

PROCESGIDS

KLARING VAN OVERIJSEL



P. BROOD EN F.A.J. VAN DER VEN

Klaring van Overijssel

Procesgidsen

1. Staatse Raad van Brabant
2. Hof van Friesland
3. De Etstoel van Drenthe
4. Hoofdmannenkamer, sinds 1749
Hoge Justitiekamer van Stad en Lande van Groningen
5. Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland
6. Staatse Raad van Vlaanderen te Middelburg
7. Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland
8. Klaring van Overijssel

Deze uitgave verschijnt tevens in de reeks Werken van de Vereeniging ter beoefening van Overijsselsch Regt en Geschiedenis 50.

De totstandkoming van deze serie 'Procesgidsen' wordt begeleid door een commissie, ingesteld door het bestuur van de Stichting tot Uitgaaf der Bronnen van het Oud-vaderlandse Recht (Stichting OVR).

Van deze Begeleidingscommissie maken deel uit dr. P. Brood, mr. T.J.M. Kolfschoten en prof.mr. C.H. van Rhee.

PROCESGIDS

KLARING VAN OVERIJSSEL

De hoofdlijnen van het procederen in civiele zaken

P. BROOD EN F.A.J. VAN DER VEN



Hilversum
Verloren
2010

Deze uitgave kwam tot stand dankzij financiële bijdragen van het Gratamafonds,
Historisch Centrum Overijssel en de Ridderschap van Overijssel.

Afbeelding op het omslag:

Landdagpenning uit 1597 met de heraldische weergave van de provincie
en de drie grote steden in het midden en de zeventien kleine Overijsselse steden
daaromheen (stedelijk Museum Zwolle).

ISBN 978-90-8704-156-4

©2010 Stichting OVR en

Uitgeverij Verloren, Torenlaan 25, 1211 JA Hilversum, www.verloren.nl

Typografie Rombus, Hilversum
Drukwerk Wilco, Amersfoort
Brochage Van Strien, Dordrecht

No part of this publication may be reproduced in any form without written permission from the publisher.

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	7
1 Rechterlijke organisatie van Overijssel ten tijde van de Republiek	9
1.1 Inleiding	9
1.2 Het platteland	13
1.3 De steden	14
2 De Klaring	15
2.1 Korte geschiedenis van de Klaring	15
2.1.1 Vóór 1528	15
2.1.2 Na 1528	17
2.2 Samenstelling, inrichting en competentie van de Klaring	18
2.2.1 Bevoegdheden	19
2.2.2 Tijd en plaats van rechtszitting	20
2.3 Gang van zaken in de Klaring	21
2.4 Executie	22
2.5 Schema van de ontwikkeling van de Klaring	22
3 Rechtsbronnen	23
3.1 Inleiding	23
3.2 Gewoonterecht	23
3.3 Landrecht	25
3.4 Stadsrecht	27
3.5 Categoriiaal recht	27
3.6 Romeins recht	27
3.7 Canoniek recht – kerkelijke rechtbanken – procesrecht	29
4 Rechtsgeleerde adviezen	31
4.1 Ontstaan	31
4.2 Wie moesten advies vragen en in welke zaken werd advies gevraagd?	32
4.3 Wie mochten advies geven?	32
4.4 De procedure	35
4.5 Indeling van het advies: een voorbeeld	36
4.6 Einde van de adviespraktijk	37
4.7 Belang van de adviezen	37

4.8	Archief	38
Bijlage 1	Voorbeeld van een privaatrechtelijk advies: een 'peerd sonder quaad'	39
Bijlage 2	Voorbeeld van een strafrechtelijk advies: 'moord' op een zwangere dienstmaagd	43
5	De procesgang in civiele zaken	46
5.1	Proces in eerste instantie	46
5.2	Hoger beroep	49
6	Schema civiele procedure	51
6.1	Eerste instantie	51
6.2	Hoger beroep	52
7	Vrijwillige rechtspraak	53
8	Een appèlzaak voor de Klaring. Het klooster Dikninge: erfpacht of koop?	55
8.1	Inleiding	55
8.2	In- en uitleiding	56
8.3	Standpunten van partijen	57
8.3.1	Justificatie van inleiding: de eis	57
8.3.2	Antwoord exceptioneel	57
8.3.3	Antwoord	57
8.3.4	Replik	59
8.3.5	Dupliek: verjaring	59
8.3.6	Tripliek	61
8.3.7	Quadrupliek	62
8.4	Vonnis	62
8.5	Hoger beroep bij de Klaring	64
9	Toezicht op de rechtspraak. 25 jaar procederen over trouwbeloften	67
10	Archief, bronnen en literatuur	71
11	Glossarium	75
12	Verantwoording illustraties	79

VOORWOORD

In Overijssel doet zich de bijzondere omstandigheid voor dat recent een rechtshistorisch overzichtswerk het licht zag. In januari 2007 verscheen namelijk het *Compendium van het Overijssels recht vóór 1811*, samengesteld door oud-rijksarchivaris mr. E.D. Eijken. Kort voor de voltooiing van het manuscript is de auteur als gevolg van een verkeersongeluk overleden. Het werk werd daarop voltooid en bij de geïnteresseerden bezorgd door dr. P. Brood en drs. J. Mooijweer. Voor de samenstelling van deze procesgids kon dan ook niet alleen dankbaar gebruik worden gemaakt van het compendium, de lezer wordt ook voor meer rechtshistorische achtergronden verwezen naar het werk van Eijken.

Deze gids begint met een kort overzicht van de rechterlijke organisatie in Overijssel. Daarna wordt ingegaan op de Klaring, de hoogste rechtbank die de bisschop van Utrecht vanaf 1385 hield met de riddermatigen uit de landschappen van Salland, Twente en Land van Vollenhove en met afgevaardigden van de drie grote steden, Deventer, Kampen en Zwolle. Na 1530 werd de Klaring gehouden door de stadhouder, samen met leden van de drie Overijsselse ridderschappen en met afgevaardigden van de drie genoemde steden. Vanaf 1607 werden zaken in hoogste beroep geklaard door de Ridderschap en gedeputeerden van Deventer, Kampen en Zwolle.

Vervolgens wordt stil gestaan bij de rechtsbronnen, waaruit de rechter kon putten om tot een vonnis te komen, en bij de rechtsgeleerde adviezen. Het was in Overijssel de gewoonte dat de rechter voor het uitspreken van zijn vonnis juridisch advies vroeg aan een rechtsgeleerde referent. Meestal was deze referent een advocaat. Het Landrecht van 1630 bepaalde dat de lagere rechter op het platteland, de landrechter of drost, onbevoegd was om in zijn vonnis zijn eigen oordeel tot uitdrukking te brengen. Het uitgebrachte advies van de referent was derhalve bindend. Ditzelfde gold voor het advies aan de rechtbank in de kleine steden, met uitzondering van Hasselt, Steenwijk en Vollenhove. Voor deze rechtbanken bestond, net als voor de rechtbanken in de grote steden en de rechtbanken in hoger beroep, geen verplichting om de processen 'te beleren'. Toch werd ook door deze rechters vaak advies ingewonnen. Het advies kreeg formeel pas het gezag van vonnis, nadat de rechter het had voorgelezen, maar in feite kwam het er bij het bindend advies dus op neer dat de uitslag van het geschil werd bepaald door een advocaat.

Twee sprekende voorbeelden, een privaatrechtelijk en een strafrechtelijk advies, illustreren deze bijzondere Overijsselse praktijk.

Na deze beschrijving volgt een globale schets van de procesgang in civiele zaken. Behalve de contentieuze rechtspraak, dat wil zeggen rechtspraak waaraan aan een

geschil ten grondslag lag, komt in het kort de vrijwillige rechtspraak aan de orde.

Als voorbeeld van een klaringzaak wordt een procedure uit 1650 weergegeven. In dit proces werd getwist over de eigendom van landerijen te Wanneperveen, die ooit in eigendom toebehoorden aan het klooster Dikninge bij De Wijk.

Het Overijsselse bestuur klaarde niet alleen rechtszaken, het oefende ook toezicht uit op lagere rechtspraak. Aangezien de neerslag van dit toezicht terug te vinden is in het archief van Ridderschap en Steden van Overijssel, wordt hieraan eveneens aandacht besteed.

Wij hopen dat op deze wijze de theorie van het Overijsselse civiele recht, toegepast op een aantal voorbeelden uit de praktijk, inzicht zal geven aan de onderzoeker om zijn weg te vinden in de rechtelijke dossiers van de Klaring van Overijssel.

1 RECHTERLIJKE ORGANISATIE VAN OVERIJSSSEL TEN TIJDE VAN DE REPUBLIEK¹

1.1 Inleiding

Vóór 1528 werd het huidige Overijssel gevormd door de drie landschappen Salland, Twente en Land van Vollenhove. Ieder van deze landschappen had een eigen Statencollege, dat omstreeks 1500 meestal bestond uit gedeputeerden van de steden en leden van de gewestelijke Ridderschap. Bestuurder van de gewesten was de bisschop van Utrecht in overleg met deze gewestelijke Staten. In de tweede helft van de vijftiende eeuw gingen de drie gewestelijke staten in toenemende mate tot samenwerking over. Nog vóór 1500 hielden zij al gezamenlijke bijeenkomsten, waaraan afgevaardigden van de steden en van de drie Ridderschappen deelnamen. In en buiten die vergaderingen speelden de drie grote steden Deventer, Kampen en Zwolle een belangrijke rol, in het bijzonder waar het de financiën van bisschop en Oversticht betrof.

In 1528 werd de plaats van de bisschop van Utrecht formeel overgenomen door keizer Karel V, in de praktijk voornamelijk door diens stadhouder van Overijssel en door een te Mechelen of Brussel zetelende landvoogdes of landvoogd. De stadhouder werd daarbij ter zijde gestaan door een college van Kanselier en Raden, dat hem tevens bij zijn afwezigheid verving. De drie Overijsselse kwartier-Staten traden sedert 1528 regelmatig als één college op onder de naam van Ridderschap en Steden, representerende de Staten van Overijssel. Ook de drie gewestelijke ridderschappen traden in vergaderingen van de Staten vaak als eenheid op onder de naam van Ridderschap van Overijssel. Binnen het college van Ridderschap en Steden werd de plaats van de vijftien kleine steden vooral na 1540 steeds meer en op den duur vrijwel volledig ingenomen door de drie grote steden.

Als raad van advies en plaatsvervanger bij afwezigheid kreeg de Overijsselse stadhouder in 1553 een Hof van Kanselier en Raden. Het zal de bedoeling geweest zijn dat dit hof – net als elders – zou uitgroeien tot een opperste gerechtshof, maar dankzij het taai verzet van de Overijsselse Staten is dat er niet van gekomen. In 1580

¹ Dit hoofdstuk is ontleend aan E.D. Eijken, *Compendium van het Overijssels recht vóór 1811*, Kampen 2007. Zie ook: G.J. ter Kuile jr, *Rechtspraak en bestuur in Overijssel ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden*, in: *Verslagen en Mededelingen van de Vereniging tot beoefening van Overijsselsch recht en geschiedenis* LXVII (1952), 141 v. en LXVIII (1953), 69 v.; S.J. Fockema Andreae, *Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap*, deel IV, afl. II, *het burgerlijk recht in de buitengewesten van Nederland*, Amsterdam 1955; S.J. Fockema Andreae, *Recht en Rechtsbedeeling in Overijssel gedurende het overgangstijdperk 1550-1630*, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 17 (1941).



vertrokken kanselier en twee raden zelfs naar Oldenzaal (dat in Spaanse handen was), maar de werkzaamheden bleven zeer beperkt. Toen Oldenzaal in 1626 door Staatse troepen werd heroverd, betekende dat het definitieve einde van dit Hof.

In 1578 viel het oppergezag van de landsheer en zijn vertegenwoordiger de stadhouder weg, waarna de soevereiniteit bij de Staten zelf kwam te liggen, aanvankelijk overigens alleen in West-Overijssel. Want in Twente wist zich tot 1626 een koningsgezind bestuur te handhaven met een eigen concurrerend bestuursapparaat.

Al bezaten de Staten toen dus het oppergezag in de provincie, ook na 1578 bleef er in het Overijsselse bestel nog een stadhouder fungeren, formeel echter niet meer als meerdere, maar als ondergeschikte van de Staten. Vooral in de periodes 1675-1702 en 1748-1795 was de invloed van deze stadhouder in de praktijk veel groter dan zijn formele ondergeschiktheid zou doen vermoeden. Dit hield verband met zijn bevoegdheid ambtenaren en officieren te benoemen en al dan niet in te stemmen met de verkiezing van magistraatsleden.

Een gevolg van de stemverhouding in de Staten en de bijzondere positie van de drie grote steden was dat het oppergezag van Ridderschap en Steden zich voornamelijk beperkte tot het Overijsselse platteland en de kleine steden. Als tweede lid van de Overijsselse Staten hadden de drie steden ook buiten hun eigen territoir grote invloed, omdat de stemmen van hun afgevaardigden even zwaar wogen als de gezamenlijke stemmen van het eerste lid van de Staten, de Ridderschap.

In principe golden alle stemmen van de Ridderschap als één stem en de stemmen van de drie steden evenzo. In gevallen dat deze twee leden van de Staten het onderling over een bepaalde kwestie niet eens konden worden, kon het daarom tot grote onenigheid komen over de vraag welke andere stemverhouding in de Staten een meerderheid opleverde.

Omdat Ridderschap en Steden maar enkele malen per jaar gedurende enige weken bijeenkwamen, nam sinds 1593 een college van gedelegeerden van Ridderschap en Steden in de tussenliggende perioden de zaken waar. Daarnaast kon dit college van Ordinaris Gedeputeerden minder belangrijke zaken zelf afhandelen en in dringende gevallen de staten bijeen roepen. Deze Gedeputeerden speelden ook een belangrijke rol bij de voorbereiding van de statenvergaderingen, de zogenaamde landdagen. In de achttiende eeuw traden er naast Ordinaris Gedeputeerden vaste Statencommissies op voor de financiën, kerkelijke zaken en militaire aangelegenheden.

Een aanzienlijk ambt was dat van dingwaarder, die voorzitter was van de Hoge Bank en van de Klaring en die dat ambt combineerde met dat van stadhouder of luitenant-stadhouder van de Lenen.

Naast de drosten (waarover hierna) was de griffier van de provincie de belangrijkste functionaris. Hij was belast met het in eerste instantie formuleren en laten registreren van de besluiten van Ridderschap en Steden en van Ordinaris Gedeputeerden, en daarnaast met het op naam van de Staten uitvaardigen van stukken. In het algemeen werd hij geacht op de hoogte te zijn van alle zaken, die voor het bestuur van de provincie van belang waren, en op basis van die kennis waar nodig de Staten te adviseren.

Ridderschap en Steden hielden twee- tot viermaal per jaar een Landdag van omstreeks veertien dagen. Vóór 1654 werden die bijeenkomsten op verschillende plaatsen gehouden, nadien afwisselend te Deventer, Kampen of Zwolle.

De revolutie van 1795 bracht meer verandering in de bekleding van ambten dan in bestuursstructuren. Wel werd het stadhouderschap afgeschaft en moesten in de Staten de leden van de Ridderschap plaats maken voor vertegenwoordigers van de kleine steden en het platteland die optraden namens merendeels nieuw ingestelde municipaliteiten.

Grote veranderingen bracht echter de staatsgreep van 22 januari 1798. Een nieuw bewind en een eerste nationale grondwet maakten een einde aan de soevereiniteit en zelfstandigheid van deze en alle andere provinciën. Den Haag was nu het regeringscentrum, Overijssel zelf veranderde in een departement met tijdelijk geheel andere grenzen.

1.2 Het platteland

Al vanaf omstreeks 1200 waren schouten actief. Dat waren voor kortere tijd aangestelde en afzetbare plaatsvervangers van de bisschop, die waarschijnlijk de plaats van niet-afzetbare lokale maar aan de bisschop ondergeschikte graven hadden ingenomen. Als drost raakten deze gezagsdragers pas in de tweede helft van de vijftiende eeuw bekend. Deze drosten en andere hoofdofficieren waren buiten de drie grote steden de voornaamste gezagsdragers. In het bijzonder de drie hoofddrosten van Salland, Twente en Vollenhove bezaten tevens als hoofd van de drie gewestelijke Ridderschappen grote politieke invloed.

Hun gezag als bestuurder was vergelijkbaar met dat van de magistraten in de drie grote steden, alleen bezaten zij geen wetgevende bevoegdheid. Zij waren belast met de zorg voor het uitvoeren en door lagere autoriteiten doen uitvoeren van de besluiten van Ridderschap en Steden en met de handhaving van de openbare orde. Tevens speelden zij een belangrijke rol op het terrein van de rechtspraak.

Voor de vervulling van het ambt van drost of hoofdofficier kwamen over het algemeen alleen leden van de Ridderschap in aanmerking. In 1795 verloren de drosten hun invloed op politiek gebied en in mindere mate als bestuurder. Zij werden toen aangeduid als provisioneel verwalter-drost of -hoofdofficier, terwijl zij tussen 1807 en 1811 de titel van baljuw ontvingen. In 1802 moesten zij bovendien grotendeels hun jurisdictie op het gebied van de strafrechtspraak afstaan aan een nieuw Departementaal Hof van Justitie.

Andere belangrijke functies waren die van de landrentmeesters van Salland, Twente en Vollenhove, die belast waren met het beheer van domeingoederen, de ontvangers-generaal van diezelfde gewesten, die de zorg voor inning van belastingen hadden, naast enige met waterstaatszorg belaste dijkgraven.

Op het platteland van Overijssel vormden de schouten en richters een derde bestuurslaag. Onder de naam van schout in het westen van de provincie en als richter in Twente stonden deze bestuurders-landrechters onder de bevelen en het toezicht

van drosten en andere hoofdofficiëren. Op bestuursgebied lijken deze ambtenaren vooral een uitvoerende taak gehad te hebben, voornamelijk handhaving van de openbare orde en rechtspraak. Maar veel werk op bestuursgebied werd hun uit handen genomen door de besturen van kerspels, marken en buurschappen. Dat maakt waarschijnlijk dat bij deze lagere bestuursambtenaren meer de nadruk lag op hun functie als rechter, in het bijzonder voor vrijwillige rechtshandelingen. Vele schouten en richters traden daarnaast in tweede betrekking als belastingontvanger of belastingpachter op.

Van de vonnissen van de landrechter (schout, rechter of drost) was in veel gevallen hoger beroep op de Klaring mogelijk. Het landrecht van 1630 sloot hoger beroep in een aantal gevallen echter uit, en wel als het ging om bezitsgeschillen, om criminele zaken, waarbij het om lijfstraf ging en inzake geldvorderingen van minder dan honderd goudgulden, een bedrag dat bij latere regelingen verhoogd werd.

1.3 De steden

De steden werden gewoonlijk bestuurd door colleges van burgemeesters, schepenen en raden. Burgemeesters waren dan de twee schepenen die één of twee maanden achtereen het dagelijkse bestuur van de stad vormden en daarom 'burgermeesters in der tyd' werden genoemd. Schepenen waren de leden van de raad, die ook bij de vrijwillige rechtspraak en de contentieuze rechtspraak in eerste instantie betrokken waren. Deze rechtbank werd de Lage Bank genoemd. Van vonnissen van de Lage Bank konden partijen in de drie grote steden, Deventer, Zwolle en Kampen, hoger beroep instellen bij de magistraat (Hoge Bank) aldaar. Van de Lage banken in sommige kleine steden was hoger beroep mogelijk op de Hoge Bank van Deventer of Zwolle. Van vonnissen die in eerste instantie waren gewezen door de stedelijke Hoge Banken was geen beroep mogelijk.

De overige magistraatsleden in de steden werden raad genoemd en konden ook bijkomende functies hebben, zoals die van kameraar, de beheerder van de stadsfinanciën.

De magistraat was bevoegd binnen zijn stad geldende wetten (keuren) vast te stellen, bepalingen, die in een keurboek werden aangetekend.

In de meeste steden werd het stadsbestuur ieder jaar op Petri ad Cathedram (22 februari) gekozen en wel voor telkens één jaar. Dat gebeurde door de Gezworen Gemeente, een gezelschap dat bestond uit stemhebbende personen uit de burgerij. In de tijdvakken 1675-1702 en 1748-1795 hadden de gekozenen om hun ambt te kunnen aanvaarden echter ook de instemming van de stadhouder of van Ordinaris Ge-deputeerden nodig.

2 DE KLARING¹

2.1 Korte geschiedenis van de Klaring

Tot 1528 was de bisschop van Utrecht de geestelijk en wereldlijk leider van het Oversticht, het huidige Overijssel. Tijdens zijn bewind als landsheer kende het Oversticht maar liefst vier hoge gerechten naast elkaar. Zij werden ‘hoog’ genoemd, omdat zij voorgezeten werden door de bisschop zelf. Het ging om twee rechtbanken van eerste aanleg: een Bisschoppelijk Gerecht en een Bisschoppelijke Leenbank voor het Oversticht, daarnaast twee rechtbanken voor hoger beroep: de Kamerklaring en de Grote Klaring.

Toen in 1528 Karel V de landsheerlijkheid verwierf, werd het Bisschoppelijk Gerecht vervangen door een Hoge Bank; de Bisschoppelijke Leenbank door een Leenhof. De Kamerklaring en Grote Klaring gingen verder samen als Klaring.

2.1.1 Vóór 1528

In het Bisschoppelijk Gerecht sprak de bisschop recht – volgens de oudste bronnen van omstreeks 1380 – met zijn ‘ridders en knapen’, de riddermatigen van het Oversticht dus. Naast hem traden waarschijnlijk al in 1380 twee door hem aangewezen riddermatige keurnoten op. De rechtbank oordeelde in kwesties waarbij Overstichtse riddermatigen als gedaagde betrokken waren of die betrekking hadden op de bisschoppelijke goederen. Soms ging het daarbij ook om door riddermatigen gepleegde misdrijven en overtredingen. De zittingen van het Bisschoppelijk Gerecht werden tot 1520 onregelmatig gehouden, het meest in het bisschoppelijke slot te Vollenhove.

De Utrechtse kerkvorst zat als leenheer een afzonderlijke Leenbank voor zijn Overstichtse leenmannen voor. Voor deze leenbank konden vrijwillige rechtshandelingen worden verricht, maar ook geschillen in eerste instantie aanhangig worden gemaakt waarbij Overstichtse leenmannen of hun goederen betrokken waren.

De Kamerklaring was een rechtbank van hoger beroep met uiteindelijk zeer ruime bevoegdheid. In feite waren er twee verschillende appèlgerechten: de Kamerklaring, die dikwijls ‘gewoentlike claringe’ werd genoemd, en daarnaast een eveneens door de bisschop voorgezeten hoog appèlgerecht dat omstreeks 1530 bekend stond als ‘grote claeringhe van schaede ende scholt’. In vroeger tijd, omstreeks 1400, had

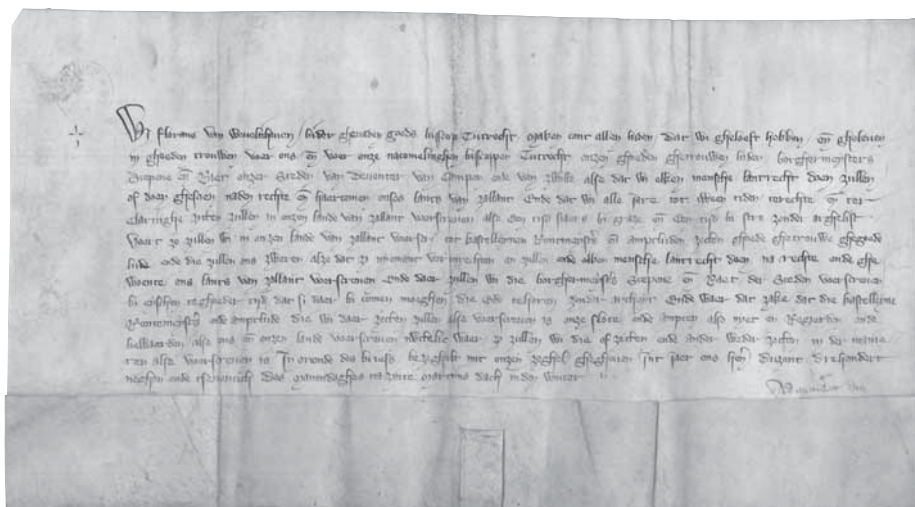
¹ Eijken, *Compendium*, 179 v; zie ook: G.J. ter Kuile, ‘De Klaring in Overijssel’, in: *Verslagen en Mededelingen van de Vereniging tot beoefening van Overijsselsch regt en geschiedenis*, 82 (1967), 95-111.

deze ‘grote claringhe’ bekend gestaan als ‘claringe’, ‘meenre claringe’ of ‘gemeenre (gemeenschappelijke) claringe’. De benaming Grote Klaring, die waarschijnlijk slaat op het in verhouding tot de Kamerklaring grotere aantal deelnemers, komt in de bronnen pas omstreeks 1460 voor.

Al in 1365 ‘klaarde’ de bisschop van Utrecht vonnissen die door Twentse rechtbanken waren gewezen. In zijn Landbrief voor Twente van dat jaar lijkt het om een Klaring voor alleen Twente te gaan, waaraan leden van de Twentse Ridderschap en gedeputeerden van de Twentse steden deelnamen en waarin recht gedaan werd naar Twents recht. Naast die Twentse Klaring moet er tenminste ook een Klaring in Salland bestaan hebben. Want in 1379 nam de bisschop op zich in Salland tweemaal per jaar een Klaring te houden en daar naar Sallands recht dan recht te spreken. In 1385 was er sprake van een Klaring voor Salland, Twente en Land van Vollenhove, een combinatie dus van drie oudere gewestelijke Klaringen. Hieraan herinnert ongetwijfeld de hiervoor genoemde aanduiding ‘meenre’ of ‘gemeenre claringe’.

