijers initially believed that no separate action needed to be drafted for the protection of possession. He changed his mind when he introduced in his draft the causal system of title transfer. Presumably, a causal system offered a lower level of protection of possession than the abstract system of title transfer (‘possession is as good as the title’, *possession vaut titre*). The additional protection he included later changed the nature of his original concept of possession, in such a way that the object of the protection is a right (Van Oven’s ‘property function’). The content of the concept of ‘possession’ thus depends on whether one checks the definition (fact) or the object of protection (right).

Keywords

Dutch Civil Code, Ownership, Possession, Detention, Causal System

OVER DE AUTEURS

Ronnie Bloemberg is sinds 2014 als promovendus verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen alwaar hij een proefschrift voorbereidt aangaande de hervorming van het criminele bewijsrecht in Nederland van 1760 tot 1860. E-mail: r.g.bloemberg@rug.nl.

Emanuel van Dongen (1982) is als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de Universiteit Utrecht. E-mail: E.G.D.vanDongen@uu.nl.

Wouter Druwé (1991) is vanaf 1 september 2013 als promovendus verbonden aan de Leuvense onderzoekseenheid Romeins Recht en Rechtgeschiedenis en bereidt er, onder het promotorschap van prof. Laurent Waelkens en het copromotorschap van prof. Wim Decock, een doctoraat voor over het recht van de kredietverlening in vroegmoderne Nederlandse consultaties en rechtspraakverzamelingen. E-mail: wouter.druwe@kuleuven.be.

Michael Milo is als universitair hoofddocent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, en fellow van de South-African Research Chair in Property Law te Stellenbosch. E-mail: J.M.Milo@uu.nl.

Marc Ronvaux (1958) werkt momenteel, na een carrière in het bankwezen, als consulaire rechter bij de Luikse handelsrechtbank. Tevens publiceerde hij reeds achttien boeken, voornamelijk betreffende de geschiedenis van Namen, en bereidt hij een proefschrift voor over de Grote Raad van Mechelen en het Naamse recht in de achttiende eeuw. E-mail: marc.ronvaux@gmail.com.

Harry Runia promoveerde in 2016 aan de Rijksuniversiteit Groningen op het proefschrift getiteld *Bescherming van bezit. Een rechtshistorische en leerstellige studie naar de wortels en de totstandkomingsgeschiedenis van de huidige regeling in art. 3:125 BW*. Tegenwoordig is hij als universitair docent verbonden aan de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Groningse universiteit. E-mail: h.h.runia@rug.nl.

Johan Van de Voorde is momenteel aangesteld als post-doctoraal onderzoeker aan de Universiteit Antwerpen alwaar hij op 7 september 2017 promoveerde op het proefschrift getiteld *De verkrijgende verjaring. De nalatenschap van Rome heroverwogen*. E-mail: Johan.VandeVoorde2@uantwerpen.be.

Katrin Vanheule (1983) verliet in 2014 het bankwezen om als promovendus aan de slag te gaan met de repressie van contraspionage voor de Duitsers tijdens en na de Eerste Wereldoorlog, onder het promotorschap van Stefan Dusil en het copromotorschap van Jos Monballyu. E-mail: katrin.vanheule@kuleuven.be.

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 promemorie.verloren.nl.

INHOUD Pro Memorie 19 (2017), aflevering 2

Redactioneel		137
Wouter Druwé	De aflosbaarheid van renten in Nederlandse <i>consilia</i> en <i>decisiones</i> (ca. 1500-1670)	139
Michael Milo en Emanuel van Dongen	Echte mannen, woorden en daden. Eer en schuld voor het Hof van Utrecht in de achttiende eeuw	160
Marc Ronvaux	De gerechtelijke activiteit van de Grote Raad van Mechelen in de achttiende eeuw. Het voorbeeld van de beroepsprocedures uit Namen	176
Ronnie Bloemberg	De ontwikkeling van het strafrechtelijke bewijsrecht in Nederland tussen 1750 en 1870	199
Johan Van de Voorde	‘Zijn de Belgen Napoleons trouwste onderdanen?’ Een onderzoek naar de mogelijke opheffing van de Code Napoléon in België en zijn vervanging door het Burgerlijk Wetboek van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden	233
Katrin Vanheule	<i>La Libre Belgique</i> vraagt gerechtigheid. De repressie van contraspionage voor de Duitse bezetter na de Eerste Wereldoorlog door de Belgische militaire rechtbanken (1918-1919)	267
Harry Runia	In het Burgerlijk Wetboek is bezit feit én recht. Enkele grepen uit de geschiedenis van bescherming van bezit	287
Over de auteurs		305