

## "SOMETTANT CEPENDANT LE TOUT AU DISCERNEMENT JUDICIEUX DE VOTRE EXCELLENCE ..."

De prealabele consultatie van het Oostenrijks Hof van Gelre als onderdeel van het wetgevingsproces in de achttiende eeuw.

door

*A.M.J.A. Berkvens*

### *Inleiding*

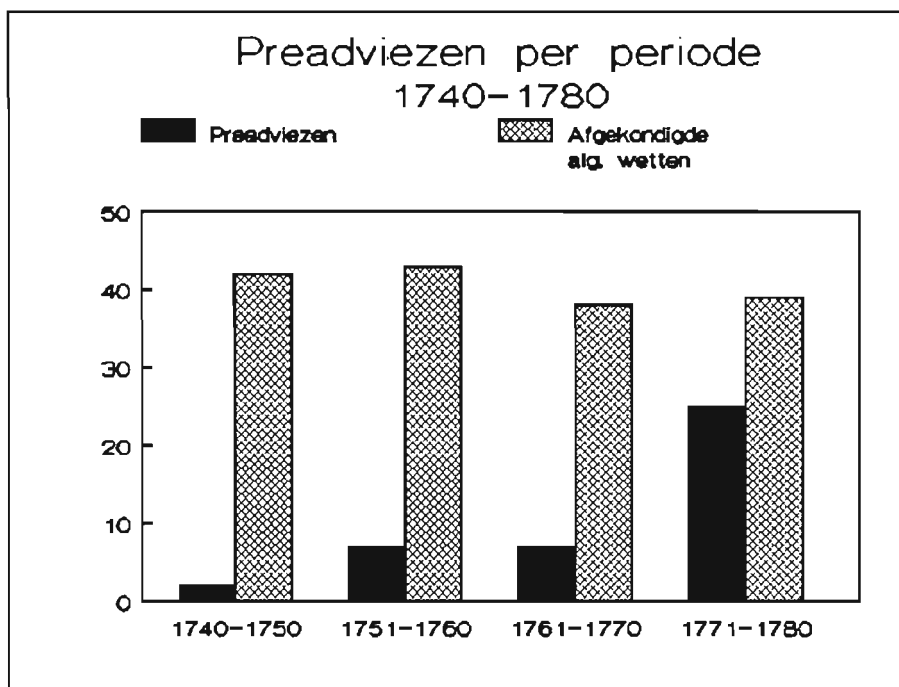
Voor de gewestelijke bestuursorganen in de Oostenrijkse Nederlanden zoals de justitiehoven en de Staten, die in het algemeen wel betrokken werden bij de voorbereiding van specifiek op gewestelijke aangelegenheden toegesneden wetgeving, was slechts een beperkte rol weggelegd bij de totstandkoming van algemene wetten.

Het wetgevend prerogatief berustte bij de gemeenschappelijke vorst en werd veelal namens hem uitgeoefend door de landvoogd en sedert Maria Theresia ook wel door de gevolmachtigd minister, die terzake tot besluitvorming bevoegd waren. De technische voorbereiding werd voor wat betreft aangelegenheden van politie en justitie overgelaten aan de Geheime Raad en voor wat betreft economische aangelegenheden aan de Raad van Financiën, of aan bijzondere "jointes" die onder deze raden ressorteerden. Ten einde de kwaliteit van de wetgeving te bevorderen en de naleving ervan te verzekeren werd door deze organen van de centrale regering ook wel het advies ingewonnen van de provinciale justitiehoven of van de Staten der gewesten, alvorens de eindredactie van een verordening vast te stellen en tot uitvaardiging ervan over te gaan.