In de Klaring werd waarschijnlijk naast elkaar Sallands, Twents en waarschijnlijk ook Vollenhoofs recht toegepast, aangezien er toen nog geen gemeenschappelijk landrecht voor de drie landschappen bestond. Tot een dergelijke eenheid van recht voor het platteland van Overijssel is het waarschijnlijk pas in 1478 gekomen.

De bisschop van Utrecht hield vóór 1477 zijn zittingen van de Kamerklaring met zijn Overstichtse ‘ridderen ende knapen’ en (vermoedelijk) leden van zijn bisschoppelijke raad, maar zonder de gedeputeerden van de drie grote steden Deventer, Zwolle en Kampen. In 1477 veranderde dat. Toen kwam het tot een Kamerklaring met enigszins ruimere bevoegdheid, die op den duur als ‘gewoentlike claringe’ werd aangeduid, naast een afzonderlijke Kamerklaring voor bisschoppelijke goederen, goederen die wij bisschoppelijke domeinen zouden noemen. Daarnaast werden er tenmin-



Afb. 2 Akte, waarbij de bisschop van Utrecht de steden Deventer, Kampen en Zwolle belooft op gezette tijden klaring te zullen houden en het landrecht van Salland te handhaven, 1379.

ste in 1510 ook kamerklaringen over schatbaarheid van de bisschoppelijke goederen gehouden. Zowel de gewone Kamerklaringen als die over de schatbaarheid van tafelgoederen werden ook door gedeputeerden van de drie grote steden bijgewoond, de Kamerklaringen over tafelgoederen alleen door riddermatigen.

Een besluit van Stadhouders, Ridderschap en Steden van 21 november 1530 dat ‘gewoentlike’ Kamerklaringkwesties ook in de Grote Klaring behandeld mochten worden, leidde ertoe dat deze beide klaringen samensmolten tot één Klaring.

2.1.2 Na 1528

De Hoge Bank voor Overijsselse riddermatigen bestond sinds 1533 uit leden van de Ridderschap van Overijssel en gedeputeerden van de drie grote steden. Als zodanig bleef hij bestaan tot de rechtbank na de Bataafse Omwenteling in 1796 werd afgeschaft. Het gerecht werd voorgezeten door de stadhouder. Tot 1566 trad deze op namens de Habsburgse keizer en koning, vanaf 1607 was het de door de Staten van Overijssel benoemde stadhouder. In stadhouderloze tijdperken trad de Dingwaarder als voorzitter op. Stadhouder of Dingwaarder hielden zitting met twee als keurnoten uitgekozen leden van de Ridderschap. Als secretaris trad aanvankelijk de griffier van de provincie op, sedert 1607 de griffier van de Staten.

De Hoge Bank was evenals zijn voorganger in de eerste plaats een rechtbank voor in eerste instantie tegen riddermatigen gevoerde civiele en criminele acties. Daarnaast konden daar vóór 1600 ook vorderingen tegen ambtenaren en overheidsinstellingen worden ingesteld. Ná 1600 was de bevoegdheid beperkt tot bepaalde civiele acties tegen riddermatigen.

Tot 1544 bezat de Hoge Bank geen vaste standplaats, maar in dat jaar werd besloten dat de zittingen in het vervolg samen met die van de Klaring en voorafgaand aan zittingen van de Landdag zouden worden gehouden. Omdat de Klaringzittingen traditioneel te Deventer plaats vonden, gold dat in het vervolg – tot 1795 toe – ook voor de Hoge Bank.

Na 1530 en het samensmelten van Grote Klaring en ‘gewone’ Kamerklaring was er van vonnissen van de Hoge Bank alleen hoger beroep op de Klaring mogelijk.

In 1528 werd de Bisschoppelijke Leenbank voor het Oversticht vervangen door het Leenhof voor Overijssel, de latere Provinciale Leenkamer. Hieronder ressorteerden alle voormalige Overstichtse leengoederen en leenmannen. Het Leenhof was competent in zowel voluntaire zaken als twistgedingen. Maar in de praktijk kwam het weldra tot een duidelijk onderscheid tussen de functies van het Leenhof – later de Provinciale Leenkamer – als administratieve instelling en tevens instantie voor vrijwillige rechtshandelingen enerzijds en een Hoge Leenbank voor twistgedingen anderzijds.

Het Leenhof werd tussen 1528 en 1593 voorgezeten door een Stadhouders van de Lenen, die zich sedert 1570 vaak door een Luitenant-Stadhouders liet vervangen. Naast deze functionaris trad sedert 1528 ook een Griffier van de Lenen op, die dat ambt tot 1707 combineerde met dat van Griffier van de Staten. Van 1714 tot 1795 werd de functie van Leengriffier waargenomen door de Griffier van de Ridderschap, waarna deze weer overging op de Griffier van de Staten.

Aan wat sedert 1580 de Staatse zijde was bestond tussen 1593 en 1660 geen zelfstandige leenkamer; haar taken werden destijds waargenomen door het College van Ordinaris Gedeputeerden. Ook de post van Stadhouder van de Lenen bleef toen onvervuld. In 1660 werd de Provinciale Leenkamer weer als zelfstandige instelling ingesteld en zij bleef als zodanig tot het einde van de achttiende eeuw functioneren. Officieel werd de Leenkamer in 1799 afgeschaft, maar in feite bleef ze nog tot 1805 toe actief.

Voorzitter was de Stadhouder van de Lenen, die in perioden van stadhouderlijk bestuur (1675-1702 en 1748-1795) als Luitenant-Stadhouder van de Lenen optrad naast de Stadhouder van Overijssel. De (Luitenant-)Stadhouder combineerde zijn ambt sedert 1660 meestal met dat van Dingwaarder en hield zijn zittingen met twee Overstichtse leenmannen als keurnoten.

Leenhof, Gedeputeerde Staten, Provinciale Leenkamer en Hoge Leenbank kenden geen vaste zetel of vergaderdata.

Vóór 1528 was het mogelijk geweest van vonnissen van de bisschoppelijke leenbank in hoger beroep te gaan bij de Kamerklaring. Ná 1528 en het wegvallen van de Kamerklaring was dat instellen van hoger beroep niet meer toegestaan.

Naast de in 1580 Staats geworden leenkamer functioneerde tussen 1580 en 1597 te Oldenzaal een leenkamer aan Spaanse zijde. Iets dergelijks deed zich tijdens de Keuls-Munsterse bezetting van 1672-1674 voor, toen er in Overijssel 'Gecommitteerden tot de leenen' namens de bezettende autoriteiten werkzaam waren. Alleen bleef de gewone leenkamer gedurende die jaren buiten bedrijf.

Op de Landdag van 1530 besloten Stadhouder, Ridderschap en Steden de 'grootte claeringhe van schaede ende scholt' weer in te stellen en eenmaal per jaar te Deventer te houden. Kwesties die op het terrein van de 'gewoentlike claringe', de Kamerklaring, lagen, zouden in het vervolg ook bij de 'grootte claeringhe van schaede ende scholt' aanhangig gemaakt kunnen worden. Het gevolg was dat Grote Klaring en Kamerklaring weldra samengroeiden tot één rechtbank van hoger beroep die als 'Klaring' werd aangeduid. Sedert 1535 was er alleen sprake van een Klaring zonder meer die voorgezeten werd door een Dingwaarder zonder keurnoten als bijzitters.

Politieke spanning, onrust, opstand en oorlogsgeweld leidden ertoe, dat dit gerecht tijdens de eerste en meest onzekere periode van de Opstand tegen Spanje, tussen 1566 en 1607, nog eens stil kwam te liggen. Tot 1795 kon de Klaring echter zonder noemenswaardige verwickelingen blijven functioneren.

2.2 Samenstelling, inrichting en competentie van de Klaring

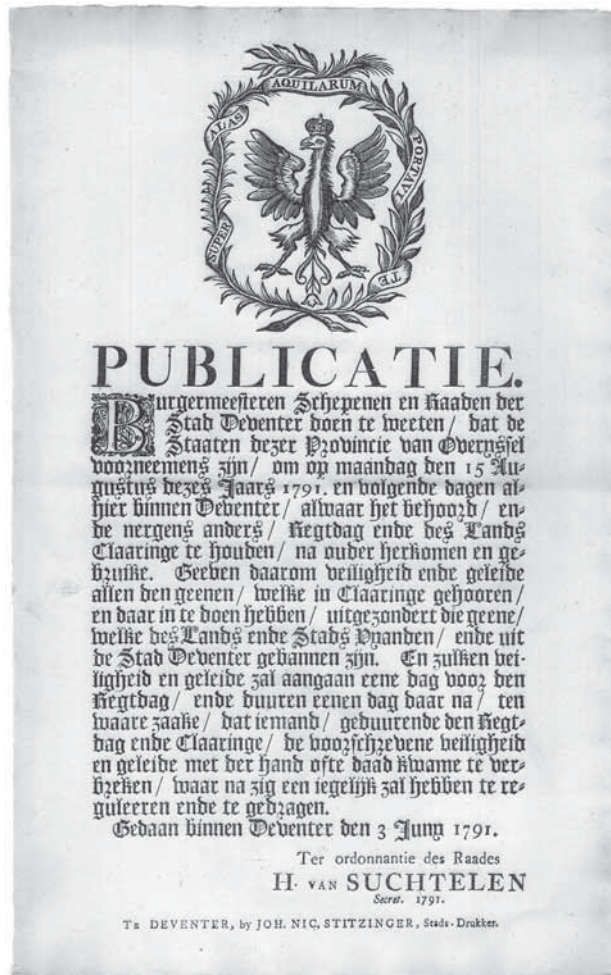
De bisschop van Utrecht hield vanaf 1385 de Grote Klaring samen met de riddermatigen uit de landschappen Salland, Twente en Land van Vollenhove, alsmede – anders dan de vroegere Kamerklaring – met afgevaardigden van de drie grote steden. De na 1530 opgetreden combinatie van Grote Klaring en Kamerklaring werd door de stadhouder van 's keizers- en 's koningswege gehouden samen met leden van de drie Overijsselse ridderschappen en met afgevaardigden van de drie grote steden.

De na een slaap van 41 jaar in 1607 herleefde Klaring werd gehouden door de

Ridderschap van Overijssel samen met gedeputeerden van de drie grote steden, onder voorzitterschap van de dingwaarder die in perioden van stadhouderlijk bestuur optrad als plaatsvervanger van de stadhouder. In principe presideerden bisschop, stadhouder en dingwaarder zonder bijzitters, maar aangezien na 1607 de zaken van Hoge Bank en Klaring dikwijls gecombineerd en zonder onderscheid behandeld werden, trad de dingwaarder bij de behandeling van appèlkwesties vaak met bijzitters op.

2.2.1 Bevoegdheden

De bevoegdheden van de Grote Klaring en Klaring beperkten zich in het algemeen tot de rechtspraak van buiten de steden werkzame instellingen, die van de Grote Klaring van vóór 1528 in het bijzonder tot het hoger beroep van vonnissen over kwesties van 'schade en schuld'. De competentie van de Klaring van na 1530 was veel ruimer en strekte zich uit over het beroep van vonnissen die in privaatrechtelijke



Afb. 3 Publicatie van het stedelijk bestuur van Deventer met de mededeling, dat binnen de stad 'na ouder herkomen en gebruike' door de Staten van Overijssel klaring zal worden gehouden, 1791.

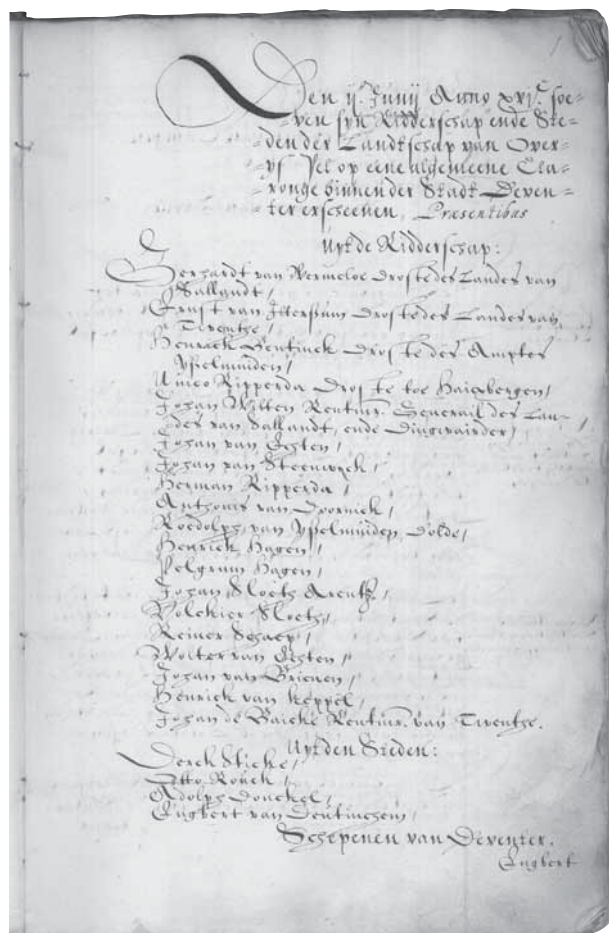
geschillen waren gewezen door de Hoge Bank voor riddermatigen, door schouten en richters, door hoofdofficieren, achterleenheren, de Sallandse ambtman van het stift Essen en 'dijkzevenen' inzake 'bijstere dijken' en daarnaast in enkele gevallen door een hofgerecht.

Bij die privaatrechtelijke geschillen moest het dan wel gaan om geldvorderingen of een daarmee vergelijkbaar belang met een waarde van meer dan 25 goudgulden (tot 1610), 100 goudgulden (tot 1646) of 200 goudgulden.

Hoger beroep was ook zonder limiet mogelijk van rechterlijke uitspraken die betrekking hadden op onbetaalde boeten, huwelijksgeschillen, het bezit van een nalatenschap en uitspraken van dijkzevenen.

2.2.2 Tijd en plaats van rechtszitting

De zittingen van de Grote Klaring en de Klaring vonden in het algemeen niet op vaste dagen plaats. Ze werden na 1544 tenminste éénmaal per jaar gehouden en wel in



Afb. 4 Presentielijst van leden van Ridderschap en Steden, aanwezig bij de vergadering van de Overijsselse Staten als Klaring op 2 juni 1607.

combinatie met die van de Hoge Bank en van de Landdag. In 1385 had de bisschop van Utrecht zich bereid verklaard tweemaal per jaar zittingen van de ‘meenre’ Klaring te houden, maar in de praktijk was dat op zijn best éénmaal per jaar geworden en zelfs dan nog met vele en soms zeer aanzienlijke onderbrekingen.

Als vergaderplaats voor de Sallandse Klaring van vóór 1385 gold vanouds de stad Deventer en datzelfde was nadien meestal met de Grote Klaring en Klaring het geval.

2.3 Gang van zaken in de Klaring

In theorie werden zittingen van de Klaring gehouden na die van de Hoge Bank, maar in de praktijk vonden de zittingen van de Hoge Bank en van de Klaring in de zeventiende en achttiende eeuw gecombineerd plaats. De procesdossiers betreffende de processen die voor de beide rechtbanken aanhangig waren, werden in gecombineerde zittingen door elkaar ‘gelesen’ en besproken.

Waarschijnlijk vonden die zittingen steeds plaats onder voorzitterschap van de dingwaarder die ‘zat’ samen met zijn keurnoten, ook tijdens de behandeling van Klaringzaken dus. Gepleit of anderszins geprocedeerd werd er in deze gecombineerde sessies niet. De beslissingen werden uitsluitend aan de hand van de ingekomen stukken genomen. Dat wilde zeggen dat de besluiten van de Klaring over aanvaarding of afwijzing van de beroepen als vanouds na voorlezing van de door partijen ingediende stukken en bij meerderheid van stemmen werden genomen.

In perioden van stadhoudelijk bestuur werden bij staking van de stemmen de stukken eveneens als vanouds aan de stadhouder toegestuurd. Deze bracht dan een beslissende stem uit.

Het kwam overigens regelmatig voor, dat er twee of meer personen werden aangewezen om tussen de procespartijen te bemiddelen, hetzij staande vergadering hetzij daar buiten, ook als het daarbij om in appèl beroepen vonnissen ging.

Alleen bij hoge uitzondering en in buitenlands-politiek gevoelige zaken won de Klaring advies van rechtsgeleerden in.

De protocollen van de Klaringzittingen verschaffen bij tijden een duidelijk beeld van hoe dat toeging. Zo meldt een aantekening uit 1646: ‘Is huijden ende die volgende dagen gebesogneert in ’t visiteeren, lesen ende examineeren van Processen in Claronge bij Appel beroepen’ en drie dagen later: ‘Is dese ende volgende dagen alnoch gecontinueert in ’t lesen van Processen in Claronge ongedecideert hangende’.

Bij deze gelegenheid werden gedurende een sessie van elf dagen elf appèllen afgehandeld en tegelijkertijd verspreid over acht dagen zittingen in Hoge Bankzaken gehouden en in veel gevallen tussen aantekeningen betreffende Klaringzittingen geregistreerd. Dit betekent dus dat de processen-verbaal van de zittingen van de Hoge Bank en van de Klaring door elkaar werden geregistreerd. Anders gezegd: er werd geen afzonderlijk judiciaal van de Hoge Bank bijgehouden.²

² Historisch Centrum Overijssel (HCO), Archief van de Hoge Bank en Klaring 1530-1798 (toegangsnummer 29), nr. 5 (oud nr. 5428, ongefolieerd), aantekeningen van 22 september tot en met 1 oktober 1646.

2.4 Executie

Het uitvoeren van een Klaringvonnis behoorde tot de taken van de lage rechter bij wie beroep was aangetekend. Op verzoek van de ‘Triumphant’ moesten ‘Drosten, Schouten of Richters na verloop van veertien dagen na de pronuntiatio de sententien doen ter executie stellen, so wel die voor de lage als voor de hoge Banken ende in de Klaringe zijn gewesen’. Het was hun verboden medewerking aan executie te weigeren ‘by verlies van haer amt ende de penningen, die sy daer op hebben staen’.³

2.5 Schema van de ontwikkeling van de Klaring

tot 1528	Bisschoppelijk gerecht, onder voorzitterschap van de Bisschop van Utrecht	Bisschoppelijke leenbank, onder voorzitterschap van de Bisschop van Utrecht	Kamerklaring, onder voorzitterschap van de Bisschop van Utrecht	Grote Klaring, onder voorzitterschap van de Bisschop van Utrecht
van 1528 tot 1607	Hoge Bank, onder leiding van de Stadhouder	Leenhof, onder leiding van de Stadhouder van de lenen	Klaring, onder leiding van de Stadhouder	
vanaf 1607	Hoge Bank, onder leiding van Stadhouder of Dingwaarder	Provinciale Leenkamer, sinds 1660	Klaring, door Ridderschap en Steden, onder voorzitterschap van de Dingwaarder	

³ Landregt van Over-Isel, I.21.2. Met de penningen werd bedoeld een theoretische vordering op de provincie, die een nieuwbenoemde rechter van zijn voorganger placht over te nemen door aan hem het bedrag van die vordering te betalen. Dergelijke vorderingen stamden uit bisschoppelijke tijden, van lang vóór 1528.

3 RECHTSBRONNEN¹

3.1 Inleiding

Tegenwoordig zijn de verschillende rechtsgebieden in wetboeken vervat. Zo kennen we het burgerlijk wetboek en het wetboek van strafrecht. Ook het daarbij behorende procesrecht is in wetboeken neergelegd.

De eerste codificaties hier te lande zijn in 1809 ingevoerd door Koning Lodewijk Napoleon.² De codificatie had tot gevolg dat er voor het eerst rechtseenheid ontstond en dat er een streep werd gehaald door het recht dat tot dan toe in de gewesten gegolden had. Dit recht verschilde van gewest tot gewest. Ieder gewest was zelfstandig en had in beginsel zijn eigen lokale, inheems recht. Zo gold in Friesland het Friese recht, in Overijssel het Overijsselse recht, enzovoort. Dit inheemse recht kon geschreven dan wel ongeschreven recht zijn. Het geschreven inheemse recht was door de overheid opgesteld recht, zoals het landrecht en het stadsrecht. Een aparte categorie vormde het bijzondere of categorale recht. Het ongeschreven inheemse recht was gewoonterecht. Kon de rechter geen oplossing vinden in het geschreven en ongeschreven inheemse recht, dan mocht hij te rade gaan bij het Romeinse recht, dat subsidiaire werking had.

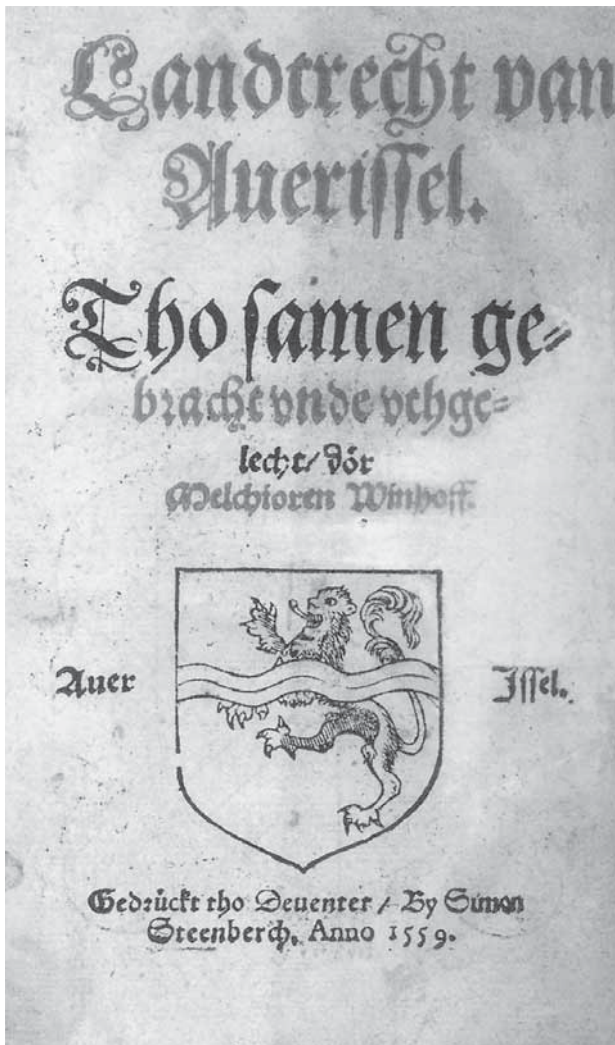
3.2 Gewoonterecht

Het gewoonterecht was een primaire rechtsbron.³ Dit gewoonterecht, ook wel costumier recht genoemd, was onder andere te vinden in de vonnissen die in kracht van gewijsde waren gegaan. De rechter stelde vast of een regel van gewoonterecht gold. Wilde een gewoonte uitgroeien tot gewoonterecht, dan moest aan twee voorwaarden zijn voldaan. Een bepaalde rechtsgedraging moest langdurig zijn gevolgd (*diuturnus usus*) en men moest van mening zijn dat die gedraging ook zo hoorde (*opinio iuris*). Bij het beantwoorden van de vraag of een bepaalde gewoonte ook een regel

¹ E.D. Eijken, *Compendium*, 111 v.; F.A.J. van der Ven, 'Rooms-"Overijsselsch Regt". Rechtsgeleerde adviezen of de invloed van het Romeinse recht op de rechtspraktijk in Overijssel in de 17^e, 18^e en 19^e eeuw', in: *Overijsselse Historische Bijdragen* (2005), 61-103, 63 v.

² J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis* (Den Haag 2006); C.H. van Rhee, 'Pogingen tot codificatie van het burgerlijk procesrecht in de Lage Landen bij de zee (1798 ca.-1819). Naar een "oudvaderlandse" procedure in de traditie van het *ius commune*?', in: *Pro Memoria. Bijdragen tot de Rechtsgeschiedenis der Nederlanden*, 2/2003, 264-286, 266.

³ Lokin/Zwolve, *Hoofdstukken*, 101 v.



Afb. 5 Titelblad van het Landrecht van Auerissel, uitgegeven door Melchior Winhoff en gedrukt in Deventer, 1559.

van gewoonterecht inhield, maakte de rechter soms gebruik van een zogeheten turbe. Een turbe werd gevormd door een aantal leken die op de hoogte waren van de plaatselijke gebruiken.

Gewoonterecht werd ook wel op schrift gesteld. Zo verordonde Karel V in 1531 in zijn homologatiebevel de gewesten het gewoonterecht op schrift te stellen en op te sturen naar Brussel. In de noordelijke Nederlanden, op Friesland na, werd geen gehoor aan dit bevel gegeven, maar het zette wel een beweging in gang. Met name in het Noorden en het Oosten werd het gewoonterecht, het landrecht, op schrift gesteld. Soms gold binnen het gewest geen rechtseenheid en moesten in één gewest verschillende optekeningen worden gemaakt.

Het op schrift gestelde gewoonterecht vormde echter geen codificatie. Een dergelijke verzameling mist exclusiviteit.

De juridische betekenis van een op overheidsgezag op schrift gesteld gewoonterecht lag op het terrein van het bewijsrecht. De rechtbanken beschouwden de vraag of een regel van gewoonterecht bestond als een feitelijke vraag. De procespartij die zich op een regel van gewoonterecht beriep, moest bewijzen dat de regel bestond. Deze bewijsplicht nu bestond niet voor de op overheidsgezag op schrift gestelde costumen, die dan ook wel ‘notoire costumen’ werden genoemd. Men achtte het overbodig algemeen bekende feiten, ‘notoire’ feiten, te bewijzen. De justitiabele kon volstaan met een verwijzing naar de op schrift gestelde verzameling van regels van gewoonterecht.

3.3 Landrecht

Landrecht betekende het gewone algemene recht, het ‘recht van het land’, dat overal gold waar het niet verdrongen was door een later ingevoerde vorm van bijzonder recht, zoals het recht van de steden. Want de steden vormden met hun eigen stadsrecht immuniteiten, territoriale rechtskringen met eigen recht; anders gezegd: juridische enclaves binnen het territoire waar het landrecht gold.

Omdat de steden eigen recht hadden, was het landrecht vooral op het platteland geldend recht. ‘Land’ moet gelezen worden als ‘gewest’ of ‘landschap’, want ieder van de drie gewesten die vanaf 1528 de provincie Overijssel uitmaakten, kende omstreeks 1300 waarschijnlijk⁴ eigen landrecht, dat in onderdelen van dat van de twee andere afweek. Sedert 1478 gingen deze gewesten overigens wat hun landrecht betraf samen.⁵

De Landbrieven uit de jaren 1365 tot 1518 bevatten talrijke bepalingen betreffende de procesrecht, met in 1365 en vooral 1478 veel aandacht voor het strafproces, zoals wat men nu voorlopige hechtenis zou noemen. Deze nadruk op procesrechtelijke bepalingen kenmerkt ook de Reformaties van 1541 en 1546. Opmerkelijk zijn de bepalingen in de laatstgenoemde Reformatie betreffende de schriftelijke procedure, die in de Overijsselse rechtspraak in de volgende eeuwen de mondelinge wijze van procederen grotendeels zou verdringen.⁶ De Reformatie van 1600 had zelfs alleen betrekking op de gang van zaken bij burgerlijke processen. Daaraan was in 1596 al een besluit van de Staten voorafgegaan betreffende de ‘belering’ van processen door onpartijdige rechtsgeleerden, dat in 1600 nadrukkelijk bevestigd werd.⁷

In 1630 had de afkondiging van een omvangrijk geheel van oude en nieuwe bepalingen van Overijssels landrecht plaats. Dit grote werk was krachtens een besluit van Ridderschap en Steden van 1 november 1594 ondernomen, maar had vervolgens 36 jaar van voorbereiding gevegd.

⁴ Voor wat het Land van Vollenhove aangaat is dat niet zeker. Het is mogelijk dat dit gewest nooit eigen recht heeft gekend en dat daar in sommige gebieden Drents recht heeft gegolden, in andere Fries recht. Zie Eijken, *Compendium*, 118.

⁵ Eijken, *Compendium*, 118.

⁶ Reformatie van 1546, art. 3.

⁷ Besluit van Ridderschap en Steden van 21 oktober 1596; Reformatie van 1600, hoofdstuk ‘Hoe men voor den Gerichte procedieren sal’.



Afb. 6 Landrecht van Overijssel, gedrukt te Zwolle bij Frans Jorrijaensz., 1630.



Afb. 7 Landrecht van Overijssel, gedrukt te Deventer bij Sebastiaen Wermbouts in 'den Vergulden Bybel', 1630.

Voor het landrecht en het hierna te bespreken stadsrecht hebben de makers geput uit enerzijds het oude gewoonterecht, dat niet alleen een 'Germaanse' maar ook een Romeinse achtergrond kon hebben, anderzijds het Romeinse recht.

Het landrecht is geen exclusieve rechtsbron. Zo verwijst het landrecht op enkele plaatsen uitdrukkelijk naar het gemene Romeinse recht. En daarbij kwam dat de rechter zijn toevlucht mocht nemen tot het gewoonterecht of het Romeinse recht als hij in het landrecht geen oplossing kon vinden. Melchior Winhoff⁸ schrijft in zijn *Landrecht van Averissel* dan ook dat 'hetgene daar in niet begreepen is, moet gezocht en gevonden worden in het gemeene gebruik, en in het gemeene Keyzerlyke recht'.⁹

Na 1630 bleef het *Landrecht van 1630*, zoals het gewoonlijk wordt genoemd, ruim 180 jaar in gebruik, tot 1809 en gedeeltelijk ook tot 1811, zij het met aanvullingen en wijzigingen.

8 Winhoff, advocaat te Ootmarsum, heeft, buiten publiek gezag, zowel het Twentse landrecht (1521-1529) als het Overijsselse landrecht (eerste druk: 1559) op schrift gesteld en bewerkt. Zijn *Landrecht van Averissel* zou grote invloed hebben gehad op het *Landrecht van 1630*. M. Winhoff, *Landrecht van Averissel*, Kampen 1782. Zie voor Twente: *Landrecht der Thwenthe declareert door Mr Melchior Winhoff*, bew. door R.E. Hattink, heruitgave door G.J. ter Kuile, Amsterdam 1986.

9 Winhoff, *Landrecht*, XVI. Vgl. voorrede voor het derde en vierde deel. Vgl. C. Nessink, *Landt-recht van Over-Yssel*, met eenige aanmerkingen en aantekeningen op het selve, Kampen 1747, voor-reeden.

3.4 Stadsrecht

Vanouds kenden alle Overijsselse steden eigen recht, dat in onderdelen van het Landrecht afweek of kon afwijken. Omstreeks 1645 moet in de meeste kleine steden onder dwang van de provinciale regering het Landrecht het eigen stedelijke recht grotendeels verdrongen hebben. Hasselt, Steenwijk en Vollenhove slaagden er echter in hun zelfstandigheid in dat opzicht te bewaren. In deze steden, alsmede de grote steden verwierf het landrecht na 1630 wel een functie van aanvullend recht ingeval het eigen stadsrecht zweeg.

Het oudste Overijsselse stadsrecht was dat van Deventer dat dateerde van vóór 1200. Bij het opstellen van andere stadsrechten heeft het in veel gevallen tot voorbeeld gediend. Dat leidde er eerst toe dat de kleine steden over de interpretatie van hun eigen recht aan de magistraat van Deventer advies konden vragen (hofvaart) en later dat vanuit die kleine steden te Deventer in hoger beroep kon worden gegaan. Zwolle, zelf een dochter van Deventer, vervulde ten opzichte van jongere kleine steden in haar omgeving een soortgelijke functie.

Het van 1642 daterende stadsrecht van Deventer bezat in allerlei opzichten overeenkomsten met het Landrecht van 1630, maar behandelde vele onderwerpen uitvoeriger en was verder meer aangepast aan de stedelijke behoeften, vooral die op economisch terrein.

3.5 Categoriiaal recht

Bij het categoriale recht ging het om recht van groepen van personen en hun bezittingen die ten opzichte van elkaar en/of van een heer onderling door een juridische band verbonden waren en daaraan specifieke rechten en verplichtingen ontleenden, zowel in persoonlijk als zakelijk opzicht. Het ging daarbij om verhoudingen in buurschaps-, hof- en horigheids-, kerspels-, leen-, marke-, ridderschaps- en waterschapsverband.

Deze verschillende vormen van bijzonder recht hebben hooguit in beperkte mate de ontwikkeling doorgemaakt die landrecht en stedelijke rechten vooral in de vijftiende en zestiende eeuw hadden ondergaan, zodat zij tot na 1800 toe de middeleeuwse rechtsverhoudingen bleven weerspiegelen. Dat betekent onder meer dat het Romeinse recht daarin geen rol van betekenis is gaan spelen.

3.6 Romeins recht

Het inheemse recht, dat wil zeggen het gewoonterecht en het land- en stadsrecht, stond formeel op de eerste plaats. Zo ook in Overijssel.¹⁰

¹⁰ Zie voor Friesland: J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen, F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, de civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw* (Leeuwarden 1999), 25. Zie voor Drenthe: P. Gerbenzon, B.S. Hempenius-Van Dijk en P. Brood, 'Receptie van Romeins recht in Drenthe?', in: *Pro Memorie, Bijdragen tot de rechts-*

We hebben al gezegd dat de rechter zijn toevlucht mocht nemen tot het Romeinse recht als hij in het lokale, inheemse recht geen oplossing kon vinden voor het aan hem voorgelegde geval. Dit kwam nogal eens voor. Het Romeinse recht, dat als het zogeheten ‘gemene recht’ of *ius commune* in de Middeleeuwen in West-Europa werd gerecipieerd, was voornamelijk het recht dat keizer Justinianus in de zesde eeuw na Chr. gecodificeerd had. Dit wetboek, het *Corpus Iuris Civilis*,¹¹ bestond uit de Instituten, de Codex, de Digesten en de Novellen.¹² De receptie van het Romeinse recht vond niet alleen haar oorzaak in de voortreffelijkheid van dit recht, maar ook in de bloei van de Europese universiteiten in de vijftiende eeuw. Aan het inheemse recht, dat van plaats tot plaats verschilde, werd door de rechtenfaculteiten weinig of geen aandacht besteed. Het ‘eigen’ recht leerde men in de praktijk.¹³ Het grote voordeel van de juridische opleiding was dat studenten overal in Europa rechten konden gaan studeren en dat de afgestudeerde juristen met hun kennis van overal terecht konden, bij wijze van spreken van Dokkum tot in Rome. De taal vormde geen barrière. Het onderwijs werd in het Latijn gegeven en de handboeken waren in het Latijn geschreven.

De mate waarin het Romeinse recht in de lokale, inheemse praktijk kon doordringen, hing af van de rechtskracht van het inheemse recht.¹⁴ Zowel het Landrecht van Overijssel als de verschillende stadsrechten bevatten voornamelijk regelingen op het gebied van het erfrecht,¹⁵ het huwelijksrecht¹⁶ en het procesrecht; met name op het gebied van het intestaat erfrecht wijkt het inheemse recht af van het Romeinse recht. Het intestaat erfrecht is van Germaanse oorsprong. Het testamentaire erfrecht daarentegen is wel op het Romeinse recht gebaseerd. Daar waar het landrecht op het terrein van het goederen- of verbintenissenrecht recht regelingen geeft,¹⁷ lijken zij afkomstig uit het Romeinse recht. Ook verwijst het landrecht op verschillende plaatsen uitdrukkelijk naar het Romeinse recht.

geschiedenis der Nederlanden, 2003-1, 50-65. Voor Gelderland: H.L.E. Verhagen en I. Haazen, ‘De cessie naar Rooms-Gelders recht’, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen, Magazijn voor leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag*, XVII, 2002. Voor Groningen: F.A.J. van der Ven, ‘Het “recht van overvaart” te Bedum ofwel enige opmerkingen over het Rooms-Groningse recht’, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen, Magazijn voor leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag*, XX, 2005, 71-99.

11 Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken*, 73 e.v.

12 De Instituten waren gebaseerd op het gelijknamige leerboek van de Romeinse jurist Gaius (150 n. Chr.). De Codex was een verzameling keizerlijke constituties van Justinianus’ voorgangers. In de Digesten of Pandekten had de keizer de geschriften van oude Romeinse juristen bijeengebracht en per onderwerp gerangschikt. De Novellen, de naam zegt het al, waren de nieuwe wetten, die van Justinianus zelf en die van zijn opvolgers.

13 S.J. Fockema Andreae, *De jurist in de Overijsselsche samenleving*, voornamelijk in de 17^e en 18^e eeuw, voordracht gehouden op de 165^e ledenvergadering van de VORG op 28 oktober 1942. Zie voor een samenvatting: *Verslagen en Mededelingen van de Vereniging tot beoefening van Overijsselsch regt en geschiedenis*, 59^e stuk, tweede reeks 35^e stuk (1943), XXII-XXVI, XXIV. Zie ook: C.J.H. Jansen, ‘De verhouding tussen wetenschap en praktijk in de juridische opleiding van de 18^e en 19^e eeuw’, in: *NJB*, 1991, 564 e.v.

14 Lokin c.s., *Het Rooms-Friese recht*, 231.

15 Over testamenten, intestaat erfrecht, voorrecht van boedelbeschrijving en boedelscheiding.

16 Over de huwelijks staat, de huwelijks voorwaarden en gemeenschap van goederen. Wat personen- en familierecht verder aangaat is er nog de titel over minderjarigheid en voogdij.

17 Over pand, vruchtgebruik, koop, huur, verjaring, borgtocht, bewaargeving, maatschap en belediging.

We hebben nog niet over het strafrecht gesproken. Zowel het Landrecht van 1630 als de verschillende stadsrechten bevatten titels over strafrecht. Strafbbaar waren bijvoorbeeld hoererij, diefstal, overspel, bloedschande, meened, doodslag en brandstichting.¹⁸ Hoewel het Romeinse recht op enige uitzonderingen na niet is gecipieerd, zien we in de processtukken dat dikwijls een beroep werd gedaan op de codificatie van keizer Justinianus. De reden hiervan is dat op het gebied van het inheemse strafrecht hetzelfde geldt als voor inheemse privaatrecht: het is summier.

Verwijzingen naar de codificatie van Justinianus vinden we overigens niet alleen op het gebied van het materiële privaatrecht en het strafrecht, maar evenzeer op het terrein van de rechterlijke organisatie. Zo vergeleek Nessink het ambt van drost¹⁹ met dat van de *Praeses Provinciae* uit de Romeinse tijd. Zowel de drost als de *praeses* had de bevoegdheid om recht te spreken.

3.7 Canoniek recht – kerkelijke rechtbanken – procesrecht

Naast het Romeinse recht maakte ook het canonieke recht deel uit van het gemene recht. Men studeerde zoals tegenwoordig af als meester in de (beide) rechten, *utriusque iuris*, dat wil voor die tijd zeggen in het Romeinse en het canonieke recht. Ook in ons land bekwaamde men zich aan de universiteit in de eerste plaats in het Romeins-canonieke recht. Het *Corpus Iuris Civilis* kende zijn pendant in het *Corpus Iuris Canonici*, het canonieke recht dat gold in de kerk.²⁰

De kerk had eigen jurisdictie, een eigen rechtbank, die met uitsluiting van de wereldlijke rechter bevoegd was te oordelen in zaken van personen- en familierecht. Zoals in huwelijkskwesties. Voorts vonniste deze rechtbank in alle zaken waarbij een geestelijke was betrokken en in die zaken, die eigenlijk tot de competentie van de wereldlijke rechter behoorden, maar waarin partijen de voorkeur gaven aan de jurisdictie van de kerkelijke rechtbank. De voordelen lagen onder andere op het gebied van het procesrecht. Het zij hier opgemerkt dat de canonisten het procesrecht voor het eerst zagen als zelfstandig object van onderzoek. De Romeinen hadden het procesrecht altijd behandeld als onderdeel van het materiële recht.²¹ Voor de Romeinen ging het erom dat de procedure zo strak mogelijk gevoerd werd zonder obstructie door partijen. De canonisten daarentegen waren gericht op het waarborgen van de positie van de gedaagde en de verdachte. Een aantal van de huidige procesrechtelijke beginselen is in de kerkelijke rechtbank ontwikkeld. Zoals de regel dat vooraleer over iemand een vonnis wordt uitgesproken, deze zich moet kunnen ver-

¹⁸ Landregt van Over-Isel, Boek II, titels 19 e.v. Voor bv. Steenwijk: 'Dat koerboeck der stadt Steinwyck 1579', in: Overijsselsche stad- dijk- en markeregten, 1^e deel, 10^e stuk, Stadregten van Steenwijk, Zwolle 1891. Voor bv. Vollenhove: artikel 54 Keurboek C (vgl. Keurboek B 1443 artikel 42), in: Overijsselsche stad- dijk- en markeregten, 1^e deel, 6^e stuk, Zwolle 1885.

¹⁹ Nessink, Landt-recht van Over-Yssel, op Landrecht I, 1, 1. Overijssel had een vijftal drosten, te weten van Salland, Twente, Vollenhove en de heerlijkheid Kuinre, IJsselmuiden en van Haaksbergen en Diepenheim.

²⁰ Lokin/Zwalve, Hoofdstukken, 122 e.v.

²¹ F.J.H. Hovens, Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van hoger beroep in civiele zaken, (Recht en praktijk 138) (Deventer 2005), 193.

dedigen. Of de regel dat één getuige onvoldoende is om tot een bewijs te komen. Eveneens deed de eed als middel van bevestiging van de waarheid zijn intrede.²² De kerk veroordeelde de Germaansrechtelijke bewijsmethodes zoals de tweekamp en de vuur- en waterproef, de zogeheten Godsoordelen.

De rechtsbronnen waaruit de kerkelijke rechter putte voor zijn oordeel waren de bijbel, het natuurrecht, het canonieke recht en het Romeinse recht. De bijbel spreekt voor zich. Het natuurrecht, simpelweg gezegd de billijkheid, paste de kerkelijke rechtbank vooral dan toe, wanneer een regel van Romeins recht niet tot een billijk resultaat leidde; de Romeinsrechtelijke regel werd aan de kant geschoven. Ook vanwege de billijkheid won de kerkelijke rechter aan populariteit.

Het canonieke recht, de regels van kerkelijk recht ofwel *canones*, die het genoemde *Corpus Iuris Canonici* vormen, zijn opgesteld door de paus of het concilie van bisschoppen. Het canonieke recht omvat disciplinaire maatregelen binnen de kerk, regels over de bestuurlijke organisatie van de kerk en gedragsregels waar leken zich aan dienden te houden, zoals de regel dat men geen geld tegen rente mag uitlenen. Behalve het canonieke recht was het Romeinse recht in de kerk een belangrijke rechtsbron getuige de regel: *ecclesia romana vivit lege romana* ofwel de kerk leeft naar Romeins recht.

Hoewel het Romeins-canonieke recht een subsidiaire plaats werd toebedeeld, zien we in de rechtspraktijk dat deze rechtsbron op grote schaal werd toegepast. Dat is niet onbegrijpelijk. Het lokale recht stelde, zoals gezegd, niet veel voor en het Romeinse recht was het recht dat juristen aan de universiteiten onderwezen hadden gekregen. Daar kwam bij dat lokale wetten strikt werden uitgelegd, indachtig de regel *statuta sunt stricte interpretanda*. Er was dus veel ruimte om het Romeinse recht toe te passen. In de procesdossiers en de adviezen uit de zeventiende en achttiende eeuw komen we dan ook dikwijls teksten uit Romeins-canoniekrechtelijke bronnen en rechtsgeleerde commentaren op het Romeins-canonieke recht tegen.²³

²² J. Nanninga Uitterdijk, 'Enige aantekeningen over den eed', in: *Verslagen en Mededelingen van de Vereniging tot beoefening van Overijsselsch regt en geschiedenis*, 19^e stuk 1896, 55-59; G. Overdiep, *Ons eedsgebaar*, Arnhem 1986.

²³ De citeerwijze van Romeinsrechtelijke bronnen is te vinden in: W.J. Zwalm, *Beknopte geschiedenis van het Romeinse recht* (Den Haag 2004), p. 131 v.

4 RECHTSGELEERDE ADVIEZEN¹

4.1 Ontstaan

In de loop van de zestiende eeuw, of waarschijnlijk eerder, ontstond in Overijssel de gewoonte dat de rechter voor het uitspreken van zijn vonnis juridisch advies ging vragen aan een rechtsgeleerde referent. Deze gewoonte ging terug op het gebruik dat reeds in de Middeleeuwen op het platteland bestond, waarbij de rechter één van de omstanders als zogeheten ‘oordeelwijzer’ aanwees. Deze ‘oordeelwijzer’ kreeg de opdracht een voorstel tot een vonnis te doen. Dit voorstel werd meestal gevolgd en tot vonnis verheven, doordat de rechter het voorstel als vonnis uitsprak. De rechter bepaalde derhalve niet zelf de inhoud van zijn vonnis, maar liet dat over aan een burger, een leek op juridisch gebied.

Van den Bergh daarentegen schrijft het ontstaan van de adviespraktijk toe aan de receptie van het Romeinse recht in de vijftiende en zestiende eeuw.² Terwijl het geleerde recht zijn invloed meer verbreidde en steeds meer juristen geschoold waren in het Romeinse recht, ontbrak het in hoge mate aan geleerde rechters. Het rechterschap in de oude zin was een politieke functie, die een onlosmakelijk onderdeel vormde van de uiteindelijk op grondbezit gebaseerde feodale standenconstitutie. Nadat de zonen van de heersende stand, om de boot niet te missen, ook naar de universiteit gingen werden de standsrechters op den duur allemaal geleerde juristen. Maar in de zestiende eeuw was de grote hoeveelheid ongeleerde rechters nog een serieus probleem. Men koos als oplossing daarvoor in delen van Duitsland de *Aktenversendung*, die de Overijsselaars volgens Van den Bergh hebben overgenomen. De rechter stuurde het dossier naar een college van geleerden, veelal van de universiteit, die de uitspraak terugstuurden naar de rechtbank en in feite de uitspraak van de rechter maakten. Van den Bergh is, zoals gezegd, dus van mening dat het ontstaan van de adviespraktijk het gevolg is van de receptie van het Romeinse recht. Men zou echter ook kunnen zeggen dat de adviespraktijk ertoe heeft geleid dat het Romeinse recht steeds in verdergaande mate werd toegepast. Omdat de rechters

¹ Deze paragraaf is ontleend aan: Van der Ven, ‘Rooms-“Overijsselsch Regt”. In de handschriftencollectie van de Vereeniging tot beoefening van Overijsselsch regt en geschiedenis bevinden zich veertig bundels met adviezen. Handschriften collectie VORG, HCO, toegangsnummer 263.

² Brief van 26 juni 2004 van prof. mr G.C.J.J.van den Bergh, in leven hoogleraar Romeins recht te Nijmegen. Zie ook: Van den Bergh, Staphorst en zijn gerichten: verslag van een juridisch-anthropologisch onderzoek (Meppel 1980), 209; Van den Bergh/C.J.H. Jansen, *Geleerd recht, een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht* (Deventer 2007), 90.

veelal geen juridische opleiding hadden genoten, vroegen zij advies aan advocaten die rechten hadden gestudeerd. Deze juristen waren, zoals gezegd, vooral opgeleid in het Romeinse recht. Daarbij stelde het inheemse recht niet bijster veel voor, zodat de rechtsvraag veelal moest worden opgelost aan de hand van het Romeinse recht. Kortom: voor de toepassing van Romeins recht waren geleerde juristen nodig, en waar geleerde juristen optraden werd Romeins recht toegepast. Zo zien we dat adviespraktijk en receptie elkaar beïnvloedden. Dat de Overijsselaars het in Duitsland wijdverbreide systeem van de *Aktenversendung* hebben overgenomen is zeer goed mogelijk. Met dit verschil echter dat in Duitsland voornamelijk advies werd gevraagd aan universitaire ‘Spruchkollegien’ en in Overijssel aan advocaten. Een tweede verschil was dat in Overijssel het vragen van advies krachtens wet verplicht was in tegenstelling tot de *Aktenversendung* die ofwel op initiatief van de rechtbank ofwel op verzoek van partijen plaatsvond.

4.2 Wie moesten advies vragen en in welke zaken werd advies gevraagd?

In een besluit van Ridderschap en Steden van 1596 werd bepaald dat de landrechter verplicht was advies in te winnen. Het Landrecht van 1630 bepaalde dat de lagere rechter op het platteland, de landrechter of drost, onbevoegd was om in zijn vonnis zijn eigen oordeel tot uitdrukking te brengen.³ Het uitgebrachte advies was derhalve bindend. Ditzelfde gold voor het advies aan de rechtbank in de kleine steden, met uitzondering van Hasselt, Steenwijk en Vollenhove. Volgens het stadsrecht van genoemde steden bestond geen verplichting om de processen ‘te beleren’; in de praktijk was het echter wel gebruikelijk. De stadsrechten van de grote steden schreven evenmin voor dat de rechtbank, de zogeheten lage bank, advies moest inwinnen. De rechters, schepenen, in deze rechtbank hadden veelal aan een academie gestudeerd. Toch kwam het ook hier in de praktijk regelmatig voor dat advies werd gevraagd; dit advies werd ‘consult’ genoemd en hoefde niet te worden gevolgd. Wat voor de lage bank gold, gold ook voor de hogere rechters, zoals de Provinciale hoge bank, de Klaring en de Provinciale en Gedeputeerde Staten. Deze rechters mochten advies inwinnen, maar dit advies was niet bindend.⁴

Zowel in civielrechtelijke als in strafzaken werd advies ingewonnen. Ook kwam het voor dat vragen, die wij nu tot het bestuursrecht zouden rekenen, werden ‘beleerd’.

4.3 Wie mochten advies geven?

Er werden eisen gesteld aan de referenten. Een advocaat mocht als adviseur of referent optreden eerst drie jaar nadat hij door de Staten tot de advocatuur was toegela-

³ Landregt van Over-Isel, I, 17, 1-3,8; I, titel 22, art. 7.