De ratio van deze praktijk werd door Patrice François de Nény, hoofdvoorzitter van de Geheime Raad (1758-1783) in zijn *Mémoires historiques et politiques sur les Pays-Bas autrichiens* als volgt geformuleerd: "comme il est de la gloire d'un prince de ne rien établir qui ne mérite de durer toujours, la prudence exige qu'il consulte bien avant que d'ordonner, qu'il écoute pour être obéi sans représentation, et qu'il donne une autorité solide à ses ordonnances pour la sagesse de la justice".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> [P.F. de Nény], *Mémoires historiques et politiques des Pays-Bas autrichiens*, Neufchâtel 1784, 317-318; t.a.v. van P.F. de Nény als staatsman, zie G. van Dievoet (ed.), *Patrice de Nény (1716-1784) et le gouvernement des Pays-Bas autrichiens*, Kortrijk-Heule 1987 (Standen en Landen 88); t.a.v. diens memories zie L.P. Gachard, *Les mémoires historiques et politiques du chef et président de Nény*, in: *Bulletin de l'academie royale de Belgique des lettres, beaux arts, etc.* 8 (1840) 358-372; C. Sorgeloos,



Afb. 1 Door kanselier en raden uitgebrachte preadviezen. Ter vergelijking de door hen in de overeenkomstige periode in opdracht van de Geheime Raad afgekondigde algemene wetten. (Bron: Plakkaatregisters en consultboeken Hof van Gelre)

Hoe vaak en in welke gevallen de centrale regering de gewestelijke justitiehoven aldus actief bij de voorbereiding van algemene wetten betrok, is een nog nauwelijks bestudeerd onderwerp. Volgens Poulet betreft het een "ancienne coutume nationale, vivace au XVI<sup>e</sup> et au XVII<sup>e</sup> siècle, parfois encore suivie du temps de Nény", terwijl Douxchamps-Lefèvre daarentegen het erop houdt, dat de wetgever de hoge gerechtshoven in de gewesten *dikwijls* raadpleegt.<sup>2</sup> Pas in 1790 wordt consultatie van de gewestelijke justitiehoven als onder-

*Les mémoires historiques et politiques sur les Pays-Bas autrichiens de Patrice François de Nény. Rédaction, diffusion et publication*, Brussel 1989 (Archives et Bibliothèques de Belgique, Numéros spéciaux 38); C. Sorgeloos, *L'analyse scientifique des imprimés anciens et l'histoire des idées. Un cas de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle: Les Mémoires historiques et politiques de P.F. de Nény*, in: *Archives et Bibliothèques de Belgique* 60 (1989) 9-34.

<sup>2</sup> Cf. E. Poulet, *Les constitutions nationales belges de l'Ancien Régime à l'époque de l'invasion française de 1794*, Brussel 1875, 375 en C. Douxchamps-Lefèvre, *Regeringsbeslissingen op wetgevend gebied, 16e-18e eeuw*, in: *De Besluitvorming vroeger en nu*, Brussel 1975 (Algemeen Rijksarchief en Rijksarchieven in de Provinciën), 3-30, t.a.p. 12. Cursiveringen van mij.

deel van het wetgevingsproces dwingend voorgeschreven.<sup>3</sup>

In het hierna volgende zal op een aantal aspecten van deze praktijk van prealabele consultatie worden ingegaan, aan de hand van "preadviezen" van het Hof van Gelre te Roermond uit de regeringsperiode van Maria Theresia (1740-1780). Daarbij zal aandacht worden besteed aan de vraagstelling vanuit de centrale regering, de totstandkoming en de inhoudelijke mérites van de ingediende adviezen van het Hof van Gelre. Consultaties met betrekking tot verordeningen die in beginsel alleen voor Oostenrijks Gelre bestemd waren en eventuele vertogen achteraf tegen eenmaal uitgevaardigde en afgekondigde verordeningen zullen verder buiten beschouwing worden gelaten.

### *Adviesvraag*

In de consultboeken van het Hof van Gelre te Roermond zijn uit de regeringsperiode van Maria Theresia (1740-1780) 41 preadviezen bewaard gebleven, waarvan er 25 dateren uit de periode 1771-1780. Op grond van de spreiding van die adviezen in de tijd, kan men stellen, dat het Hof van Gelre in deze periode aanvankelijk slechts incidenteel, maar vanaf 1771 in toenemende mate, door de Geheime Raad werd betrokken bij de voorbereiding van wetten. Deze preadviezen betreffen een breed scala van onderwerpen van algemeen belang, die naar het gevoel van de centrale regering nadere wettelijke regeling zouden behoeven. Hierbinnen kan men een drietal zwaartepunten onderscheiden, zoals voorgenomen hervormingen van het burgerlijk recht, het strafrecht en strafprocesrecht en tenslotte de wetgeving, door middel waarvan de Belgische Kerkpolitiek van De Nény gestalte kreeg.