⁴ Landregt van Over-Isel, I, 20, 8

ten en beëdigd. Hij moest derhalve eerst drie jaar in de praktijk werkzaam zijn geweest. Aan deze advocaten werd de eis gesteld dat zij een door een 'goedgekeurde academie' uitgereikte doctorsbul konden tonen.⁵ Verder moesten zij werkzaam zijn in Overijssel; zaken mochten op straffe van nietigheid van de sententie niet 'buitenlands beleerd' worden, tenzij beide partijen instemden met een advocaat van buiten de provincie. Doch in dat geval werden er één of meer onpartijdige wel 'gecoutumieerde' toegelaten rechtsgeleerden uit Overijssel aan de 'uitheemsen' toegevoegd, om partijen tegen onwetendheid met het landrecht te beschermen. Het kwam ook voor dat de 'buitenlandse' advocaat zijn onkunde zelf erkende. Zo zien we dat een advocaat uit Utrecht in zijn advies stelde dat hij op een bepaalde vraag niet in kon gaan, omdat hij niet genoeg op de hoogte was met de manier van procederen in Overijssel.⁶

In belangrijke zaken werden twee of zelfs meer referenten aangewezen. Zo raakten er in 1780 maar liefst zestien advocaten als referent betrokken bij een zaak, waarin tot vijf keer toe een advies werd gevraagd.⁷ Het kwam dus ook voor dat een en dezelfde zaak meerdere malen werd beleerd. De advocaten in casu waren niet allemaal uit Overijssel⁸ afkomstig, ook juristen uit Utrecht, Arnhem en Amsterdam brachten advies uit. Het ging om de volgende kwestie. De voogd van de dochters van dominee Rambonnet te Kampen had de obligaties van zijn pupillen verpand aan een bank van lening. Een medewerker van deze bank had zonder iets te vragen deze obligaties in pand aangenomen. De vraag die de referenten onder andere moesten beantwoorden was, of de kinderen of hun andere voogd bevoegd waren om de verpande obligaties van de bank terug te vorderen. De referenten waren het erover eens dat de bank de obligaties moest afstaan, voor zover die niet 'aan toonder dezès' of in blanco stonden gesteld.

Procespartijen konden geen bezwaar maken tegen de keus van een bepaalde rechtsgeleerde; referenten konden niet worden gewraakt, tenzij de referent een bloedverwant was van één van de partijen, of zelf belang had bij de zaak of een geschil had met één der partijen.

Volgens Nessink kunnen bij de onpartijdigheid van de referenten vraagtekens worden gesteld. Zo kon de referent, aldus Nessink, in zijn 'vonnis' de feiten vertekenen en een verkeerd beeld schetsen.⁹ Opmerkelijk is natuurlijk dat het advocaten waren die advies gaven en niet hoogleraren, zoals bij de *Aktenversendung* te doen gebruikelijk was. Als advocaten door de rechter werden aangewezen om advies uit te brengen, dan zetten ze de pet van referent op en oordeelden over een geschil, waarin hun vakbroeders de procespartijen vertegenwoordigden. Weliswaar verkreeg het advies formeel pas het gezag van vonnis nadat de rechter het had voorgelezen, maar in feite kwam het er bij het bindend advies op neer dat de uitslag van het geschil werd bepaald door een advocaat. Fockema Andreae zegt dan ook in één van zijn voordrachten voor de Vereniging tot beoefening van Overijsselsch regt en geschie-

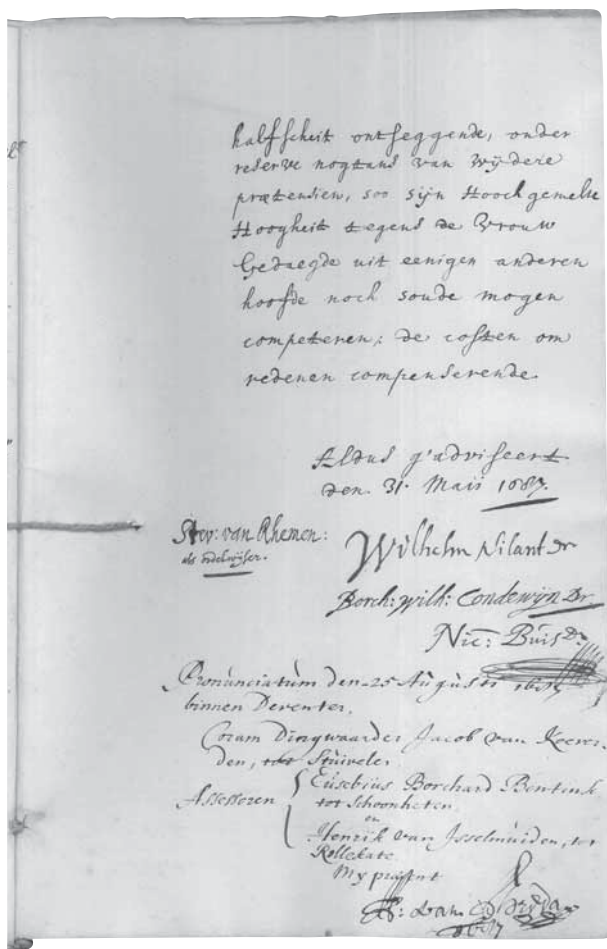
5 Nessink, *Landt-recht van Over-Yssel*, aant. op I, 2, 1 en 2.

6 L.C.H. Strubberg, *Overijsselsch Advysboek*, I-IV, Kampen 1804, III, 44.

7 Strubberg, *Overijsselsch Advysboek*, III, 43-47.

8 Te weten Oldenzaal, Zwolle, Kampen, Vollenhove en Deventer.

9 Nessink, *Landt-recht van Over-Yssel*, p. 30.



Afb. 8 Advies van enkele referenten op het appel in klaring van de Prins van Oranje inzake zijn proces tegen Judith van Laer, weduwe van Joachim de Baecke tot Velner, 31 mei 1687. Het proces ging over de liquidatie van de administratie van 's prinsen domeinen in het graafschap Lingen. Het advies is door de Staten van Overijssel gepronunciëerd – uitgesproken – als vonnis op 25 augustus 1687 en vervolgens gelegaliseerd door Rutger van Breda, als griffier van de Staten. Op de getoonde laatste pagina zijn deze momenten te lezen.

denis dat de rechtspraak in Overijssel geheel in handen was van de referenten, dat wil zeggen de advocaten. Onder deze advocaten was volgens hem een opvallende clanvorming, voortgekomen uit de noodzaak van kantoordocumentatie (adviezen etc.) en relaties. De adviezen waren niet gedrukt. Het werk van Strubberg, die een groot aantal adviezen in druk uitgaf, verscheen pas aan het einde van de achttiende eeuw.¹⁰ 'Alles werkte samen tot de vorming en instandhouding van enkele grote praktijken, daarnaast was een aanhang van kleinere.'¹¹ Enige correctie vond plaats van de kant van de geleerden en andersgezinden. Deze laatste groep, de Rooms-katholieke advocatenkantoren, vooral in Twente, maar ook in Zwolle, stond vrijer tegenover de drosten en andere machtshebbers omdat ze toch niet voor gunsten in aanmerking kwamen.¹² In huwelijkszaken was het overigens verboden Paapsgezinde advocaten als referent aan te nemen. Enige 'Paapse doctoren' hadden name-

10 Zie Overijsselsch Advysboek.

11 Fockema Andreae, *De jurist*, XXII-XXVI, XXIV.

12 Fockema Andreae, *De jurist*, XXIV.

lijk een aantal adviezen geschreven, die tegen ‘Gods Heilige Woord, als ook tegens de keizerlyke wetten’ ingingen. Zij leidden hun oordeel niet af uit ‘Gods Heilige Woord ende gefundeerde redenen’, maar uit de ‘Paapse scribenten, die veel bloetschandelyke Houwelyken by dispensatie van de Paus’ goedkeurden.¹³

4.4 De procedure

Wanneer een proces voor de rechter aanhangig was gemaakt, werd, nadat het proces was volschreven, dat wil zeggen nadat partijen over en weer hun standpunten naar voren hadden gebracht, het procesdossier verzegeld en ‘ter belering’ overgebracht naar de door de rechter aangewezen referent. Alleen op grond van de aan hem overgelegde stukken mocht de referent advies uitbrengen. Hij mocht er zelf niets aan toevoegen. Na bestudering van de processtukken stelden de referenten het advies op. Als bijvoorbeeld aan twee of meer referenten advies was gevraagd, dan kwamen ze meestal met één advies, voorzien van beider handtekening. Het kwam voor dat twee referenten het niet met elkaar eens waren en dat ze ieder een advies aan de rechter zonden.¹⁴ De rechter moest in dat geval een keuze maken. Doch uit de verzameling adviezen die is overgeleverd blijkt dat in de meeste gevallen waarin twee referenten een advies moesten uitbrengen, zij het met elkaar eens waren en één advies uitbrachten.

Blijkbaar hielden de referenten de stukken veelal te lang onder zich en vertraagden zij hiermee de rechtspraak, want Ridderschap en Steden stelden in 1706 een termijn. In zaken van weinig belang moest het advies binnen drie of uiterlijk vier maanden zijn ingezonden. ‘Grote aangelegenheden’ moesten in zes maanden zijn afgehandeld, waarbij verlenging van nog eens zes maanden bij Gedeputeerde Staten kon worden aangevraagd.¹⁵ Als de referent niet binnen genoemde termijnen bleef, dan moest hij een boete betalen aan de armen in de plaats waar hij woonde.

Zoals gezegd stelden de referenten hun advies en oordeel op in de vorm van een vonnis. Doordat de rechter het advies woord voor woord ter terechtzitting voorlas, werd het zonder meer tot vonnis. Soms werd na het inwinnen van een advies een tussenvonnis gewezen, waarin bijvoorbeeld aan één van de procespartijen een bewijsopdracht werd gegeven.

De kosten van het advies werden bij partijen in rekening gebracht. Het geld moest voorafgaand aan het proces bij de rechtbank worden gedeponneerd. Gingen partijen in hoger beroep, dan was het appel eigenlijk gericht tegen de conclusie van de referent. Ook in beroepszaken werd advies gevraagd. Was de referent het met de appellant eens, dan zei hij het volgende: ‘(...) weshalve ik van oordeel zou zijn dat het vonnis behoort te worden gereformeerd.’¹⁶

¹³ Ordonnantie van 22 april 1650. Deze is afgedrukt achter het *Landregt van Over-Isel*.

¹⁴ Bijvoorbeeld Handschriftencollectie VORG, HCO, 263, inv. nr 853, 22 juli 1811.

¹⁵ Ordonnantie van 16 maart 1706. Deze is afgedrukt achter het *Landregt van Over-Isel*.

¹⁶ Bijvoorbeeld Handschriftencollectie VORG, HCO, 263, inv. nr 853, 24 juni 1817.

4.5 Indeling van het advies: een voorbeeld

Een voorbeeld van de indeling van een advies is overgenomen uit het vonnis van het ‘Hoogergericht’ van de heerlijkheid Almelo en Vriesenveen. In deze zaak uit 1724 over het bezit van een viswater in de buurschap Rectum bij Rijssen, gaf de bekende advocaat uit Zwolle Balthazar Muntz advies.¹⁷ Het vonnis begint met een standaardformulering:

In possessoire saken voor mij Adolph Henrik: des H: Roomschen Rijks Grave van Regteren, Vrijheer van Almelo en Vriesenveen, en Land Droste van Salland, etc. etc. Alnog strijdig ende ongedecideerd hangende tusschen Lambert Kusters, neffens de andere mede Erfgenamen (...), Requiranten ande ene, En Eerdewijn van der Horst, (...) ande andere sijde; (...).¹⁸

Na deze aanhef zette de referent de standpunten van partijen uiteen. Niet alleen eis en antwoord, repliek, dupliek en soms tri- en quadrupliek, maar ook bewijsstukken zoals getuigenverklaringen werden geparafraseerd. Kortom, alles wat tijdens het proces naar voren is gebracht vinden we in het advies terug. Na deze uiteenzetting begon de referent met de beantwoording van de rechtsvraag om uiteindelijk een oplossing te geven voor het geschil dat partijen verdeeld hield. Hij ving zijn eigen beoog aan met de volgende woorden:

Ende op alles gelettet, waer op tot administratie van goede en onpartijdige justitie enigsins te letten stonde; (...)

Bij het beantwoorden van de rechtsvraag werden de toepasselijke wetsbepalingen van inheems en Romeins recht aangehaald en geïnterpreteerd. Ook verwezen de referenten naar rechtsgeleerde schrijvers. Soms zijn de adviezen zo uitgebreid dat ze lijken op colleges of op zichzelf staande juridische opstellen. Het kwam voor dat de namen van partijen niet werden genoemd, maar dat Romeinse namen werden gebruikt, bijvoorbeeld Seius, Seia, Titius of Sempronius. De zaak werd dan voorgesteld als ware het een theoretisch geval.

Het advies eindigde met het dictum, dat wil zeggen het eigen oordeel van de referent in de vorm van een conceptvonnis. Ten slotte volgde dan de standaardind-formulering:

Om welke dan en andere regten en redenen meen ik Grave van Rechteren, als Vrijheer van Almelo en Friesenveen met ingenomen advijs van de ondergetekende Advocaat, onpartijdig regt doende verstaan, dat de Requiranten in de vredige possessie (...) behoorden te worden gemainteneerd (...). Aldus geadviseerd binnen Zwolle den 22 augustus 1724 getekend Balthazar Muntz.

Op het vonnis werd uiteraard de datum waarop het was voorgelezen genoteerd en werden de namen van de rechter, procespartijen en advocaten vermeld. Ook werden wel de reacties van partijen op de uitspraak aangetekend op het vonnis.

¹⁷ Deze zaak wordt inhoudelijk besproken in: Van der Ven, ‘Het Rooms-“Overijsselsch recht”’, 76-84.

¹⁸ Handschriftencollectie VORG, HCO, 263, inv. nr 840, 22 augustus 1724.

4.6 Einde van de adviespraktijk

Omstreeks 1820 kwam een einde aan de adviespraktijk. Het laatste advies uit de handschriftencollectie van de Vereeniging tot beoefening van Overijsselsch regt en geschiedenis dateert van 1821. Het is opvallend dat ook nadat het Wetboek van Lodewijk Napoleon (1809) en de Code Napoléon (1811) waren ingevoerd, de referenten zich in hun adviezen nog steeds beriepen op het Romeinse recht, dat formeel was afgeschaft. Genoemde wetboeken waren immers exclusief en men zou verwachten dat slechts artikelen uit deze codificaties werden aangehaald. De praktijk was echter anders. De referenten baseerden hun adviezen niet alleen op artikelen uit de Franse wetboeken, maar ook op tal van Digesten- en Codexteksten. Artikelen uit het eveneens afgeschafte inheemse Overijsselse Landrecht komen we ook nog tegen. Opvallend is verder dat we niet of nauwelijks verwijzingen naar de Franse juridische literatuur vinden. Meestentijds werden nog de werken van de ‘oude’ rechtsgeleerden aangehaald, waaronder het Digestencommentaar van Johannes Voet wel het meest geciteerde werk is.¹⁹ Dat het juridisch advies ofwel bindend was ofwel vrijwillig werd gevolgd, en het gezag van vonnis kreeg nadat de rechter het advies had voorgelezen, had tot gevolg dat het vonnis mede was gebaseerd op rechtsbronnen die formeel waren afgeschaft en aan het vonnis niet uitsluitend de codificatie ten grondslag lag.

4.7 Belang van de adviezen

Omdat vonnissen niet werden gepubliceerd en meestal zelfs niet in het protocol van het betreffende gerecht werden ingeschreven, waren juridische adviezen voor de rechtspraktijk van groot belang. Vooral omdat deze tot vonnis geworden adviezen waren gemotiveerd. We kennen zodoende de overweging van de rechter. Het gevolg was dan ook dat advocaten verzamelingen van deze adviezen gingen aanleggen. Een dergelijke verzameling kwam het dichtst bij de tegenwoordige jurisprudentieverzamelingen. Referenten verwezen in hun advies ook wel naar eerdere adviezen.²⁰ De adviezen hadden derhalve ‘persuasive authority’, zoals men pleegt te zeggen.

Er bestaat voor Overijssel geen oud handboek dat kan worden vergeleken met de *Heedendaegse Rechtsgeleerdheyd* van Huber (1636-1694), waarin deze het Friese, of liever gezegd het Rooms-Friese recht bespreekt. Van belang voor het Overijsselse recht is het commentaar op de Digesten van de Zwolse advocaat Paul Buis (Busius, 1570-1617).²¹ Hij verwijst in zijn boek soms naar gevallen uit de Overijsselse praktijk.

Evenmin bestaan er commentaren op het Landrecht. Nessink en Racer hebben hiertoe een poging gedaan, maar eerstgenoemde is niet verder gekomen dan boek I,

¹⁹ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, I-II, Den Haag 1757.

²⁰ Bijvoorbeeld handschriftencollectie VORG, HCO, 263, inv. nr 833 p. 104, 25 april 1699, F 53 nr 2.

²¹ Advocaat en conrector van de Latijnse school te Zwolle, later burgemeester van Zwolle. Hij werkte een tijd in Duitsland en was tot zijn dood hoogleraar te Franeker. P. Busius, *Commentarius in Pandectas cum differentiis consuetudinum communium et Germaniae, Gallicae, Belgicae, singularium item Iuris Canonici*, I-III, Deventer 1656.

titel 11 en Racer bespreekt slechts de eerste zes titels.²² Nessink waarschuwde in zijn commentaar op het Landrecht overigens dat het niet altijd veilig was om tot interpretatie van de statutaire wetten zijn toevlucht 'aanstonds te nemen tot het Roomse recht, (...)'.²³ In zijn commentaar zegt hij dat vele adviezen met het Romeinse recht overeenkwamen, maar verschilden van 'onse rechten en gewoonten'. Om die reden zegt hij weinig acht te hebben geslagen op de 'gewysdens, al dog op syn best genomen maar synde het gevoelen van een of twe Rechts-gepromoveerden'.²⁴ Anders gezegd, de vonnissen zijn volgens hem slechts meningen van referenten, waar geen rekening mee hoefde te worden gehouden. Toch zijn deze vonnissen bij gebrek aan handboeken van grote betekenis. De rechtsgeleerde adviezen zijn een *Fundgrube* van het Overijsselse privaatrecht van vóór 1809.

Niet alleen voor het materiële recht, maar ook voor het procesrecht zijn ze van belang. De adviezen geven het verloop van het proces weer, zij laten zien welke bewijsmiddelen werden gebruikt enz. enz.

4.8 Archief

Een aantal handgeschreven verzamelingen is aanwezig in de handschriftencollectie van de Vereniging tot beoefening van Overijsselsch regt en geschiedenis. Deze collectie, een veertigtal bundels, wordt bewaard in het Historisch Centrum Overijssel.²⁵ Omdat er in de praktijk mee werd gewerkt, zijn de verzamelingen redelijk toegankelijk. Op de meeste adviezen staan puntsgewijs in het kort de hoofdzaken aangegeven; een soort inhoudsopgave. Sommige bundels bevatten zelfs een register. Naast deze handschriften is er de genoemde verzameling adviezen die Strubberg in vier banden in druk heeft uitgegeven.²⁶ Hij geeft alleen de adviezen weer, zonder commentaar. Er bestaan voor zover wij weten geen uitgebreide inhoudelijke commentaren op de adviezen.

²² Nessink, *Landt-recht van Over-Yssel*; J.W. Racer, *On-uitgegeven aanmerkingen omtrent de zes eerste titels van het Overijsselsch landrecht*, Deventer 1866.

²³ Nessink, *Landt-recht van Over-Yssel*, voorrede, 12.

²⁴ Nessink, *Landt-recht van Over-Yssel*, voorrede, 12.

²⁵ HCO, toegangsnummer 263.

²⁶ *Overijsselsch Advysboek*.

Bijlage 1 Voorbeeld van een privaatrechtelijk advies: een ‘paard sonder quaad’¹

Inleiding

In 1708 kocht Albert Olthoff van Herman Hansen een paard op de St Jacobsmarkt te Deventer. Toen Olthoff de verkoper vroeg of het een ‘paard sonder quaad’ was, antwoordde deze bevestigend. Nadat het paard was geleverd en de koopsom betaald, bleek dat het paard kreupeel was. Olthoff eiste dat de verkoper het paard terugnam tegen restitutie van de koopsom. De Deventer advocaat Wolter ten Brink moest uitspraak doen.² De zaak speelde zich af buiten het land- en stadsrecht om. Bij gebrek aan bepalingen in het Overijsselse landrecht en het Deventer stadsrecht over verborgen gebreken en toezeggingen en beloftes nam Ten Brink zijn toevlucht tot het Romeinse recht.³ Het is een zaak, waarin de verborgen gebrekenregeling van de *aedilis curulis*, de Romeinse marktmeester, de boventoon voert.

Verborgen gebreken; toezeggingen en beloftes⁴

Eén van de verplichtingen van de verkoper was volgens Romeins recht de koper te vrijwaren tegen verborgen gebreken. De verkoper moest instaan voor feitelijke gebreken die bij het sluiten van de koopovereenkomst niet aan het licht waren gekomen, ook niet bij een normaal onderzoek. De koper kon tegen de verkoper ageren als het ging om een zodanig gebrek, dat als de koper het had onderkend, hij de koopovereenkomst niet zou hebben gesloten. Niet alleen in het geval de verkoper de koper had bedrogen kon de koper actie ondernemen, maar ook indien de verkoper het gebrek niet kende. De Romeinse jurist Ulpianus (2^e eeuw n.C.) zegt dat het er voor de koper niet toe doet waarom hij bedrogen is uitgekomen, door onwetendheid of slimmigheid van de verkoper.

Voorop stond dat het verborgen gebrek aanwezig moest zijn geweest op het moment dat de koopovereenkomst werd gesloten. Dit in tegenstelling tot de wanprestatie die per definitie na het sluiten van de overeenkomst optreedt.

De koper kon uiteraard ook ageren als de verkochte zaak de toegezegde hoedanigheden miste. De verkoper moest met andere woorden instaan voor *dicta et promissa*. Zowel bij een verborgen gebrek, als het niet nakomen van een toezegging of garantie kon de koper actie ondernemen met de zogeheten aedilicische acties.

Bij de koop van slaven en trekdieren op de markt golden in het Romeinse recht speciale regels, die te vinden waren in het edict van de magistraat die toezicht moest houden op de vee- en slavenmarkt, de *aedilis curulis*. Deze marktmeester had rechtsmacht in rechtsgedingen over de koop en verkoop van slaven en vee. In de Digesten, een onderdeel van de wetgeving van keizer Justinianus (533 n.C.), is een gehele titel gewijd aan het edict van de aediel, waarin de meest uiteenlopende kwalen van slaven en vee voorkomen. Van slaven met neuspoliepen, uitpuilende ogen of koorts tot slaven met één teelbal of meer dan tien vingers. Beroemd is de tekst over de bedplassende slaaf:

¹ Handschriftencollectie VORG, HCO, toegang 263, inv. nr 817, nr 26, 25 juli 1709.

² Het betreft hier arbitrage, *Landregt van Over-Isel*, I 1, 18.

³ Wel vinden we in de titel ‘Van koop ende Verkoop’ de vrijwaring tegen uitwinning. *Landregt van Over-Isel*, II 8, 12-14.

⁴ R. Zimmermann, *The law of obligations* (München/Kaapstad 1990), 305 e.v.; J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen 2008, V § 50; M. Kaser-F.B.J. Wubbe, *Romeinsch Privaatrecht*, Zwolle 1971, 208; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948, 263 v.

Evenzo rijzen vragen omtrent een bedplasser. Pedius zegt dat een slaaf nog niet ongezond is vanwege het feit dat hij in zijn slaap, in dronkenschap of omdat hij te lui is om op te staan, bedwatern; Maar als hij door een gebrek aan zijn blaas het verzamelde vocht niet kan ophouden, kan hij teruggegeven worden, niet omdat hij in zijn bed plast, maar omdat hij een gebrek aan zijn blaas heeft.⁵

De bepalingen over ziekten en gebreken bij slaven moesten analoog worden toegepast bij gebrekkige en zieke dieren. Er waren volgens Ulpianus echter verschijnselen die bij slaven wel als ziekte bestempeld werden, maar niet zozeer bij lastdieren. Zo was een gecastreerd paard niet ziekelijk, maar was een slaaf ziek, die zo was gecastreerd dat het onmisbare lichaamsdeel volledig ontbrak.

‘Leed’ de verkochte slaaf of het beest aan een verborgen gebrek, dan kon de koper kiezen uit twee acties. Met de *actio redhibitoria* vorderde de koper de reeds betaalde koopsom terug, tegen aanbod van teruggave van de zaak; had hij nog niet betaald, dan vroeg hij te worden bevrijd uit zijn verbintenis. Hij kon ook de zaak behouden en vermindering van de koopsom vragen met de *actio quanti minoris*. Deze acties konden, zoals hierboven is gebleken, worden ingesteld indien de verkoper bepaalde gebreken, die hij bekend had moeten maken niet had vermeld, onverschillig of hij ze wel of niet kende. De acties konden eveneens worden ingesteld indien de verkoper ten onrechte had beweerd of toegezegd dat de slaaf of het beest bepaalde gebreken niet had. Hansen, onze verkoper, had zo’n toezegging gedaan. Schadevergoeding kon met genoemde acties niet worden gevorderd. Olthoff ageerde met de *actio redhibitoria*: hij eiste teruggave van de koopsom tegen teruggave van het paard.

Vonnis van 25 juli 1709

Ten Brink stelde voorop dat destijds bij de koop en verkoop van paarden speciale gewoontes golden. Het was toegestaan om elkaar om de tuin te leiden. Ten Brink wijst op de rechtsgeleerde Simon van Leeuwen (1625-1682), die het volgende zegt:

Wij hebben gesproken over een verborgen gebrek ten tijde van de verkoop; op grond van een duidelijk en zichtbaar gebrek, ofschoon uit dien hoofde de koper niet was gewaarschuwd, is de verkoper op geen enkele wijze aansprakelijk; omdat de koper het aan zichzelf te wijten heeft, dat hij een uitwendig gebrek niet heeft gezien, omdat een demonstratie of waarschuwing bij zichtbare zaken niet nodig is. Daarom is dit bij ons de gewoonte speciaal bij de handel in paarden, waar de meeste gebreken zichtbaar zijn; het is toegestaan de ander als het ware om de tuin te leiden. De verkoper moet slechts voor de volgende twee gebreken instaan: dat het paard niet lijdt aan verborgen of onzichtbare blindheid noch aan spatten of gallen aan de benen, volgens de uitdrukking, van zessen klaar, dit is gaaf aan benen en ogen. Voor andere gebreken zoals epilepsie, achteruittrappen of schrikachtigheid als ze niet aangespannen kunnen worden, als het paard weerbarstig is of aan een soortgelijk gebrek lijdt, hoeft de verkoper niet in te staan. (...) In het Saksische recht moet de verkoper voor drie gebreken instaan. Dat het geen trapper is, dat hij aan geen enkele verborgen of onzichtbare blindheid lijdt en dat hij geen schurft heeft.⁶

Uit het bovenstaande blijkt dat de verkoper in het algemeen ervoor moest instaan dat het paard niets aan de ogen en de benen mankeerde. De reden dat hij niet hoefde in te staan voor schrikachtige en valse paarden kon worden afgeleid uit een Digestentekst waarin Ulpianus opmerkt dat de woorden ‘gebrek’ en ‘ziekte’ volgens Pomponius alleen betrekking hebben

⁵ D. 21, 1, 14.

⁶ S. van Leeuwen, *Censura forensis theoretico-practica*, (...) (Leiden 1741), Lib. 4, cap. 19, nr 16.

op lichamelijke gebreken en kwalen; voor een karakterfout hoefde de verkoper alleen maar in te staan in zoverre hij een toezegging had gedaan. Vandaar dat schichtige en achteruit schoppende dieren niet tot de ziekelijke gerekend moesten worden; dit is immers een gebrek in hun aard, niet een lichamelijk gebrek.

Opvallend is dat het Saksische recht, dat Van Leeuwen ook aanhaalt, niets uitdrukkelijk bepaalt over gebreken aan de benen. De verkoper moest instaan voor achteruitschoppende dieren, blindheid en schurfft.

Betrof het een zichtbaar gebrek, dan was het regel dat geen actie tegen de verkoper kon worden ingesteld. Hetzelfde zegt Ulpianus, namelijk dat als het om een zodanige ziekte gaat, dat zij door iedereen opgemerkt had kunnen worden, zoals bij de verkoop van een blinde slaaf of van een slaaf met een gevaarlijk litteken, de verkoper niet aansprakelijk is; precies alsof voor die ziekte een uitdrukkelijk voorbehoud was gemaakt. Het edict van de aedielen had namelijk betrekking op ziekten en gebreken waarvan de koper niet wist of niet had kunnen weten.

Twee getuigen nu die in Deventer bij de koop aanwezig waren geweest verklaarden dat de linker voorhand (boven het voorbeen bij de borst) zichtbaar verschoven en verdraaid was, zodat deze verder uitstak dan de rechter voorhand. Toen het paard aan de hand op zand werd voorgeleid liep het echter niet kreupel. Eén van de getuigen had toen gezegd dat het paard ook op straat moest draven, omdat dan wel zou blijken wat er aan de hand was. Het was blijkbaar gebruik dat de marktmeester het paard monsterde, want de 'onderscholten' of marktmeester zei dat hij daartoe geen opdracht had. Desondanks werd de koop gesloten. Toen het paard later toch op de straat werd voorgeleid, leek het in eerste instantie niet kreupel, maar toen het nogmaals heen en weer draafde werd het paard hoe langer hoe meer kreupel.

Hansen, de verkoper, had bij de verkoop een toezegging gedaan. De vraag van de koper of hij een 'peerd sonder quaad' had verkocht, beantwoordde hij bevestigend. Hij gaf een garantie dat het paard niets mankeerde. Daarbij had de verkoper hieraan het volgende toegevoegd: 'ende als gij al gekoft hebt siet dan nog toe, so als gij daar dan nog kwaad aan vind, laat het dan nog staan'. Ontdekte de koper nadat hij had gekocht alsnog een gebrek dan zou de verkoper het paard dus terugnemen.

De rechtsvraag die Ten Brink moest beantwoorden was of de verkoper op grond van deze toezegging gehouden kon worden het verkochte kreupele paard terug te nemen en de koop-som te restitueren.

Ten Brinke begint met de vaststelling dat hetgeen in een contract is bedongen, moet worden nagekomen. Deze regel gold volgens hem met name ten aanzien van verkochte slaven en beesten, getuige een Romeinsrechtelijke tekst waarin wordt gezegd dat als een slaaf in strijd met wat verklaard of beloofd is een ziekte of gebrek heeft, de koper een actie heeft met als doel dat de slaaf wordt teruggegeven.

De verkoper beriep zich op de volgende twee argumenten. Ten eerste dat de belofte en het antwoord dat het een paard 'sonder quaad' was alleen betrekking hadden op een verborgen gebrek, maar niet op kreupelheid, een gebrek dat iedereen kon en moest zien. In de tweede plaats dat getuigen hadden gezegd dat het paard leverbaar was. Beide argumenten waren volgens Ten Brink krachteloos. Het eerste omdat de algemene woorden 'sonder quaad' niet gereserveerd en beperkt waren tot verborgen gebreken, maar naar de aard en natuur alle kwalen omvatten, ook die kwalen die zichtbaar waren. De verkoper moest weliswaar krachtens de wet, ook zonder clause in het contract, alleen instaan voor verborgen gebreken, maar in dit geval stond er een clause in het contract. Bij de mondelinge overeenkomst was door de verkoper gezegd dat het 'een peerd sonder quaad' was. Ten Brink wees op de rechts-

geleerde Johannes van de Sande (1568-1638), raadsheer in het Hof van Friesland. Van de Sande zegt, dat in contracten geen enkele clause, geen enkel woord, hoe gering ook, geacht moet worden tevergeefs te zijn uitgedrukt.⁷ Daarbij kwam dat volgens Romeins recht twijfelachtige bedingen werden uitgelegd in het nadeel van de verkoper, omdat hij de contractsvoorwaarden duidelijker had kunnen opstellen. Ten Brink wees voorts op Hugo de Groot (1583-1645) en Johannes Voet (1647-1713).⁸

Het tweede argument sneed volgens Ten Brink geen hout omdat de getuigen verklaarden dat het paard op zand was bezichtigd en niet op straat had gedraafd; ze vermoedden dat er iets mis was. Nadat de burgemeester en schout de 'onderscholten' opdracht hadden gegeven het paard op straat te monstereen, bleek het paard wel kreupel te zijn.

Ten Brink veroordeelde de verkoper het paard terug te nemen en de koopsom te restitueren. De verkoper moest eveneens de proceskosten vergoeden.

⁷ Johannes van de Sande, *Commentatio in consuetudinem Gelriae* (Arnhem 1638), tit. 3, c. 1, § 7, nr 55.

⁸ De Groot, *Inleidinge*, B. 3, d. 15, § 9; J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, I (Den Haag 1757), ad D. 21, 1 nr 3.

Bijlage 2 Voorbeeld van een strafrechtelijk advies: 'moord' op een zwangere dienstmaagd¹

Inleiding

Het dienstmeisje Merregien Geerts stond in de keuken toen de zoon des huizes, Jan Hendrik de Graaf, thuiskwam. De twee kenden elkaar maar al te goed. Hij zocht toenadering, maar zij weigerde op zijn avances in te gaan, tenzij hij beloofde met haar te trouwen. Toen ze vertelde dat ze zwanger van hem was, ontstond een hevige ruzie, die uit zou lopen op een bloederig schouwspel. De man zag een mes op tafel liggen, greep haar van achteren bij het hoofd en sneed 'met eene veeg haar hals af'. Hij vluchtte, maar werd al spoedig na zijn gruwelijke daad opgepakt in Steenwijk, overgebracht naar Vollenhove en gevangen gezet op 'het Oldehuis'. De drost van Vollenhove, die in deze zaak vonnis moest wijzen, liet zich door drie referenten adviseren.

Omdat het land- en stadsrecht strafbepalingen over doodslag kenden, zou men verwachten dat de referenten zich beriepen op deze inheemse bepalingen. Het is dan ook opmerkelijk dat we in deze strafzaak geen enkele verwijzing naar het stadsrecht, noch naar het landrecht aantreffen. De referenten verwezen naar Romeins en canoniek recht en haalden bijbelteksten aan. De reden hiervan is, zoals gezegd, dat op het gebied van het inheemse strafrecht hetzelfde gold als voor inheemse privaatrecht: het was summier.

Doodslag

De drie referenten beperkten zich in hun advies tot het bepalen van de strafmaat. Hoe het delict moest worden gekwalificeerd bleef onbesproken. Zo gingen ze niet in op de vraag of de dader met opzet had gehandeld, hetgeen voor doodslag werd geëist. De reden dat ze de vraag naar de opzet niet stelden, was dat hier gebruik was gemaakt van een dodelijk wapen. De rechtsgeleerde Carpzovius (1595-1666) bijvoorbeeld legt uit dat onder de zogeheten 'listige doodslag' zowel doodslag met de opzet om te doden valt, als de doodslag met enkel het voornemen te verwonden, waarbij gebruik is gemaakt van een dodelijk wapen.² Ook de tweede variant valt onder doodslag, omdat degene die, hoewel hij alleen het voornemen had om te kwetsen, vanaf het begin de dodelijke afloop had kunnen verwachten. Indien de dader iemand getroffen heeft met een wapen welke 'naar alle schijn tot het plegen van doodslag bekwaam is', dan heeft hij de dodelijke afloop gemakkelijk kunnen voorzien. Wij zouden zeggen dat hij heeft gehandeld met voorwaardelijk opzet. Van belang was derhalve het soort wapen waarmee werd verwond. Was een wapen gebruikt, dat doorgaans de dood tot gevolg had, dan werd de dader geacht arglistig te hebben gedood.³ Als een van de voorbeelden noemde Carpzovius een mes. Jan Hendrik had zich dus schuldig gemaakt aan doodslag.

De referenten stelden in hun advies voorop dat de verdachte de doodslag vrijwillig had bekend. Deze 'vrijwillige confessie' leverde voldoende bewijs op om de man te kunnen veroordelen, getuige een constitutie van keizer Constantijn. Hij bepaalde dat de rechter niet eerder een capitale of strenge straf mocht opleggen, dan nadat het bewijs rond was. Bij de aanklacht wgens echtbreuk, moord of tovenarij was het bewijs geleverd als de verdachte zelf had be-

¹ Strubberg, *Overijsselsch Advysboek*, IV, 96, zonder datum.

² B. Carpzovius, *Verhandeling der lyfstraffelyke misdaden en haar berechtinge* (Amsterdam 1777), deel I, I, 3, 3 e.v.

³ Gebruikte de dader een werktuig dat zelden of nooit de dood veroorzaakte, dan was het geen doodslag, maar dood door schuld.

kend of als de getuigenverklaringen van allen, die gefolterd of ondervraagd waren, volledig overeenstemden.

Strafmaat

De strafmaat werd bepaald aan de hand van de ‘Goddelijke en Wereldlijke rechten’, dat wil zeggen aan de hand van de bijbel en het natuurrecht enerzijds en het canonieke en Romeinse recht anderzijds. De bijbelteksten, die de referenten aanhaalden, komen op één na uit het Oude Testament en hebben een gemeenschappelijke grondslag: ‘oog om oog, tand om tand’. Bijvoorbeeld Exodus 21:12: ‘Wie eymant slaet dat hij sterft, die sal sekerlick gedoot worden.’ De tekst uit het Nieuwe Testament, waar één van de referenten naar verwees, is Mattheus hoofdstuk 26, waarin Jezus ter dood wordt veroordeeld. Het voorgaande kon tot geen andere conclusie leiden, dan dat mensen die doodslag begingen de hoogste straf boven het hoofd hing, te weten de doodstraf. De referenten verwijzen wederom naar Romeinsrechtelijke teksten. Zo noemden zij de wet over sluipmoordenaars en gifmengers, die ter dood moesten worden veroordeeld. In een andere tekst komt de wet over verwantenmoord ter sprake. Deze wordt aangehaald omdat wordt gezegd dat degenen die anderen dan hun vader, moeder, grootvader of grootmoeder hebben gedood de doodstraf krijgen. Moordenaars van verwanten stond overigens een heel bijzondere straf te wachten. Zij werden met takken van kornoelje gegeseld en in een leren zak genaaid, tezamen met een hond, een tamme haan, een adder en een aap. Vervolgens werd de zak vanaf een rots in de zee geworpen. In de binnenlanden werd de veroordeelde voor de wilde dieren geworpen. Krachtens de genoemde Codexconstitutie van keizer Valentinianus werden gevangenen op eerste paasdag vrijgelaten. Hiervan werden echter uitgezonderd: moordenaars, kerkrovers, gifmengers, overspeligen, maagdenrovers, majesteitsschenners en grafrovers. Hieruit volgde dat moordenaars geen mededogen hoefden te verwachten.

Wijze van tenuitvoerlegging van de straf

Dat Jan Hendrik in ieder geval de doodstraf moest worden opgelegd, stond vast. Hij had een onnozele dienstmeid in koelen bloede de hals afgesneden, nadat hij haar had bezwangerd en had beloofd met haar te trouwen. Er was voor hem geen enkele aanleiding geweest om haar te doden. Hij verdiende volgens de referenten eigenlijk een nog zwaardere straf. Dit klinkt wellicht opmerkelijk, maar het gaat uiteraard ook om de wijze waarop de straf ten uitvoer werd gelegd. Er waren namelijk verschillende manieren om iemand naar gene zijde te helpen. Zo somt Carpzovius de toen gebezigde doodstraffen op: verdrinking, verbranding, vierendeling, het afhakken van het hoofd; de kruisiging was inmiddels vervangen door de galg.⁴ Over de ‘bezwangeraar’ die de door hem zwanger geraakte vrouw doodde, vertelde hij dat deze wel eens werd gestraft door de rechter met de ‘straf des Rads’. Bij de uitvoering van deze straf werd de veroordeelde op een rad gebonden en werden zijn armen en benen gebroken. Hij werd dus niet meteen gedood; het breken van de ledematen had tot doel om hem voor zijn dood nog te pijnigen, hetgeen de straf zwaarder maakte. Carpzovius vond deze straf voor het doden van een zwangere dame eigenlijk te zwaar, omdat deze straf ook niet tegen vrouwen die abortus pleegden ten uitvoer werd gelegd.⁵ Dat een strengere straf in deze op zijn plaats was omdat moeder én kind waren gedood, vond hij geen goed argument. Volgens

4 Carpzovius, *Verhandeling*, deel II, 120.

5 Carpzovius, *Verhandeling*, deel I, 1, 24, 7.

hem betrof het geen dubbele doodslag omdat het kind dat nog niet geboren was geen ‘waarlijk mens’ genoemd kon worden; daartoe moest het eerst geboren zijn. Hij wees op een tekst waarin Papinianus hetzelfde zegt over het nog niet geboren kind van een slavin:

Wat betreft het nog niet geboren kind van een slavin wordt geen enkele onderscheiding naar tijd toegelaten, en niet ten onrechte, aangezien men van een nog niet geboren kind niet echt kan zeggen dat het al een slaaf is.⁶

Verder wees Carpzovius op een tekst van de jurist Paulus waarin deze zegt dat de belangen van het kind in de moederschoot op dezelfde wijze worden beschermd alsof het reeds onder de mensen was, hoewel het voor zijn geboorte aan een ander op generlei wijze voordeel brengt. Dezelfde gedachte vinden we overigens terug in ons huidige recht.⁷ Carpzovius vond de volgende straf voor doodslag van een zwangere vrouw ‘voldoende’. De dader moest op een horde of wiel worden gebonden en achter een paard naar de strafplaats worden gesleept.⁸ Op de strafplaats moest hij met het zwaard worden gedood, waarna zijn dode lichaam op een rad moest worden gelegd en afgevoerd; het lijk werd niet begraven maar weggegooid. Hoewel er geen lichamelijke folteringen aan de dood vooraf gingen, was deze straf toch een verzwarende omdat het lichaam niet werd begraven. Hij wees op de ‘Wetten der Romeinen’, volgens welke moordenaars en kinderen, die hun ouders in armoede achterlieten, dezelfde straf boven het hoofd hing.⁹

Uitspraak

De referenten kwamen conform het bovenstaande tot de volgende strafoplegging. De man moest op de strafplaats aan een paal worden gebonden, alwaar het hoofd met een mes zou worden afgesneden. Na zijn dood zou het lichaam op een rad worden gelegd ‘tot een publiek en afschouwelijk spektakel’ en worden afgevoerd. Dit laatste tenzij de landdrost uit genade en vanwege de jeugdige leeftijd toestond dat het lichaam werd begraven.

‘Atque ita censuimus’

⁶ D. 35, 2, 9, 1.

⁷ Artikel 1:2 BW: Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.

⁸ Carpzovius, *Verhandeling* deel II, 120, 19

⁹ Carpzovius, *Verhandeling*, deel II, 120, 21 Vgl. Kon. 1:13, waar de profeet, nadat hij door een leeuw is gedood niet in zijn vaders graf begraven wordt.

5 DE PROCESGANG IN CIVIELE ZAKEN¹

5.1 Proces in eerste instantie

In het algemeen werd een proces aanhangig gemaakt door middel van een ‘ingang van recht’, zoals dagvaarding, panding, arrest, inleiding of een verzoekschrift. In de meeste gevallen werd er schriftelijk geprocedeerd, maar het Landrecht en stedelijk recht schreven in bepaalde gevallen een mondelinge procedure voor.

In veel gevallen werden procederende partijen voor het gerecht vertegenwoordigd door een advocaat of procureur. Beslist noodzakelijk was dat niet. Landrecht en Deventer stadrecht stonden aan iedereen toe ‘als van outs’ zelf als eiser of verweerder op te treden. Maar vrouwen en minderjarigen moesten zich door een voogd laten vertegenwoordigen.²

Een proces omvatte een reeks mondelinge handelingen, al dan niet in combinatie met indiening van schriftelijke stukken, gewoonlijk op basis van voorgeschreven termijnen van twee of zes weken. Daarbij ging het dan mondeling om eis, antwoord, repliek, dupliek en soms ook tripliek en quadrupliek, met overlegging van bewijsstukken voor het door partijen geponeerde.

Als het proces schriftelijk werd gevoerd, werden er stukken onder vergelijkbare namen ingediend: door of namens de eiser een Aanspraak, Eis of Justificatie van Panding (of van Arrest of van Inleiding), gevolgd van de kant van de gedaagde door een Antwoord en dan verder Repliek, Dupliek en soms Tripliek en Quadrupliek, waar nodig en mogelijk dus voorzien van bewijsstukken.

Volgens het Landrecht moest er in twee gevallen mondeling worden geprocedeerd: bij vorderingen met een waarde van minder dan vijftientig goudgulden (sedert 1719 50 goudgulden) of bij een ‘slichte klage’. De ‘slichte klage’, in het Landrecht van 1630 aangeduid als ‘die slechte klage op Ja ende Neen’, was een zeer eenvoudige procedure waarbij de eiser van de gedaagde alleen vroeg een verplichting te bevestigen of ontkennen.³ Als de gedaagde onder ede ontkende, verloor de eiser zijn proces, ook als hij over voldoende bewijs voor zijn actie beschikte. De ‘slichte klage’ of, zoals Winhoff hem noemt, ‘slichte ansprake’ werd daarom alleen gebruikt bij mondeling en zonder getuigen aangegane verbintenissen tussen twee partijen, bijvoorbeeld bij geldleningen of overeenkomsten die gewoonlijk monde-

¹ Dit hoofdstuk is ontleend aan Eijken, *Compendium*.

² Eijken, *Compendium*, 260; *Landregt van Over-Isel*, I.2.10; *Rechten ende Gewoonten der Stadt Deventer* 1642 (Deventer 1644), II.10.2.

³ *Landregt van Over-Isel*, I.10.1; *Reglement van 1719*, art. 12; *Nadere reglementen*, 16.

ling tussen twee personen gesloten werden zonder daarbij getuigen te betrekken.

Daarnaast werd in 1719 een nog eenvoudiger procedure voorgeschreven voor alle vorderingen met een waarde van minder dan twintig goudgulden, ook als die in principe pandbaar waren.

In de eis moest duidelijk aangegeven zijn wat er gevorderd werd, vaak met aanduiding van de bewijsstukken en soms met aanbieding van een eed als bewijsmiddel. De inhoud van de eis mocht naderhand bij een volgende proceshandeling niet meer veranderd worden. Het antwoord van de gedaagde kon een directe verwerping van het geëiste inhouden, waarop een proces ten principale over het eigenlijke punt van geschil kon volgen. Dat antwoord moest de redenen vermelden waarom er niet aan het gevorderde werd voldaan. Dikwijls werd daarin ook het afleggen van een eed aangeboden. Vervolgens dienden partijen, zoals gezegd, van Repliek, Dupliek en soms van Tripliek en Quadrupliek. Eis, Antwoord, Repliek, Dupliek enz. werden in procesnota's opgesteld. Aan de inhoudelijke vorm van deze nota's werden eisen gesteld. De nota's moesten zijn ingedeeld in korte, genummerde zinnen, artikelen genoemd. De artikelen mochten dus geen doorlopend verhaal worden, maar in de praktijk kwam daar niets van terecht. De nota's waren vaak zeer lang. Honderd of tweehonderd artikelen waren geen uitzondering. De omvang van de nota's bracht de advocaat Strubberg ertoe over de 'grafomanie' van zijn collega's te spreken.⁴ De overheid poogde in 1692 en 1719 bij aanvullende Reglementen op het Landrecht tevergeefs de schrijfdrift van de advocaten in te dammen.

Een gedaagde kon echter ook niet direct antwoorden, maar in plaats van van Antwoord te dienen door middel van een Eis of 'Aanspraak Exceptioneel' één of meer excepties opwerpen. Dat kwam vaak voor. Daarbij ging het om een verweer, waarbij een bezwaar of meerdere bezwaren van formele, procesrechtelijke aard naar voren werden gebracht. Inhoudelijk kon een dergelijk verweer, zoals de exceptie 'U hebt geen vordering tegen mij', wel degelijk de kern van het geschil raken.

De meest gebruikte excepties waren de volgende:⁵

- *exceptio inqualificationis* (u bent niet bevoegd om voor uzelf op te treden of u bent niet voldoende gemachtigd om dat namens een ander te doen).
- *exceptio adversus me tibi non competit actio* (aan u komt tegen mij geen actie toe), bijvoorbeeld als de verkeerde persoon was aangesproken;
- *exceptio prescriptionis* (de actie is verjaard);
- *exceptio non adimpleti contractus* (u hebt van uw kant niet aan uw verplichtingen uit overeenkomst voldaan).
- *exceptio non probatae intentionis* (u hebt het in uw eis gestelde niet bewezen)

In verband met vormfouten:

- *exceptio informalitatis* (u procedeert op de verkeerde manier), bijvoorbeeld als er met arrest was geageerd in plaats van met panding;

⁴ Overijsselsch Advysboek, IV, 252.

⁵ Een in juristenjargon gebruikelijke afkorting voor exceptie was 'e'.

– *exceptio incompetentis fori* (deze rechtbank is onbevoegd), bijvoorbeeld als een bezitsactie was ingesteld voor een landrechter in plaats van voor een drost of andere hoofdofficier.

Excepties werden in drie categorieën onderscheiden: dilatoire, declinatoire en peremptoire excepties.

Bij een *dilatoire* exceptie ging het niet om de vraag of de eiser een recht had om te ageren, maar alleen of hij dat op de juiste manier deed: *eo modo quo agis male agis* (u ageert op de verkeerde manier).

Bij een *declinatoire* exceptie ging het meer over de vraag of er voor de juiste rechter werd geageerd. De eiser had misschien een goede reden om te procederen, maar deed dat voor de verkeerde rechter.⁶

Bij een *peremptoire* exceptie ging het erom dat het recht van de eiser zelf werd ontkend. Het was een de kern van het geschil rakende exceptie, die bij uitzondering bij en tegelijk met het antwoord zelf mocht worden opgeworpen, maar niet later.⁷ Daarvan was de genoemde *exceptio non adimpleti contractus* een voorbeeld. Met als uitgangspunt dat de ene partij geen verplichting heeft tegenover een andere partij, zolang die andere partij zelf zijn verplichtingen niet is nagekomen, komt deze exceptie op hetzelfde neer als de *exceptio tibi non competit actio contra me*.

Accepteerde de eiser een dergelijk verweer, dan was daarmee de pas begonnen actie geëindigd, afgezien van eventuele geschillen over proceskosten. Als de eiser de opgeworpen exceptie(s) niet accepteerde, kon daarover geprocedeerd worden door middel van een exceptionele of incidentele procedure, waarbij het ging om de vraag of de exceptie terecht was opgeworpen. Het kwam dan tot een proces binnen het proces. In dit incidentele proces trad de oorspronkelijke gedaagde ('excipient') als eiser op en de oorspronkelijke eiser als gedaagde. De incidentele gedaagde kon op zijn beurt ook weer een exceptie opwerpen, bijvoorbeeld in het geval de oorspronkelijke gedaagde te laat met zijn exceptie was gekomen.

Zolang er nog niet definitief over een dergelijke incidentele procedure was beslist, stond de principale procedure stil. Het kwam overigens vaak voor dat na een definitieve beslissing over een incidentele procedure geen voortzetting van de principale procedure volgde. In veel gevallen werd er door partijen verder niets meer ondernomen, hetzij omdat één van de partijen zijn kansen voor verdere actie te ongunstig inzag, hetzij omdat partijen tot een akkoord kwamen omdat het allemaal te lang duurde en het procederen te duur werd. Ook destijds kostte het procederen handen vol geld en zag de winnaar lang niet altijd zijn proceskosten door de verliezer vergoed.