De civielrechtelijke preadviezen hebben betrekking op onderwerpen uit het personen- en familierecht, het verbintenissenrecht en het rechtspersonenrecht. De strafrechtelijke preadviezen betreffen onder andere de criminele procedure ten plattelande, de afschaffing der tortuur, de bestraffing van specifieke delicten, zoals verbreking van verbanning, gekwalificeerde diefstal, domestieke diefstal en frauduleus bankroet. Ook preadviseren kanselier en raden in verband met voorgenomen hervormingen ten aanzien van kerkpolitieke en kerkrechtelijke aangelegenheden, zoals de admmissie van postulanten door kloosters, de acquisitie van onroerend goed in de dode hand, proceskosten bij procedures voor kerkelijke rechtbanken, kerkelijke pensioenen, pauselijke "reserven" bij de collatie van beneficiën,

---

<sup>3</sup> Cf. declaratie d.d. 19 maart 1791, terzake van het Verdrag van 's Gravenhage van 10 december 1790, in: ROPBa 3.14.17 en 3.13.647.

aanspraken van bisschoppen op opengevallen nalatenschappen van geestelijken, en - last but not least - de besteding van het vermogen der kerkfabrieken.



Afb. 2 (Bron: Consultboeken Hof van Gelre 1740-1780)

De vraagstelling van de Geheime Raad varieerde naar gelang van het stadium, waarin de gewestelijke justitieshoven bij de voorbereiding werden betrokken. Gerangschikt naar de mate waarin de Geheime Raad de gewestelijke justitieshoven de vrije hand liet, kan men een drietal categorieën onderscheiden:

- open vraagstelling, kenmerkend voor het vroegste conceptuele stadium (n = 16);
- verzoeken om commentaar aan de hand van een reeds uitgewerkt, al dan niet definitief concept, waarbij de ondergrens wordt gevormd door het verzoek zich louter op voorhand uit te spreken over de vraag of het opportuun zou zijn het voorliggend ontwerp in het eigen gewest af te kondigen (n = 15);
- de gestuurde vraagstelling, waarbij de centrale regering door middel van een uitvoerige "memorie van toelichting" de opinievorming in de gewenste richting tracht te leiden, al dan niet in combi-

natie met een uitgewerkt wetsontwerp (n= 10).

Van een open vraagstelling kan men spreken, wanneer de Geheime Raad aan kanselier en raden mededeelt voornemens te zijn een bepaalde materie aan "une règle fixe et uniforme" te onderwerpen, en hen vervolgens uitnodigt, daartoe de nodige voorstellen te doen, zonder dat op voorhand wordt aangegeven in welke richting de centrale regering zelf denkt. Een voorbeeld van een dergelijke aanpak vindt men in de *dépêche* van 2 juni 1756, waarbij kanselier en raden worden uitgenodigd voorstellen te doen met betrekking tot de bestraffing van degenen die, reeds veroordeeld tot verbanning op straffe van de galg, hun verbanning hebben verbroken, en derhalve naar de rigeur der strafwet gehangen zouden moeten worden, hetgeen onder omstandigheden wel eens een al te draconische oplossing zou kunnen zijn en de rechters dientengevolge in gewetensnood zou kunnen brengen.<sup>4</sup>

Een sterkere mate van sturing gaat uit van een compleet wetsontwerp, dat wordt toegezonden met de opdracht dit te onderzoeken en eventueel suggesties te doen ter aanvulling.<sup>5</sup> Kanselier en raden dienen zich in dergelijke gevallen in beginsel te beperken tot redactioneel commentaar en opmerkingen over de opportuniteit van de eventuele afkondiging ervan in Oostenrijks Gelre.