De belangrijkste eis die aan de procederende partijen werd gesteld, was dat zij bij het indienen van hun processtukken bewijsstukken moesten overleggen voor het in die stukken gestelde, tenzij zij zich het recht voorbehielden dat bij de repliek of dupliek te doen. In een latere fase van het proces kon dat meestal niet meer gebeu-

6 Strubberg, *Overijsselsch Advysboek*, IV, 101-104.

7 Strubberg, *Overijsselsch Advysboek*, IV, 128; Winhoff, *Landrecht van Averssel*, 55 en 263.

ren. Daarnaast mochten er aan de repliek en de dupliek wel bewijsstukken worden toegevoegd voor het in die stukken gestelde. Bij een tripliek en quadrupliek kon dat niet meer, tenzij als tegenbewijs van nieuwe feiten die pas in de repliek of dupliek naar voren waren gekomen.⁸

Hadden partijen in geschrifte naar voren gebracht wat zij naar voren wilden brengen – anders gezegd: als het proces ‘volschreven’ was – dan trok de rechter zich niet terug om zich ter voorbereiding op het vonnis over de stukken te buigen, maar verzamelde, inventariseerde en verzegelde hij de processtukken in aanwezigheid van de advocaten. Zoals hiervoor al uitvoerig aan de orde is gekomen, stuurde de rechter de stukken vervolgens in één pakket ‘ter belering’ naar een rechtsgeleerde referent, die de rechter van advies moest dienen. Deze referent, een advocaat met minstens drie jaar praktijkervaring, stelde zijn advies op in de vorm van een vonnis. Dit advies dat over het algemeen bindend was, werd door voorlezing door of namens de rechter ter terechtzitting ook werkelijk tot vonnis.

De rechter formuleerde zijn vonnis dus niet zelf. Alleen in kleine zaken van minder dan twintig goudgulden mocht hij sedert 1719 na overleg met zijn keurnoten zelfstandig per decreet beslissen.

Bij in geld luidende vorderingen vond executie plaats via executorialie panding. Bij zakelijke acties werd het omstreden recht geacht bij de winnende partij gebleven of op hem overgegaan te zijn. In het tweede geval werd de verliezer bezitter te kwader trouw en moest het betrokken goed of recht afstaan.

5.2 Hoger beroep

Hoger beroep was in principe gericht tegen de conclusies (dat is: het oordeel) waar toe de rechtsgeleerde referent op grond van de aan hem toegezonden processtukken was gekomen. Als er voorafgaand aan of tijdens het eigenlijke proces formele fouten waren gemaakt, bijvoorbeeld door de rechter, die niet uit die papieren bleken, kon de referent daar geen rekening mee houden en de Klaring evenmin.

Maar dat lag anders bij het toezicht van de Staten op de gang van zaken bij de rechtspraak in het algemeen. Geschillen en klachten die betrekking hadden op de manier waarop het proces verlopen en het dossier tot stand gekomen was, werden door Ridderschap en Steden als zodanig in behandeling genomen en beoordeeld (zie verder hoofdstuk 8).

Een verliezende partij kon in veel gevallen, als hij dat wilde, van een in eerste instantie incidenteel of ten principale gewezen vonnis in hoger beroep gaan. Aan welke voorwaarde moest worden voldaan blijkt uit bepalingen van het Landrecht en daarnaast nog meer gedetailleerd uit een vonnis van de drost van Coevorden uit 1760 dat door Strubberg in zijn ‘advysboek’ is opgenomen.⁹

⁸ Landregt van Over-Isel I.10.5; Nessink, Landt-recht van Over-Yssel, 333-334; Strubberg, Overijsselsch Advysboek, I, 202-204 en 422.

⁹ Landregt van Over-Isel, I.19.14-18; Strubberg, Overijsselsch Advysboek, I, 443-450.

Dat instellen van hoger beroep moest gebeuren bij de rechter die het geappelleerde vonnis had gewezen, dat wil zeggen bij de rechter in eerste instantie, en kon direct na het uitspreken van het beroepen vonnis worden gedaan. Het mocht ook wel later gebeuren, maar dan wel uiterlijk binnen tien dagen. De rechter tekende dan op het vonnis zelf aan dat en op welke datum hij van dat beroep in kennis was gesteld.

Alleen melding maken van het plan om in appèl te gaan was overigens niet voldoende. De appellant moest tevens een bedrag ter grootte van acht procent van de waarde van het omstreden belang, bij het gerecht van eerste instantie deponeren. In 1719 werden in deze regeling enige wijzigingen aangebracht. Bij de rechtbank moest in het vervolg direct een bedrag van dertig gulden voor haar kosten worden gedeponeerd plus een oud schild als boete voor het geval dat het appèl geen succes had. Daarnaast moest de gemelde acht procent van de waarde van het omstreden belang plus nog tien goudgulden aan boete vóór de vierde dag vóór de eerstvolgende Klaring aan de Griffier van de Staten zijn betaald.¹⁰

Tevens moest de appellant binnen tien dagen nadat hij aangegeven had in appèl te willen gaan, zijn ‘grieven van appèl’, anders genoemd *gravamina appellationis*, in tweevoud bij datzelfde gerecht indienen. Eén exemplaar van deze ‘grieven’, dat wil zeggen de argumenten die hij wilde aanvoeren voor het in beroep gaan, moest vervolgens aan de geappelleerde (degene tegen wie het appèl van de appellant liep, dus de verweerder in hoger beroep) worden betekend met aanzegging daarvan binnen één maand te dienen van ‘straffe of contrabericht’, alles ‘bloot en zonder bewijsstukken’. Dat betekent dat er in hoger beroep dus geen nieuwe bewijsstukken mochten worden overgelegd.

Als de appellant niet in staat was zijn grieven van appèl tijdig over te leggen, moest hij tenminste binnen die tweede periode van tien dagen bij de rechtbank van eerste instantie waarvan hij appelleerde, melden dat hij zijn appèl wilde voortzetten en dat dan ook door dat gerecht aan de geappelleerde laten berichten.

Als zowel de *gravamina* van de appellant als de ‘straffe’ van geappelleerde bij de rechter van eerste instantie waren ingekomen, moest deze alle stukken, dus zowel die betreffende het proces in eerste instantie met het vonnis als de sedertdien ingediende processtukken, door partijen in zijn bijzijn laten controleren en inventariseren en dan vervolgens tezamen met die tweede inventaris in één pakket verpakken en verzegelen en ervoor zorgen dat dit pakket samen met het genoemde gedeponeerde bedrag à vijf procent van het betrokken belang binnen vier weken in handen van de Griffier van de Staten kwam. Dit laatste op straffe van een boete van tien goudgulden.

¹⁰ Reglement van 1719, art. 28.

6 SCHEMA CIVIELE PROCEDURE

6.1 Eerste instantie

A Inleidende handelingen ofwel ‘ingangen van recht’

*Dagvaarding (‘citatie’ of ‘daglegging’), panding, arrest, inleiding of verzoekschrift.

*Overhandigen van ‘wetebrief’ (brief met reden of oorzaak van de procedure).

B Uitwisselen van processtukken en overleggen van bewijsstukken

Eiser

Gedaagde

*dient van Eis.

*dient van Antwoord.

en/of werpt Exceptie op.

*accepteert Exceptie → einde geschil.

*verwerpt Exceptie → aanvang

incidentele procedure → einde geschil of
voortzetting procedure ten principale.

*dient van Replik.

*dient van Dupliek.

*dient van Triplik.

*dient van Quadrupliek.

Het proces is ‘volschreven’



– De rechter controleert en inventariseert de processtukken.

– De rechter stuurt de processtukken ‘ter belering’ naar een rechtsgeleerde referent (advocaat).

- De referent stelt een advies op in de vorm van een vonnis.
- De rechter leest het advies voor ter terechtzitting; het advies wordt hierdoor tot vonnis verheven.

6.2 Hoger beroep

Appellant

Geappelleerde

*stelt de rechter in eerste instantie in kennis dat hij hoger beroep instelt en deponeert een geldbedrag.



De rechter in eerste instantie tekent het hoger beroep aan op het vonnis in eerste instantie.



*dient de grieven van appel (*gravamina appellationis*) in bij de rechter in eerste instantie.

*krijgt een afschrift van de grieven van appel.

*dient van ‘straffe’ of ‘contrabericht’.



De rechter in eerste instantie verzegelt zowel de processtukken in eerste instantie als de grieven van appel en het contrabericht en stuurt het pakket naar de Griffier van de Staten.



De Klaring/Hoge bank doet uitspraak uitsluitend aan de hand van de ingekomen stukken; bij hoge uitzondering vraagt de Klaring/Hoge bank advies aan een referent.

7 VRIJWILLIGE RECHTSPRAAK¹

Naast de rechtspraak waaraan een geschil ten grondslag lag, de zogeheten contentieuze rechtspraak stond de vrijwillige of voluntaire rechtspraak. Bij deze vrijwillige of voluntaire rechtspraak ging het om het verrichten van (rechts)handelingen ten overstaan van de rechter. Bepaalde handelingen moesten in Overijssel voor de rechter worden verricht. Zo was het bij het overdragen (transport) van onroerend goed en het maken van een testament verplicht de gang naar de rechter te maken. Werden deze handelingen niet voor de rechter verricht, dan waren ze niet rechtsgeldig en dus nietig. De reden van deze verplichte gang naar de rechter was de rechtszekerheid. De formaliteit moest ervoor zorg dragen dat het vast stond wie eigenaar was, wat de omvang en de ligging van het onroerend goed waren en welke rechten erop rustten. Een kadaster ontbrak. In het landrecht van 1630 werd de vrijwillige rechtspraak uitgebreid. Voortaan moest men voor het maken van een volmacht ook naar de rechter. Vanaf 1704 gold dezelfde verplichting voor het maken van fideï-commissen voor zover deze onroerend goed betroffen en sinds 1717 voor het vestigen van het recht van hypotheek.

De tussenkomsst van de rechter was niet verplicht, maar vond veelal toch ook plaats bij voogdijstelling, borgstelling, schuldbekentenis, kwijting voor schuld, schenking van andere zaken dan onroerend goed, bij het maken van huwelijksvoorwaarden en het sluiten van een boedelscheidingsovereenkomst. Ook andere overeenkomsten werden wel voor het gerecht gesloten.

De (rechts)handelingen werden voor de lagere rechter verricht, dat wil zeggen op het platteland voor een schout of richter en in de steden tegenover de schepenen.

Tot globaal 1500 had de vrijwillige rechtspraak het karakter van een schijnproces. De akte waarin werd geconstateerd dat de handeling op rechtsgeldige wijze was verricht had de kenmerken van een vonnis. Hoewel dit procesachtige karakter in de loop van de vijftiende eeuw op de achtergrond raakte, bleef tot 1800 de gang naar de rechter verplicht in de hierboven genoemde gevallen. Men legde een verklaring af voor het gerecht. Deze verklaring werd geregistreerd in het daarvoor bestemde protocol. Belanghebbenden kregen als bewijs een afschrift mee.

De rol die de rechter in de zeventiende en achttiende eeuw speelde, was die van een geloofwaardige getuige die er zorg voor droeg dat de handelingen die onder zijn toezicht oog werden verricht op een goede manier werden geregistreerd. In dat opzicht leek hij op de notaris. In Overijssel is overigens tot 1811, evenals in Gelderland

¹ Eijken, *Compendium*, 90 v., 258 v.

en Drenthe, verzet geweest tegen het notariaat. In Holland daarentegen konden de hierboven genoemde (rechts)handelingen, met uitzondering van de overdracht van onroerend goed, ook voor de notaris worden verricht.

Dat de Overijsselaars niet veel vertrouwen hadden in de notaris blijkt uit een ‘consultoir Advys’ dat in 1775 door drie advocaten werd gegeven. Het ging in die zaak om een dame van Hollandse origine die naar Zwolle was verhuisd en daar was overleden. Het testament dat in Holland door een notaris was opgemaakt en in Holland rechtskracht had, werd in Overijssel van nul en generlei waarde geacht.²

² Strubberg, *Overijsselsch Advysboek*, I, nr 8, 102-149.

8 EEN APPÈLZAAK VOOR DE KLARING¹

Het klooster Dikninge: erfpacht of koop?

8.1 Inleiding

Het klooster Dikninge gelegen in Drenthe ten zuidwesten van De Wijk had uitgebreide bezittingen. Zo was het klooster onder andere eigenaar van enige landerijen in Wanneperveen. Op Valentijnsdag 1522 gaven ‘Wijandus Assonis, abt, Maria van Welvelde,² vrouwe, en het gehele convent van Dikninge’ deze landerijen in eeuwigdurende erfpacht aan Hendrik Roelofs, zijn vrouw Neze en hun erfgenamen. In 1603 werd het klooster als gevolg van de Reformatie opgeheven.³ De bezittingen gingen naar het landschapsbestuur, de Staten van Drenthe. De inkomsten uit de kloostergoederen waren al lange tijd niet meer geïnd. De kloosters zelf hadden er vanwege de ‘troubelen’ niet voldoende meer op toegezien.⁴ Evenmin was duidelijk wie de landerijen van het klooster gebruikten en in welke hoedanigheid. De pachters zagen hun kans schoon en maakten zich schuldig aan kwalijke praktijken door de pachtgronden uit te graven voor turfwinning, te verduisteren en met hypotheeken te bezwaren. Zo waren de landerijen te Wanneperveen door toedoen van de verpachters in handen van derden gekomen. Een van deze derden was Barthold Hendriks uit Zwartsluis.

De Staten nu wilden orde op zaken stellen en de oorspronkelijke rechtsverhoudingen herstellen. Als rechtsopvolger van het klooster stelden ze in 1650 een eigendomsactie in tegen Hendriks. In 1629 hadden de Staten al een plakkaat uitgevaardigd waarin zij bepaalden, dat de betreffende autoriteiten, ter voorkoming van eindeloze processen over gepretendeerde rechten van erfpacht en andere inkomsten uit geestelijke goederen die al veertig jaar niet waren geïnd, hun acties binnen een jaar na publicatie van het betrokken plakkaat moesten instellen. Vermoedelijk gaat het in de onderhavige procedure tegen Hendriks om een proefpro-

1 Historisch Centrum Overijssel (HCO), Archief van de Hoge Bank en Klaring 1530-1798, toegangsnummer 29.1.3, inv.nr 5429, 4 oktober 1659/ 29.1.2 inv.nr 5552 / 13446 (procesdossier). Wij hebben gebruik gemaakt van de transcriptie van E.D. Eijken.

2 Gelijktijdig met sommige abten zijn er ook abdissen te Dikninge geweest. Zo werd Maria van Welvelde in 1532 abdis. J.S. Magnin, *De voormalige kloosters in Drenthe geschiedkundig beschouwd* (Groningen 1835), 41.

3 De abdijkerk is in 1672 afgebroken. Reint Hendrik de Vos van Steenwijk liet op de plek van het klooster in 1813 een huis bouwen.

4 Vgl. hetgeen Eijken schreef over het Westfaalse klooster Clarholz. Clarholz lag in het bisdom Osnabrück en ontleende zijn rechten op goederen in Overijssel aan een schenking door Rudolf von Steinfurt in 1133. De goederen lagen bij Vollenhove, Zwartsluis, Hasselt en Wanneperveen. Eijken, ‘De Overijsselse bezittingen van het klooster Clarholz’, in: *Overijsselse Historische Bijdragen* (Zwolle 1983), 42-85.

ces. Zouden de Staten het proces tegen Hendriks winnen, dan zouden andere ‘onbevoegde gebruikers’ eieren voor hun geld kiezen en het niet tot een procedure laten komen.

Even leek het erop dat er zou worden geschikt. Partijen stelden namelijk een concept-dading op, waarbij aan eiser als vergoeding voor het uitvenen een bedrag van f 700 werd toegezegd en aan gedaagde een bedrag van f 100 benevens een oxhoofd (=120 liter) wijn. Het bleef bij een concept. Een procedure volgde en partijen procedeerden tot quadrupliek. De schout van Wanneperveen vonniste in eerste aanleg. Partijen tekenden hoger beroep aan bij de Klaring, het rechtscollege bestaande uit leden van Steden en Ridderschap. In 1659 werd het vonnis van de schout ‘geklaard’. We vinden in dit proces, behalve verwijzingen naar het landrecht, talrijke verwijzingen naar het Romeinse recht.

8.2 In- en uitleiding

Zoals gezegd stelden de Staten van Drenthe als rechtsopvolgers van het klooster een eigendomsactie in tegen voornoemde Barthold Hendriks. Het land dat Hendriks onder zich had, had deel uitgemaakt van de landerijen die het klooster in 1522 aan Hendrik Roelofs in erfpacht had uitgegeven.

Johan van Echten tot Echten, lid van Gedeputeerde Staten van Drenthe, stelde op 24 januari 1650 namens de Staten de actie in. Hij liet zich door de schout van Wanneperveen ‘inleiden’ in ‘den vollen eigendom, *soe directe als utile*’ van enige stukken land gelegen onder het gerecht van Wanneperveen. *Dominium directe* en *dominium utile* zijn termen uit het leenrecht; de leenheer had de directe eigendom, *dominium directe*, de leenman het gebruiksrecht, *dominium utile*. Deze termen werden ook in erfpachtsverhoudingen gebruikt. De erfpachter had dus het *dominium utile* en de eigenaar het *dominium directe*. De zogeheten ‘inleiding’ was de actie die werd ingesteld indien het ging om eigendom van onroerende zaken. Aanvankelijk was het een formele aangelegenheid waarbij de rechter de inleider naar het goed vergezelde en hem symbolisch in het bezit daarvan stelde. De inleider op zijn beurt aanvaardde symbolisch het bezit door iets op te pakken, bijvoorbeeld een stok. In de zeventiende en achttiende eeuw verdwenen deze symbolische handelingen. Het enkele verzoek tot inleiding bleef over.⁵ Van Echten verzocht de schout tevens de toenmalige gebruikers van de inleiding in kennis te stellen. De schout gaf gevolg aan dit verzoek. Nadat de inleiding door de pander, de gerechtsdienaar, was betekend, deden de gedaagden op 7 maart 1650 ‘uitleiding’, waarop de schout een datum voor de zitting vaststelde.

5 Eijken, *Compendium*, 418.

8.3 Standpunten van partijen

8.3.1 Justificatie van inleiding: de eis

Op 8 juli 1650 diende de eiser van 'Justificatie van Inleidinghe'. De reden van een justificatie (=rechtvaardiging) was, 'dat degeen, die de Inleydinge deed, de ander erkent als Possesueur van het Goed op welke hij Inleydinge heeft gedaan, die dus is verweerder'.⁶ Dit nu betekende dat de eiser erkend had dat hij zijn eigendomsrecht moest bewijzen en dat de gedaagde achterover kon leunen totdat de eiser bewezen had dat hij een beter recht had. Voorts werd in de justificatie de eis geformuleerd.

Van Echten stelde dat het erfpachtsrecht inmiddels was vervallen. Door toedoen van de erfpachters was de kwaliteit van de grond sterk achteruit gegaan. Het object van erfpacht was niet intact gelaten. Jarenlang hadden zij in strijd met het erfpachtscontract de gronden uitgeveend, dat wil zeggen het veen uitgegraven. Daartoe overhandigde Van Echten een aantal getuigenverklaringen over het effect van de vervening. De verveners hadden grof geld aan de turf verdiend. Doordat het recht van erfpacht was vervallen, was de blote eigendom van de verpachter weer tot volledige eigendom aangegroeid. Van Echten eiste dat de huidige gebruikers de gronden zouden verlaten en de gronden weer in de oude staat zouden herstellen. Subsidiair eiste hij schadevergoeding indien herstel in de oude toestand onmogelijk bleek.

8.3.2 Antwoord exceptioneel

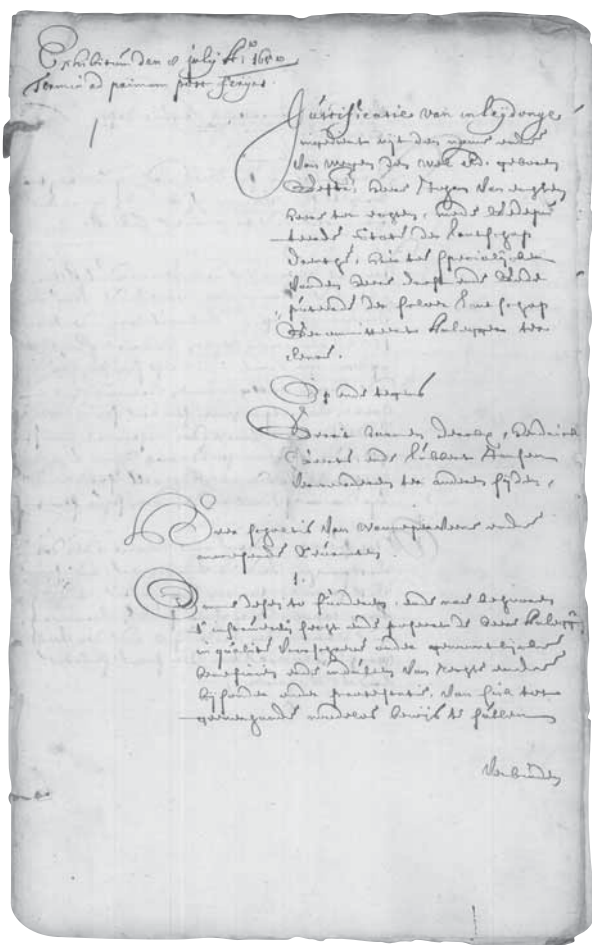
Op 2 september 1650 diende de gedaagde een 'Antwoord Exceptioneel' in, waarin hij stelde dat de eiser, Van Echten, als vreemdeling naar Overijssels recht verplicht was een borg te stellen voor de proceskosten.⁷ Een maand later stelde mr. Arnold Otten zich borg voor Van Echten.

8.3.3 Antwoord

Op 9 december 1650 diende de advocaat van Hendriks van antwoord. Het antwoord van gedaagde hield in dat hij eigenaar was. Hij had het land in 1608 gekocht. Hij verkeerde in de volle overtuiging dat hij van een beschikkingsbevoegde het land in eigendom had verkregen. Zijn rechtsvoorgangers waren eigenaar geweest. Hendriks stelde zich namelijk op het standpunt dat het klooster de gronden in 1522 niet aan Hendrik Roelofs in pacht had gegeven, maar aan deze Roelofs had verkocht en in eigendom overgedragen. In de gerechtelijke akte uit 1522 stond namelijk dat de grond aan Roelofs en zijn erfgenamen zou 'verblijven erfelijk, eeuwelijck en immermeer'. Ook bedankte het klooster Roelofs in deze akte voor betaling van 'den eersten penningh tot den lesten'. Deze zinsnede leek op een kwijting die bij koop gebruikelijk

⁶ Eijken, *Compendium*, 420.

⁷ *Landregt van Over-Isel*, I.3.4.



Afb. 9 'Justificatie van inleydunge' van Johan van Echten tot Echten, als volmacht van Ridderschap en Eigenerfden van Drenthe, inzake het door hem gevoerde proces in 1650-1654 tegen Barthold Hendriks c.s., 1650. Het proces ging over een stuk land onder Wanneperveen, dat toebehoorde aan het convent Dikninge in Drenthe.

was. Daarbij kwam dat er in de akte niet gesproken werd over de betaling van een zogeheten canon. De canon is het bedrag dat de erfpachter jaarlijks aan zijn verpachter betaalt. De enige verplichting was dat er een weg en een dijk onderhouden moesten worden. De gedaagde en zijn rechtsvoorgangers hadden de gronden nu al 128 jaar bezeten in de volle overtuiging dat zij eigenaar waren. De gedaagde beweerde in ieder geval door verjaring de eigendom te hebben verkregen. De verkrijgende verjaring is een wijze van eigendomsverkrijging waarbij de bezitter te goeder trouw na verloop van tijd de eigendom kan verwerven. In dupliek zou hij hier uitvoerig op terugkomen.

Mocht de rechter beslissen dat er toch sprake was van erfpacht en dat verjaring niet van toepassing was, dan betekende dat volgens gedaagde echter nog niet dat de erfpacht door het uitgraven van de turf was vervallen. En wel omdat het in die omgeving waar de gronden gelegen waren notoir gebruik was die gronden uit te graven. Er was niets tegen dit normale gebruik geschied. Door vuilnis en 'stratendreck' op de grond te storten was de grond zelfs weer in waarde gestegen. Het klooster had

het uitgraven nimmer verboden, hoewel het daartoe alle gelegenheid had gehad. De conclusie van gedaagde was dat de eiser een ‘quade inleidinge’ en de gedaagde als eigenaar een ‘goede uijtleidinge’ had gedaan.

8.3.4 *Replik*

De eiser zei op 20 oktober 1651 in repliek het volgende. Zou het klooster de grond hebben verkocht, dan zou er in de akte van 1522 wel over koop zijn gesproken. Het woord ‘koop’ kwam er niet in voor; noch werd er gesproken over overdracht van eigendom. Dat de woorden ‘eeuwigdurend’ en ‘erfelijk’ waren gebruikt, was niet in strijd met een contract van erfpacht. Een van de kenmerken van erfpacht was nu juist dat het erfelijk was. Er was in het contract geen limiet genoemd; het erfpachtsrecht werd geacht voor eeuwig te zijn gevestigd. De kwijting voor een geldsom deed daar niets aan af. Dat het klooster de kwijting had gegeven betekende nog niet dat het om koop ging. Ook tegenover de vestiging van erfpacht stond een vergoeding. In plaats van een canon was afgesproken dat de erfpachter de weg en de dijk moest onderhouden. Een dergelijke afspraak was volstrekt normaal.

Het klooster was nog steeds eigenaar van de grond. De gedaagde mocht dan wel beweren dat hij in 1608 het land gekocht had van een eigenaar en het land door deze eigenaar in eigendom overgedragen had gekregen, maar daarvan was geen sprake. Hij had verkregen van een erfpachter. De erfpachter was niet meer dan een houder en derhalve beschikkingsonbevoegd om de eigendom over te dragen. In juridische termen is de houder iemand die het goed voor een ander houdt, zoals bijvoorbeeld de lener van een boek uit de bibliotheek. Omdat de erfpachter houder was, kon deze evenmin door verkrijgende verjaring eigenaar zijn geworden.

De erfpachter had recht op de opbrengst, maar turf viel daar volgens de eiser niet onder. De turf waste niet aan na het uitgraven. Er bleef alleen water over. De bedoeling was geweest dat de erfpachter het land zou gebruiken als hooi- en weiland. Het uitgraven was derhalve in strijd met het contract. Het rechtsgevolg dat de erfpachter het land in strijd met het erfpachtscontract gebruikte en het ook nog eens had verkocht aan een derde, had volgens de eiser tot gevolg gehad dat het erfpachtsrecht vervallen was.

8.3.5 *Dupliek: verjaring*

De gedaagde diende van dupliek op 24 mei 1652. Hij volhardde dat het in de akte van 1522 om koop en niet om erfpacht ging. Aan de drie eisen die het Romeinse recht aan koop stelde was voldaan. Het ging om een goed dat vatbaar was voor vervreemding, er was wilsovereenstemming tussen koper en verkoper en er bestond een vastgestelde prijs. Hoewel de woorden ‘vererfpachtet’ en ‘vererfpachter’ in de akte voorkwamen, moest daar geen betekenis aan worden gehecht. De woorden waren ‘abusieve ende tegens de aard ende eigenschap van het contract daerbij gestelt’. Bij de uitleg van het contract ging het niet zozeer om de woorden, maar om de bedoeling van partijen. Deze bedoeling was duidelijk. Het contract betrof koop, geen

erfpacht. Zo was er geen canon afgesproken. Het onderhoud van de weg en de dijk moest niet als canon worden beschouwd.

Opmerkelijk is dat hij opeens ontkende dat hij in zijn antwoord had toegegeven dat het land waarop inleiding was gedaan deel had uitgemaakt van de landerijen die in de akte van 1522 waren genoemd. Op het punt van de verjaring ging hij in dupliek uitvoerig in. Zo besprak hij de verschillende soorten verjaring die naar Romeins recht bestonden. Het Landrecht van Overijssel komt op het leerstuk van de verjaring grotendeels overeen met het Romeinse recht. De verkrijgende verjaring is, zoals gezegd, een wijze van eigendomsverkrijging waarbij de bezitter te goeder trouw na verloop van tijd de eigendom kan verwerven. Voor verjaring is een geldige titel vereist. De bezitter te goeder trouw die een geldige aankomsttitel, bijvoorbeeld een koopovereenkomst, kon overleggen, kon na tien of twintig jaar eigenaar worden, al naar gelang of het ging om roerende dan wel onroerende zaken. Kon de bezitter te goeder trouw geen geldige titel tonen, dan was de verjaringstermijn dertig jaar. Deze dertig jaar is ook de termijn waarna de rechtsvorderingen, de acties verjaarden. Zo verjaarde de revindicatie, de actie van de eigenaar tegen de bezitter, waarbij de eigenaar het bezit vorderde, na dertig jaar. Deze verjaring werd wel bevrijdende verjaring genoemd. Verloor de rechthebbende door bevrijdende verjaring zijn actie na dertig jaar, dan werd de bezitter eigenaar door verkrijgende verjaring. De verkrijgende verjaring was dus gekoppeld aan de bevrijdende verjaring. Deze verjaringsstermijn kwam zo goed als overeen met de termijn in het Landrecht van Overijssel.⁸ Volgens Landrecht verjaarden de acties na 'een derdendeel van honderd jaren', dus na drieëndertig jaar. Voor kerkelijke goederen gold volgens gedaagde een langere termijn, te weten een van veertig jaar. Hij had het land in 1608 gekocht in de veronderstelling dat hij eigenaar was geworden. Vanaf dat moment had het klooster als eigenaar de eigendomsactie kunnen instellen. Nu het klooster geen actie had ondernomen, was hij in 1641 al eigenaar geworden. Ging men uit van de veertigjarige termijn, dan was hij in 1648 eigenaar geworden.

Voorts noemt hij nog de 'immemoriale praescriptie', een vorm van verjaring waarbij degene die zich op een 'onheugelijk bezit' kon beroepen, dat wil zeggen een bezit van ten minste honderd jaren, geacht werd het recht te hebben verkregen. In dat geval ontstond het recht door onheugelijk tijdsverloop. Deze verjaring veronderstelt dat de betreffende toestand ononderbroken zolang heeft bestaan als de herinnering van de nu levende generatie strekt.⁹ Een titel noch goede trouw werden bij deze verjaring geëist. Het bewijs van het immemorale bezit was tweeledig. Ten eerste dat de bestaande generatie niet beter wist dan dat een bepaalde rechtstoestand altijd zo was geweest. En in de tweede plaats dat het levende geslacht nimmer van de vroegere generaties had gehoord hoe de toestand was ontstaan en evenmin ooit had vernomen, dat deze toestand een andere was geweest.¹⁰ Het bewijs werd geleverd door getuigen. Wat de termijn van honderd jaren aangaat rekende men wel met

⁸ Landregt van Over-Isel 2, II, 10, 1.

⁹ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I (Frankfurt am M., 1887), 366.

¹⁰ W. van Iterson, 'Immemoriale possessie en praescriptie in de Nederlandse rechtsgeschiedenis', in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1962, 427-473, 427; Windscheid, *Lehrbuch*, 366.

generaties. Net als bij het bewijs van adeldom waren drie generaties voldoende, vader, grootvader en overgrootvader, of zoals de Engelsen zeggen: 'It takes three generations to make a gentleman'. Rengers Hora Siccama wijst hierbij op het gedurende drie generaties zonder arbeid in welstand leven en in geval van oorlog te paard dienen.¹¹ Bij de 'immemoriale praescriptie' stelde men zich op het standpunt dat de herinnering aan iemands voorouders niet verder terugging dan het derde geslacht.

Waarom bracht de gedaagde de 'immemoriale praescriptie' te berde? Hij was immers nog lang niet honderd jaar in het bezit van de zaak. Waarschijnlijk was het als uiterste redmiddel bedoeld. Gesteld dat hij en zijn rechtsvoorgangers sinds 1522 als bezitters te kwader trouw moesten worden beschouwd, dan zou deze verjaring wellicht uitkomst kunnen bieden. Goede trouw was, zoals gezegd, geen vereiste bij deze verjaring. Hij ging er blijkbaar van uit dat hij de termijn van zijn voorgangers bij zijn termijn mocht optellen. In totaal beliep de tijdspanne tot 1650 128 jaar. Hij betoogde evenwel uitdrukkelijk dat hij te goeder trouw was en dat voor hem de normale verjaringstermijn gold.

Over de turfwinning zei hij dat uitgraving op deze gronden ook al sinds onheugelijke tijden gebeurde. Het land was begroeid met veldgagel en daarom alleen voor vervening geschikt. Zelfs al zou het pacht zijn, dan was turfwinning toegestaan, omdat de pachter recht had op de opbrengst, de vruchten. Turf nu moest als vrucht van veenland worden beschouwd. Het klooster had nooit een stokje voor de winning gestoken. De inkomsten uit de kloostergoederen waren al lange tijd niet meer geïnd. De Staten hadden dat zelf erkend in hun plakkaat van 1629, waarin zij met betrekking tot de inkomsten uit de kloostergoederen orde op zaken wilden stellen.

8.3.6 Tripliek

Op 15 november 1652 diende de eiser van tripliek. Hij stelde dat de gedaagde te laat was met zijn ontkenning in dupliek dat het land in kwestie niet behoorde tot de landerijen waarvan in de akte van 1522 sprake was. Aanvankelijk had hij bekend dat het land wel tot deze landerijen behoorde, 'sijnde dieselve bekentnisse een *judicialis confessio*', die niet kon worden teruggenomen. Door met die ontkenning pas in dupliek aan te komen had hij het bovendien voor de eiser onmogelijk gemaakt met tegenbewijs te komen, omdat het niet toegestaan was aan de tripliek bewijsstukken toe te voegen. Dat de erfpachter niets aan het klooster had betaald veranderde niets aan de erfpachtssituatie. Door de 'troubelen', de opstand, waren de kloosters niet in de gelegenheid geweest hun rechten te handhaven. Voor het klooster Dikninge gold dit eens te meer, omdat de abt in die woelige tijden heimelijk met de kloosterboe-

¹¹ Van Iterson, 'Immemoriale possessie', 453, noot 3. D.G. Rengers Hora Siccama, 'Natuurlijke waarheid en historische bepaaldheid', in: *Verspreide geschriften* (Zwolle 1954), 159 en idem, *Paradox* (Zwolle 1962), 3. Van Iterson merkt hierbij nog op dat in de Romeinse samenleving het te paard krijgsdienst verrichten opname in het *ordo equester* met zich mee kon brengen, opname in de ridderstand. Vgl. B.H.D. Hermesdorf, *Schets van de uitwendige rechtsgeschiedenis van het Romeins recht* (Utrecht-Nijmegen 1961), 164.

ken, registers en brieven uit het land was vertrokken. Hij benadrukte dat het klooster door de troebelen zijn eigendommen niet verloren had: '*tempore belli dormitat praescriptio*', dat wil zeggen dat de verjaringstermijn ten tijde van oorlog was gestuit. Hij zei nogmaals dat de erfpachter nooit door verjaring eigenaar kon zijn geworden. Voor verjaring was bezit vereist, de erfpachter was 'slechts' houder. De gedaagde was in het bezit van de akte van 1522, waaruit bleek dat het in deze akte om erfpacht ging. De erfpachter had hem in 1608 dus niet de eigendom kunnen overdragen. Tot slot zei hij dat de gedaagde niet voor niets in 1608 van de 'verkoper' een recht van pand op het goed 'Klinckhuijs' bij Wanneperveen had bedongen. Dit pandrecht moest hem zekerheid bieden tegen uitwinning door derden. Hij verwachtte dus blijkbaar dat een derde-rechthebbende zich bij hem zou melden. De eiser benadrukte nogmaals dat turf niet als 'vrucht' kon worden beschouwd. Dat dit anders was bij hoogveen deed niet ter zake. Het betrof hier laagveen.

8.3.7 Quadrupliek

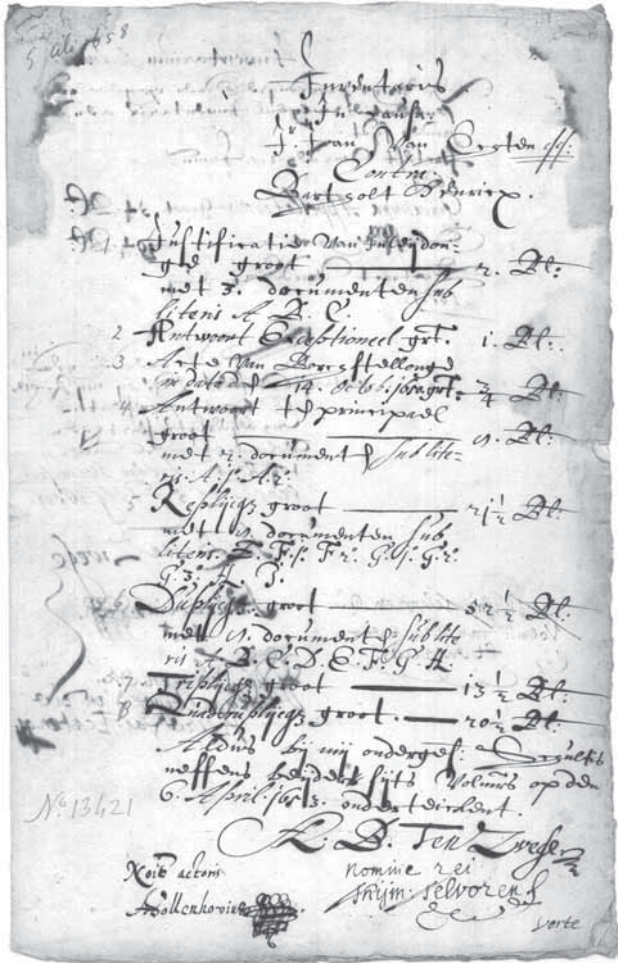
Op 28 maart 1653 diende gedaagde van quadrupliek. Hij zei nogmaals dat hij zich in zijn antwoord had vergist door te bekennen dat het land in kwestie behoorde tot de landerijen waarvan in de akte van 1522 sprake was. Hij had deze vergissing in zijn dupliek naar voren gebracht, hetgeen toegestaan was, omdat een bij vergissing gedane bekentenis tot aan het vonnis toe ingetrokken kon worden. Tevens herhaalde hij zijn standpunt dat het hier niet om erfpacht, maar om koop ging. Er was geen canon betaald en het klooster had zich de blote eigendom niet voorbehouden. Dat de abt er met het kloosterarchief vandoor was gegaan en ergens in Brussel terecht was gekomen, was een 'verdichtsel'. Het archief berustte onder de rentmeester van het stift. Wel was het waar dat het klooster vanwege de 'troubelen' niet voor zijn rechten op had kunnen komen. Het pandrecht op de hoeve 'Klinckhuijs' moest bescherming bieden tegen onbekende bezwaring van het land met grondrenten. Gedaagde bood ten slotte nogmaals aan te zweren dat hij het land altijd *animo proprietatis*, met de wil van een eigenaar, had bezeten.

8.4 Vonnis

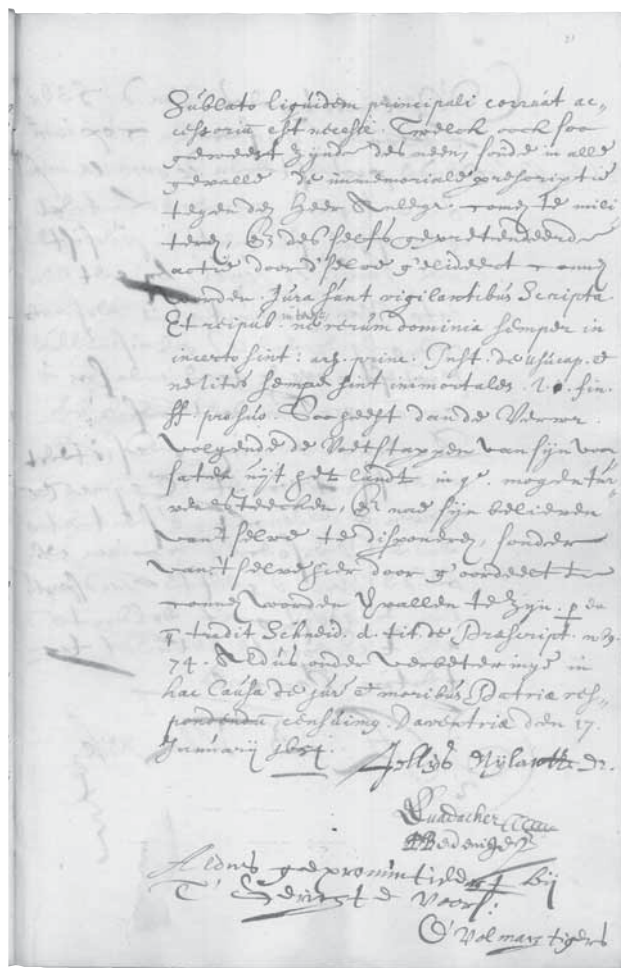
Op 8 april 1653 werd de inventaris van de tot dan toe ingediende processtukken opgemaakt en door de rechter, de schout van Wanneperveen, en de twee advocaten ondertekend. De schout zond de stukken vervolgens naar drie referenten die hem van advies moesten dienen. Het advies was bindend en geschreven in de vorm van een vonnis. We komen wederom vele Romeinsrechtelijke verwijzingen tegen. Het advies dateert van 17 januari 1654.

Op 28 januari 1654 las de schout het vonnis voor. Het dictum hield in dat de eiser een 'quade inleijdinge' had gedaan en de gedaagde een 'goede uijtleijdinge'. De eiser werd niet ontvankelijk verklaard. Partijen moesten ieder hun eigen proceskosten betalen. Het vonnis was als volgt gemotiveerd. Bij de uitleg van een overeen-

Afb. 10 'Inventaris', lijst van processtukken in het geschil tussen Johan van Echten tot Echten, als volmacht van Ridderschap en Eigenherfden van Drenthe, ter ene zijde, en Barthold Hendriks c.s., ter andere zijde, 1653.



komst moest meer acht worden geslagen op de feitelijke geest en bedoeling van partijen dan op de 'mantel van bewoordingen' waarin die bedoeling was vervat. De bedoeling bleek duidelijk uit de vrijstelling van betaling van canon. Betaling van canon was een uitdrukkelijk vereiste bij het tot stand brengen van een erfpachtscontract. Hendrik Roelofs had in 1522 een bedrag in een keer betaald en daarvoor een kwijting van het klooster ontvangen. De formulering waarmee het klooster Roelofs bedankte voor de betaling van 'den eersten penningh tot den lesten' werd vaak gebruikt in verband met kwijting van een koopsom. De overeenkomst in 1522 was volgens de referenten dan ook een koopovereenkomst. Door middel van de akte was zowel het *dominium utile* als het *dominium directe* overgegaan. Roelofs was eigenaar geworden. Er was geen sprake van erfpacht. Roelofs op zijn beurt was derhalve beschikkingsbevoegd geweest het land aan anderen te vervreemden. De conclusie was dat gedaagde eigenaar was geworden. Ook was hij als eigenaar bevoegd geweest de gronden uit te baggeren.



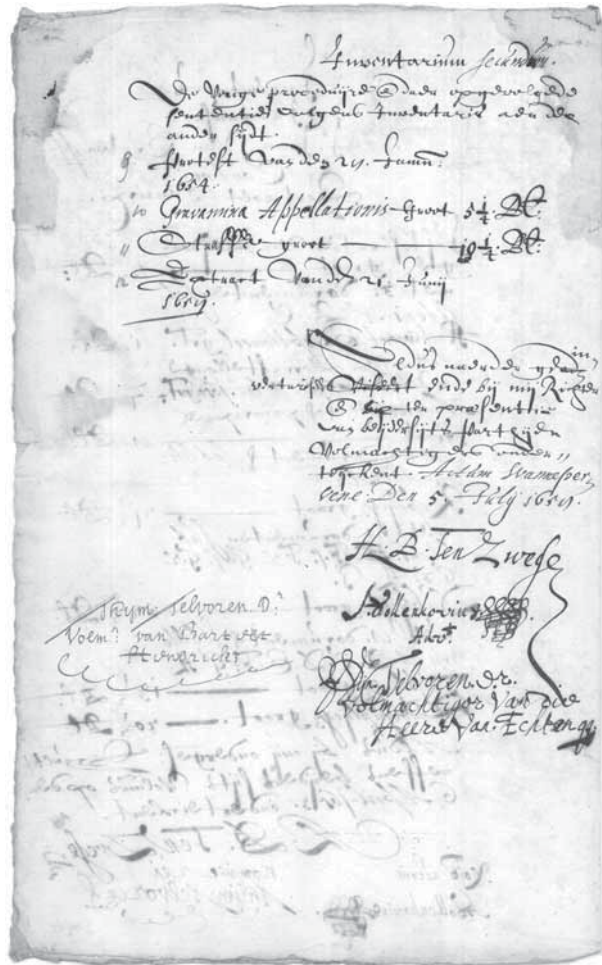
Afb. 11 'Decisio' (advies) in het proces van Johan van Echten tot Echten, als volmacht van Ridderschap en Eigenerfden van Drenthe, inzake het door hem gevoerde proces tegen Barthold Hendriks c.s., 17 januari 1654.

Eigenlijk was de zaak hiermee afgedaan, maar de referenten wijdden ook een overweging aan de verjaring en merkten op dat Roelofs en zijn 'rechtsopvolgers' het land sinds 1522 altijd hadden bezeten in de veronderstelling eigenaar te zijn. Na 128 jaar had 'rechtsopvolger' Hendriks dus een beroep kunnen doen op de 'immemoriale praescriptie'.

8.5 Hoger beroep bij de Klaring

Johan van Echten tot Echten tekende hoger beroep aan tegen de in zijn ogen onjuiste, onrechtvaardige en in strijd met het landrecht gewezen sententie. Op 17 februari 1654 diende de appellant zijn appelgrieven in bij de schout van Wanneperveen. Hij richtte zich tot de 'Edele Mogende heeren Ridderschap ende Steeden'. Hij hield vast aan zijn stelling dat het in 1522 om erfpacht, en niet om koop ging. Het was een mis-

Afb. 12 'Inventarium secundum', aanvullende lijst van processtukken met de stukken in appèl tussen Johan van Echten tot Echten, als volmacht van Ridderschap en Eigenerfden van Drenthe, ter ene zijde, en Barthold Hendriks c.s., ter andere zijde, 5 juli 1658.



verstand dat er bij erfpacht een canon moest zijn bedongen. Het stond partijen vrij iets anders af te spreken, zoals in dit geval het onderhoud van de dijk en de veerweg. Het was evenmin nodig dat de verpachter zich in de overeenkomst het *dominium directum*, de blote eigendom voorbehield.

Barthold Hendriks diende op 17 maart 1654 bij de schout een contrabericht in dat zich eveneens richtte tot de 'Edele Mogende heeren Ridderschap ende Steeden'. Hij stelde dat de eiser in zijn appèl alleen maar herhaald had wat hij in zijn vroegere stukken al had gesteld: *crambe bis cocta* oftewel 'twee maal gekookte kool is al te gare kool'. Hij wist niet om welk land het ging in de akte van 1522. Wat hij wel wist, was dat het land dat hij gebruikte hem krachtens 'wettelijck transportt, Richters brieven als nae landrechte' was toegefallen. Hij herhaalde – over twee maal gekookte kool gesproken – zijn standpunten uit dupliek en quadrupliek. Zo kon het volgens hem geen erfpacht zijn geweest, omdat een jaarlijkse canon een constitutief vereiste was. Het klooster had daarentegen bedankt voor de goede betaling, hetgeen op koop

wees. Uit de akte bleek nergens dat het klooster zich de bloot-eigendom had voorbehouden. Zijn conclusie was dat er 'qualijck geappelleert' was. De appellant moest worden veroordeeld worden de proceskosten te vergoeden.

De schout stelde het verzenden van de stukken naar de Klaring uit tot 5 juli 1658. Dat er vier jaren verstreken hield waarschijnlijk verband met de heftige twisten tussen Ridderschap en Steden, die in de jaren 1654 tot 1658 het bestuur van de provincie verlamden.¹² Inmiddels was er een brief van Hendriks bij Ridderschap en Steden binnengekomen, waarin hij stelde dat Van Echten volgens betrouwbare bronnen eerst namens de Staten van Drenthe was opgetreden, maar nu in deze zaak 'voor zijn particulier', in zijn eigen belang, optrad nadat de Staten hun rechten aan hem hadden overgedragen. En dat Van Echten hem persoonlijk had gezegd dat Johan van Isselmuden toe de Rollecate en Wilhelm van Boetselaer toe Westerholt zich bij hem (Van Echten) hadden gevoegd. Waarschijnlijk bedoelde hij met deze laatste opmerking dat deze twee zich als procespartij bij Van Echten hadden gevoegd. Hendriks wraakte in zijn brief namelijk vijf rechters in de Klaring, die familie waren van genoemde Johan en Wilhelm.¹³

In de klaringzitting van 4 oktober 1659 deden Ridderschap en Steden uitspraak:

Is bij de Staten van Overijssell voor beter recht erkant ende geclaert dat het geproduceerde instrument van de jaere 1522 niet en sij een contract van coop ende vercoop maer een constitutie van erffpacht, doch bij den aanlegger ende appellant het verwercken van de erffpacht niet genoeghsaem sij bewesen.

Van Echten tot Echten werd dus slechts ten dele in het gelijk gesteld. Het ging om erfpacht, maar het erfpachtsrecht was niet vervallen. Blijkbaar gaat de Klaring ervan uit dat in de tussentijd vanaf 1522 steeds het erfpachtsrecht is overgedragen. Dat lijkt merkwaardig als bedoeld werd de eigendom over te dragen. Maar dat zou weer betekend hebben dat er verjaringsbezit was verkregen en de verjaring inmiddels voltooid zou zijn geweest.

Uiteindelijk is het een compromisbeslissing geweest die aan beide partijen recht heeft gedaan.

¹² Aantekening E.D. Eijken bij de transcriptie.

¹³ Landregt van Over-Isel, I. 20.11.

9 TOEZICHT OP DE RECHTSPRAAK

25 jaar procederen over trouwbeloften

Het is veelzeggend voor de zeventiende- en achttiende-eeuwse rechtspraak dat er een regeling was voor het toezicht op de gang van zaken bij de rechtspraak in het algemeen. Immers, als de rechtspraak naar ieders wens zou verlopen, was een dergelijke regeling niet nodig geweest. Geschillen en klachten die betrekking hadden op de manier waarop het proces verlopen en het dossier tot stand gekomen was, werden door de Staten van Overijssel in behandeling genomen en beoordeeld. Ook de neerslag van de uitvoering van de regeling laat aan duidelijkheid niets te wensen over. In het archief van Ridderschap en Steden zijn de betreffende stukken geordend onder de noemer: ‘Stukken houdende klachten over de trage afwikkeling der processen’.¹

De als toezicht op openbare orde en rechtspraak omschreven taak van de Staten, in feite Gedeputeerde Staten van Overijssel had een gevarieerde inhoud. Zo beschouwde het bestuur het als zijn taak in het belang van de openbare orde landlopers te weren en daarvoor zogenaamde armjagers aan te stellen. Daarnaast zag het toe op de handhaving van de bepalingen van het landrecht en behandelde het voorstellen tot hervorming van het burgerlijk procesrecht. Ook hield het gewestelijk bestuur toezicht op advocaten en procureurs, richters en schouten en op de rechtsgang. Bij dit laatste blijkt het – gezien de bewaard gebleven archieven – te gaan om aanwijzing of juist wraking van rechters, verzoeken om gratis te mogen procederen en klachten over de trage voortgang van processen.

De ongetwijfeld mooiste casus die Ridderschap en Steden voorgelegd kregen was een geschil over niet nagekomen trouwbeloften.² In 1782 diende Geertruid ter Ellen een verzoek bij de Staten in om dwingende termijnen van veertien dagen of vier weken in haar procedure op te leggen. In Overijssel stond het gerecht na een proceshandeling van de ene partij (indiening van een conclusie, afleggen van een verklaring) aan de andere partij een termijn van twee, vier of zes weken toe om een tegenhandeling voor te bereiden. Zo’n termijn kon met toestemming van het gerecht verlengd, geprolongeerd worden. Soms werd er zo vaak geprolongeerd, dat het wel een jaar duurde voor een partij met een tegenhandeling kwam. Geertruid ter Ellen vroeg de Staten nu om de drost van Twente, voor wie haar zaak aanhangig was, geen prolongaties meer toe te laten staan.

Ridderschap en Steden stelden het verzoek in handen van hun leden Reinder Jan Sloet tot Everlo en Sybrand de Schepper, die na een onderzoek van zeven maanden

¹ Historisch Centrum Overijssel, toegang 3, Archief Staten van Overijssel, inv.nr. 4019.

² De zaak is beschreven door E.D. Eijken, ‘Schandaal in Oldenzaal ofwel 25 jaar procederen over een huwelijk’, in: *Verslagen en mededelingen van de Vereeniging voor Overijsselsch Regt en Geschiedenis* 89 (1974), 51-71.

Geertruid ter Ellen
 A. Verzoekschrift van Geertruid ter Ellen, op den 9 Junius 1765, op de
 in de haren legenen kammer, maar myne Conscience
 bevestigende die mij Lieve is als alle over en gelyken
 dat ik na dat my Geertruid ter Ellen onse maet
 verzeekt hadde, dat vromer personen ten byden
 van haare maandelijke onpaszelykheid niet
 kotten bevrugt worden, dat zij is nagt zijde
 den 14 Januarij 1765 in mijn kamer is gekomen
 mij opwaer kende, zeide dat zij de onpaszelyk
 was, waar op ik haar na haar bedde gevolgt
 ben en mij met haar verzaamende segt
 daar van bevrugt te zijn Oldenzaal
 den 9 Junius 1765

Was geleend
 B. Hummels
 Proven. Cnre
 W. Hambroek
 Rijk.

Afb. 13 Verklaring door B. Hummels over het delen van een 'bedde' met Geertruid ter Ellen te Oldenzaal, 1765.

(wie sprak er over trage afwikkeling van processen?) beide partijen gelastten de zaak met de grootst mogelijke spoed tot een einde te brengen. Ridderschap en Steden besloten op 4 april 1783 conform dit advies.

Deze verzoekschriftprocedure maakte deel uit van een proces dat al in 1765 begonnen was, dus achttien jaar eerder! In dat jaar gonsde het in het Twentse stadje Oldenzaal van de geruchten dat Geertruid ter Ellen, de dienstmeid van de rijke familie Hummels, in verwachting was en dat de 'dader' de zoon des huizes, dr. Bernard Hummels, was. Bernard was advocaat, ongehuwd, bij zijn moeder woonachtig en inmiddels 43 jaar oud. Onder voorwaarde dat Geertruid zou zwijgen, had Bernard haar een toelage toegezegd. Bovendien had hij een schriftelijke verklaring opgesteld als bewijs van zijn goede bedoelingen. Het document is bewaard gebleven en toont Bernard Hummels als niet te slimme jurist:

Ik ondergeschreven bekenne heden op den 9 Junii 1765 (ofschoon ik zulks wel hadde kunnen logenen, maar mijn consciëntie betragtende, die mij liever is als alle eer en goederen), dat ik, nadat mij Geertruidt ter Ellen, onse meyd, versekert hadde, dat vrouws-personen ten tijde van haar onpasselijkheid niet kosten bevrugt worden) dat sij 's nachts, sijnde den 14 Januari 1765, in mijn kamer is gekomen; mij opwekkende seide, dat sij te onpasse was, waarop ik haar na haar bedde gevolgt ben en mij met haar versaamende, sijt van daarvan bevrugt te sijn.

De 26-jarige Geertruid wilde, nu zij zwanger was, toch liever een huwelijk met de rijke advocaat. Zij nam de advocaten Willem Bekker uit Oldenzaal en Evert Herman Putman uit Deventer in de arm, terwijl Herman Bos uit Oldenzaal als haar procureur zou optreden. Zij liet Hummels gerechtelijk sommeren om de trouwbeloften die hij haar gedaan zou hebben, gestand te doen en nog voor de bevalling met haar te trouwen. Hummels liet niets van zich horen. Op 4 oktober 1765 werd Geertruid de moeder van een zoon, Gerrit Johan geheten.

Nu Hummels niet reageerde op de sommatie, wendde Geertruid ter Ellen zich tot de rechter, de drost van Twente. Zij eiste dat Bernard Hummels veroordeeld zou worden om met haar te trouwen of subsidiair 'voor reparatie van haare geschonden eere, bruidschat en ... kraamkosten' een bedrag van achtduizend guldens te betalen. Onder het oude Overijsselse landrecht (en ook elders in ons land overigens) was het mogelijk een eis om te trouwen in te stellen. De schriftelijke verklaring van Hummels en een aantal getuigenverklaringen moesten de rechter overtuigen van deze trouwbeloften.

Inmiddels had Hummels de Zwolse advocaat Johan van Hattum gevraagd zijn belangen te behartigen. Vijf maanden na de Eis van Geertruid diende hij zijn Antwoord in, waarin Hummels niet de gemeenschap, maar wel het vaderschap over het kind ontkende. Hummels concludeerde tot ontzegging van de eis, waarbij hij een aantal getuigenverklaringen over het gedrag van Geertruid overlegde. Twee jaar later protesteerde Geertruid in haar Replik tegen de verdachtmakingen. Uit het stuk komt een mooi beeld van de achttiende-eeuwse samenleving op. Op het verwijt van Hummels dat 'requirante is een vrouwspersoon, dat geen duydt in de werrelt heeft' en hij dus geen reden had als 'praktiserend advocaat en een man van distinctie met haar zou hebben willen aanleggen, zo het niet uyt badinage en minnespel was geweest' reageerde Geertruid ter Ellen getergd. Ook al mocht Hummels nu wel vinden een man van fortuin te zijn geworden, aldus de eiseres, het vak van schoenmaker dat zijn vader had uitgeoefend, was niet veel meer dan de klompenmaker die haar vader was geweest.

Het proces kreeg een onverwachte wending toen beide partijen op Oudejaarsavond 1768 ten huize van pastoor Grootenhuis tot een vergelijk kwamen. Hummels nam aan het kind te erkennen en te onderhouden als een wettig kind, Geertruid zou het proces niet voortzetten. Het einde van de procedure leek daar, maar Hummels hield zich niet aan de afspraken en vorderde veertien dagen later dat Geertruid een door hem opgesteld stuk zou ondertekenen zonder kennis te nemen van de inhoud. Geertruid weigerde vanzelfsprekend en zette het proces voort.

Jarenlang sleepte de procedure zich voort, jarenlang, met een wisseling van stukken met lange tussenpozen en lange perioden in de zomermaanden, waarin het ge-

recht geen zitting hield. Zo ook kwam Geertruid ter Ellen in 1782 bij de Staten van Overijssel terecht met haar klacht over de trage procedure. Maar nog duurde het tot 1785 voordat de stukken om advies naar de referenten Willem Klopman en Willem Jan Nessink werden gestuurd. Op 6 januari 1789 werd de eis van Geertruid afgewezen: de referenten vonden dat zij geen overtuigend bewijs van trouwbeloften had overgelegd. Wel meenden zij dat Hummels de purgatoire of zuiverende eed zou moeten afleggen. Als hij deze eed niet zou willen afleggen, dan zou hij alsnog met Geertruid moeten trouwen. Naar aanleiding van de subsidiaire eis om een schadevergoeding wilden de referenten haar een bruidsschat van 200 guldens toekennen, 30 guldens voor kraamkosten en 65 gulden per jaar aan alimentatie voor de zoon.

Daarmee was Geertruid ter Ellen na 25 jaar procederen niets opgeschoten, intengendeel, door de torenhoge rekeningen van haar advocaten was zij in grote financiële nood. Toch kreeg de zaak nog een verrassende wending. Bernard Hummels verloofde zich, op 67-jarige leeftijd, met de 18-jarige Christina Francisca Pröbsting uit Ochtrup in Westfalen. De jonge Gerrit Johan liet vervolgens de geboden voor het huwelijk stuiten en begon voor het drostengericht Twente een proces tegen zijn vader. Hij meende dat hij door het huwelijk in zijn rechten geschaad zou worden. Hummels vluchtte toen naar Ochtrup en trouwde daar zijn jonge bruid. Op 20 mei 1790 werd uit deze verbintenis een dochter geboren. Daarmee vervloeg de kans dat Gerrit Johan ooit nog de erfgenaam van Bernard zou worden. Toch lijkt het erop dat Bernard aan Geertruid en Gerrit Johan een akkoord heeft aangeboden dat zij ook hebben geaccepteerd. De procedure van Gerrit Johan werd gestaakt en het kersverse echtpaar Hummels trouwde nogmaals, maar nu in het Twentse Weerselo. Om zijn moeder in haar schuldvereffening bij te staan kocht Gerrit Johan haar huisje; daarbij voerde hij de achternaam Hummels. En deze naam behield hij tot zijn dood in 1814.

10 ARCHIEF, BRONNEN EN LITERATUUR

De onder het provinciaal bestuur berustende *protocollen* van de hoge besturen en gerechten, zoals Ridderschap en Steden, Hoge Bank en Klaring en Hoge Leenbank, evenals die van de grote steden zijn goed bewaard gebleven. Van de *procesdossiers*, een van oorsprong waarschijnlijk zeer omvangrijk bestand, is echter in verhouding weinig over.

Sedert het begin van de veertiende eeuw beheerde een kanselarij van de Bisschop van Utrecht een archief, waarvan de kern door nog bewaarde boeken werd gevormd. De boeken hadden aanvankelijk voornamelijk de vorm van banden en betrekking op het Sticht als geheel. Aangezien de bisschop regelmatig afzonderlijke zittingen in het Oversticht hield, werden er al in een vroeg stadium afzonderlijke boeken voor dit gebied bijgehouden. Zowel van de verschillende bisschoppelijke rechtbanken voor het Oversticht (Bisschoppelijk Gerecht, Kamerklaring en Grote Klaring) als van de Bisschoppelijke Leenkamer zijn reeksen protocollen bewaard die zich uitstrekken over het tijdvak 1380-1521.

Sedert 1528 was er onder leiding van een griffier een griffie ten behoeve van het Habsburgse bestuur werkzaam, naast waarschijnlijk een secretaris van de stadhouder met een zetel te Zwolle, waar vanaf 1580 een griffie aan Staatse zijde functioneerde. Aan Spaanse zijde kwam in 1580 een te Oldenzaal gevestigde griffie in actie. De in die tijd gevormde archieven zijn grotendeels verloren gegaan. Uit deze periode stammen ook het oudste originele protocol van beleningen door de Overijsselse Leenkamer over 1556-1584 en ongeveer honderd dossiers betreffende voor de Hoge Bank en Klaring gevoerde processen over 1530-1570.

De kern van het archief van Hoge Bank en Klaring (1530-1799) wordt gevormd door achttien 'judicialen' (registers van proceshandelingen, besluiten en vonnissen) samen met ongeveer duizend procesdossiers (20 meter). De twee Departementale Hoven (1799-1811) nemen daarnaast 13 meter in beslag.¹

De vonnissen en besluiten met betrekking tot de rechtspraak van Ridderschap en Steden en hun Gedeputeerden zijn niet afzonderlijk geregistreerd, maar aangetekend in verschillende registers van besluiten en notulen. Tot hun archief behoren ook ongeveer duizend kleine en grote procesdossiers (1596-1811).

De toegang op deze archieven is ook raadpleegbaar op internet via <http://www.historischcentrumoverijssel.nl/> of <http://www.archieven.nl>.

¹ Zie verder Eijken, *Compendium*, 608 v.



Afb. 14 De wapenschilden van de drie Overijsselse steden Deventer, Kampen en Zwolle. Tekening bij een afschrift van het verbond dat de drie steden in 1452 met elkaar sloten.

Niet alleen in het archief van Ridderschap en Steden van Overijssel zijn de stukken met betrekking tot de Klaring te vinden. Ook de archieven van de drie grote steden Deventer, Kampen en Zwolle bieden nog kansrijke informatie.

Stadsarchief en Athenaeumbibliotheek Deventer

ID 690 inventaris van het archief der stad Deventer. Eerste afdeling (tot 1591)

Inv.nrs. 90-98 Stukken betreffende het recht de Grote Klaring uitsluitend in de stad te hebben, 1385-1576.

Inv.nrs. 435.1-460.3 Stukken betreffende de stad Deventer als lid der Statenvergadering.

Hierbij stukken over de klaring: inv.nr. 438 (1460-1527) en 439 (1563-1564).

ID 691 [Inventaris van het archief van] Schepenen en Raad van de stad Deventer, periode Republiek, 1591-1795.

Inv.nr. 583a (1607-1634) en 583b (1639-1653) en verder de inv.nrs 584-591.

A.J. Mensema, Inventaris van het stadsarchief van Zwolle 1230-1813. Zwolle 2007

Inv.nrs. 5041-5044 Privileges, 1379-1721.

Inv.nrs. 5045-5058 Handelingen 1539-1792.

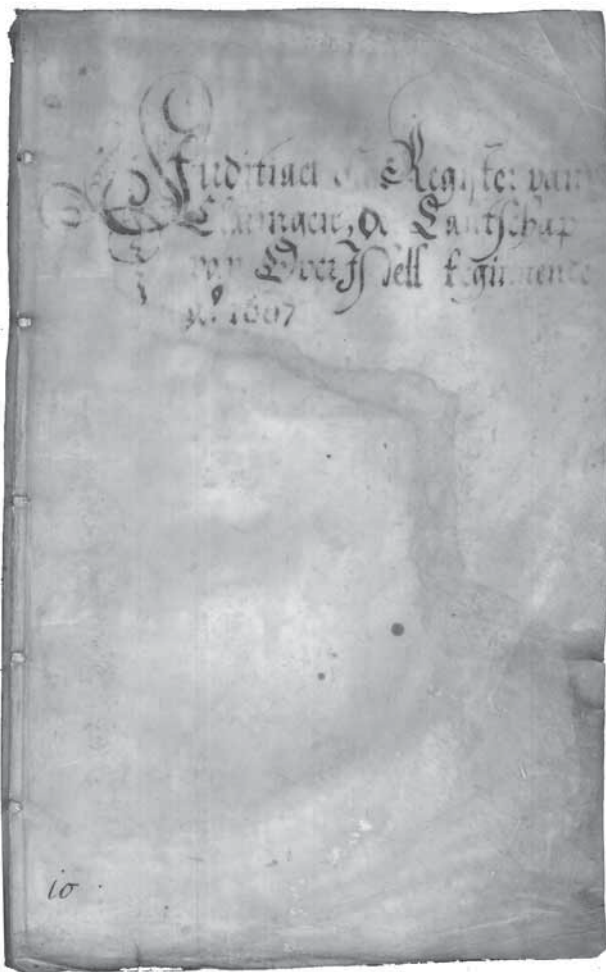
Inv.nrs. 5059-5080 Processtukken, 1535-1810.

A.J. Mensema, Inventaris van de stukken, behoord hebbende tot het z.g. Archief van Stadhouder, Kanselier en Raden. 1525-1629. Typoscript Zwolle 1976

Inv.nrs. 30-34 Judiciaalregisters 1530-1579.

N.B. De registers van 1530-1550 zijn verkort uitgegeven door J.I. van Doorninck, Overijssel onder Karel V. Gekend uit regesten op officieele registers en daarbij behorende acten (Deventer 1889).

inv.nrs. 35-38 Diversen, 1542-1563.



Afb. 15 'Juditiael Register van Claringen der Lantschap van Overijssel', band van het protocol van gerichtshandelingen en vonnissen, 1607-1628.

Gemeentearchief Kampen

J. Don, De archieven der gemeente Kampen. Deel I Het Oud-Archief. Kampen 1963
Inv.nrs. 2501-2509 Registers van besluiten van gehouden klaringen, 1460-1686. 9 delen.

In hoofdstuk 3 zijn de bronnen en de daarop betrekking hebbende literatuur uitgebreid beschreven. Het *Compendium van het Overijssels recht vóór 1811* van E.D. Eijken is op dit moment de beste ingang voor de bestudering van de Overijsselse rechtsgeschiedenis.

11 GLOSSARIUM

aanspraak	eis als aanvang van een proces
actum ut supra	gedaan als boven (de in het stuk beschreven handeling heeft plaats gehad op de bovenaan het stuk behandelde datum)
admitteren	toelaten
ampliatie	uitbreiding, aanvulling
annulleren	vernietigen
antwoord	verweer van een gedaagde op de eis
apostille	kanttekening die de beschikking op het rekest* weergeeft
appel	vorm van hoger beroep waarbij de tenuitvoerlegging van het eerdere vonnis wordt opgeschort
appellant	degene die appel* instelt of heeft ingesteld
approbatie	goedkeuring
arrest	
artikel	punt of onderdeel van een schriftuur dat in het proces is ingediend
belering	advisering over vonnissen door onpartijdige rechtsgeleerden
cas	zaak, geval
causa	zaak waarover het geding gaat
cautie	borgstelling, borgtocht
compareren	verschijnen in rechte
compensatie	compensatie van kosten, dat wil zeggen dat elk van beide partijen in het proces haar eigen proceskosten betaalt
conclusie	bevat de eisen van een partij
condemneren	veroordelen
consenteren	goedkeuren
consigneren	in bewaring geven
contenderen	eisen
contradictie	tegenspraak
(ge)contumaceerde	degene die, hoewel hij daartoe wel verplicht was, niet op een zitting van de rechtbank is verschenen en daarom contumax verklaard is

costumier recht	gewoonterecht
cum expensis	letterlijk: met de kosten, ofwel dat veroordeling van de tegenpartij werd gevraagd om de kosten van het proces te dragen
declinatoire exceptie	eiser eiste voor de verkeerde rechter
defaillant	partij die op de gestelde rechte dag niet in rechte verschijnt
default	verstek, gebrek, niet verschijnen op de gestelde rechte dag
deliberatie	beraadslaging
dictum	essentie van een vonnis; eigen oordeel van de referent in de vorm van een conceptvonnis
dilatoire exceptie	verweer dat de eiser niet op juiste wijze eiste
domicilium citandi	woonplaats waar een gedaagde opgeroepen kon worden
eis	aanvang van een proces
examineren	onderzoeken
excepties	verweermiddelen
executie	tenuitvoerlegging
exhiberen	tonen, voorleggen
expireren	verstrijken (van een termijn)
exploit	mededeling door een deurwaarder, uitbrengen van de dagvaarding (aan de gedaagde of aan getuigen)
feudaal	leenrechtelijk
gedaagde	verweerder in eerste aanleg
geïntimeerde	verweerder in hoger beroep
gerekwireerde	partij aan wie een verzoek is gedaan
gravamina	bezwaren
grieven van appel	argumenten die appellant wilde aanvoeren voor hoger beroep
hinc inde	letterlijk: van de ene en de andere partij
homologatie	goedkeuring of bekrachtiging
illico	letterlijk: terstond
impetrant	eiser
inhaereren	(van gerechtelijke informatie) inbrengen, invoegen
interlocutoir vonnis	tussenvonnis, uitgesproken in de loop van het geding
interrogatoria	ondervragingen
judiciaal	register waarin de vonnissen werden geschreven
jura	tarief (van een rechterlijk ambtenaar of advocaat)

juramentum calumniae justificatie	eed ter ontkenning van kwade trouw eis als aanvang van een proces
litigator litiscontestatie	hij die een proces aanspant moment waarop eis en antwoord bekend zijn en het rechtsgeding feitelijk een aanvang neemt
mandaat	bevel, last
paijen	termijnen
panding	
persisteren	volharden, blijven bij
peremptoire exceptie	recht van de eiser zelf werd ontkend
possessie	bezit
possessoire zaken	bezitsvorderingen
post meridiem	letterlijk: na het middaguur
praeliminair verzoek	voorafgaand verzoek
praescriptie	verjaring
preferentie	voorrang
prefereren	voorrang verlenen
procuratie	volmacht, mandaat waarmee een procureur of advocaat namens zijn cliënt in rechte optreedt
procureur	pleitbezorger, degene die een partij in recht vertegen- woordigt, die zorg draagt voor de vereiste proceshande- lingen en processtukken
produceren	het leveren van bewijs
prolongatie	termijn van uitstel
provisioneel	voorlopig
purge/purgeren	zuivering/zuiveren
quadrupliek questies	antwoord van verweerder op tripliek van eiser betrekking hebbend op een geschil
referent van een vonnis	advocaat die advies opstelde in een rechtszaak in de vorm
rekest	verzoekschrift
rekwirant	de partij die verzoek indient
releveren	hoger beroep instellen, verheffen
reliëf	onthefving
renvooi	verwijzing van een proces naar een andere rechter
replik	tweede maal dat de aanlegger van het geding het woord krijgt
reproches	bezwaren tegen de door de wederpartij geleverde bewijzen
resolutie	besluit

resumtie	herziening; goedkeuring
retardement	vertraging
retroacta	tot een dossier gebrachte originele bescheiden of afschriften van bescheiden, die dateren van vóór de aanvang van het proces
rol	lijst van de zaken die op de zitting behandeld worden; zitting
salvatiën	weerlegging van bezwaren tegen de ingediende bewijzen
salvo	letterlijk: behoudens
sententie	vonnis
slichte klage	eenvoudige procedure waarbij de eiser van de gedaagde alleen vroeg een verplichting te bevestigen of ontkennen
straffe	verweer van geappelleerde
taxeren	kosten begroten, raming van de proceskosten
tripliek	weerlegging door eiser van dupliek van verweerder
triumfant	winnaar van een proces in hoger beroep
uitheems	niet-Overijssels
ut supra	letterlijk: zoals hierboven
verifiëren	bewijzen, de echtheid of juistheid vaststellen
vidimus	gelegaliseerd afschrift van een oorkonde of origineel document

12 VERANTWOORDING ILLUSTRATIES

Alle illustraties zijn afkomstig van het Historisch Centrum Overijssel in Zwolle.

- 1 Kaartencollectie.
- 2 Stadsarchief van Zwolle 1230-1830, inv.nr. 5041.
- 3 Stadsarchief van Zwolle 1230-1830, inv.nr. 5058.
- 4 Archief Hoge Bank en Klaring, oud nr. 5425.
- 5 Bibliotheek.
- 6 Bibliotheek.
- 7 Bibliotheek.
- 8 Archief Hoge Bank en Klaring, oud nr. 5580B.
- 9 Archief Hoge Bank en Klaring, oud nr. 5552.
- 10 Archief Hoge Bank en Klaring, oud nr. 5552.
- 11 Archief Hoge Bank en Klaring, oud nr. 5552.
- 12 Archief Hoge Bank en Klaring, oud nr. 5552.
- 13 Statenarchieven (Inv. Ter Kuile), inv. nr. 4019.
- 14 Handschriften van de VORG, inv.nr. 771.
- 15 Archief Hoge Bank en Klaring, oud nr. 5425.

De staatsrechtelijke geschiedenis van Overijssel is niet eenvoudig en daarom poogt deze gids voor het procesrecht in elk geval wat duidelijkheid te scheppen. De bisschop van Utrecht hield vanaf 1385 de Grote Klaring samen met de riddermatigen uit de landschappen Salland, Twente en Land van Vollenhove, alsmede met afgevaardigden van de drie grote steden. Na een ‘winterslaap’ van 41 jaar gedurende de Tachtigjarige Oorlog herleefde de Klaring in 1607 en werd deze de provinciale rechtbank tot 1795.

Na een beschrijving van samenstelling, organisatie en bevoegdheden van de Klaring worden de civielrechtelijke procedures toegelicht aan de hand van enkele boeiende rechtszaken. Daaruit blijkt dat de rechtsgang in Overijssel voordat het moderne procesrecht van kracht werd, een uniek karakter had. Vooral de rol van advocaten, die in feite de vonnissen van de lagere rechters opstelden, is bijzonder. De Procesgids is uitermate praktisch voor wie zich verdiept in de Overijsselse rechtsgeschiedenis.

Dr. P. Brood en mevrouw mr. F.A.J. van der Ven zijn rechtshistorici, werkzaam bij respectievelijk het Nationaal Archief en de Rijksuniversiteit Groningen.