De mate van sturing is uiteraard nog veel sterker, wanneer aan het wetsontwerp ook nog een "memorie van toelichting" wordt toegevoegd. Dit middel werd door de Geheime Raad o.a. gebruikt in het kader van de zgn. Belgische kerkhervorming, een kerkpolitiekstreven van de centrale regering, dat er op gericht was de kerkelijke jurisdictie in te perken en kerk en clerus dienstbaar te maken aan het doel van de staat.<sup>6</sup> Hoewel deze methode nog niet werd gevolgd bij de voorbereiding van het edict van 15 september 1753 over de acquisitie van onroerend goed in de dode hand, waarbij het kerkelijke instellingen verboden werd nog goederen te verwerven zonder toestemming van de wereldlijke overheid, werd zij wel gebruikt voor

---

<sup>4</sup> RAL, archief Hof van Gelre 52, fol. 213-214; in hun preadvies d.d. 20 juli 1756 tonen kanselier en raden zich er voorstander van verbanning op straffe van de galg af te schaffen en te vervangen door levenslange gevangenisstraf.

<sup>5</sup> "...vous chargeant d' en examiner le contenu et de nous envoyer le plûtôt qu'il se pourra, les observations dont vous croyez cet objet susceptible ..." (*dépêche* van 18 augustus 1766, RAL, archief Hof van Gelre 55, fol. 21).

<sup>6</sup> J. Roegiers, Kerk en Staat in de Oostenrijkse Nederlanden, in: *NAGN* 9, 361-375; voor een overzicht van de belangrijkste verordeningen die in het kader van dit streven naar een Belgische Kerk werden uitgevaardigd: E. Persoons, De reguliere clerus: een statistische benadering, in: *NAGN* 9, 389-395.

een reeks maatregelen die in 1771 werd voorbereid, zoals het verbod terzake van het heffen van admissie-gelden van novicen (edict van 13 mei 1771), het verbod van pauselijke reserven bij de collatie van beneficiën, dat pas in 1783 zou worden afgekondigd, het verbod van de "exacties" der bisschoppen en dergelijke.

Het is aannemelijk, dat dergelijke "memories van toelichting" een dubbel doel dienden. Enerzijds waren zij een middel tot indoctrinatie. Zij maakten de geesten van de raadsheren der justitiehoven rijp voor de toepassing van de kerkpolitiek van de centrale regering. Daarnaast maakten zij het mogelijk door middel van de naar aanleiding ervan ingediende adviezen de mate van consensus ten aanzien van die doeleinden te peilen.

Dit element van indoctrinatie speelde zeer duidelijk een belangrijke rol bij de voorbereidingen van de hervorming van het strafrecht en strafprocesrecht. Nadat een eerste enquête in 1765 een voor hervormingsgezinden zeer teleurstellend resultaat had laten zien,<sup>7</sup> werd in 1771 een nieuwe poging gedaan, waarbij twee memories van de hand van de president van de Grote Raad van Mechelen, Goswin de Fierlant, werden gebruikt als middel om de gedachtenvorming in de gewenste Beccariaanse richting te sturen.<sup>8</sup>

### *Preadviezen van het Hof van Gelre*

#### PROCEDURE

Hoe gingen kanselier en raden te werk, wanneer hun opgedragen werd een preadvies uit te brengen over wetgevingsaangelegenheden?

De gegevens hierover zijn betrekkelijk schaars. In een aantal gevallen is er sprake van, dat de momboir of raad-fiscaal belast wordt met het opstellen van een preliminair rapport. In een aantal gevallen wordt vermeld, dat een der raadsheren - bij voorkeur de latere kanselier Willem Joost Luytgens - als rapporteur is aan-

---

<sup>7</sup> Uitgegeven door L.P. Gachard, in: *Proces Verbaux de la Commission royale des anciennes lois et ordonnances* 3 (1860) 97-195.

<sup>8</sup> Cf. E. Hubert, Un chapitre de l'histoire du droit criminel dans les Pays-Bas autrichiens au XVIII<sup>e</sup> siècle. Les mémoires de Goswin de Fierlant, in: *Compte rendu des séances de la commission royale d'histoire*, série 5, 5 (1895) 154-253; alwaar ook de teksten van beide memories ("Observations sur la torture" en "Observations sur l'insuffisance ... des peines afflictives") als bijlagen zijn afgedrukt. Zie thans ook C. Brueneel, Goswin de Fierlant. Observations sur la torture 1771, in: H. Hasquin, *Les lumières dans les Pays-Bas autrichiens et la principauté de Liège*, Brussel 1983, 8-9.

gewezen.<sup>9</sup> Aan de hand van de rapporten van de momboir en van de rapporteur stellen kanselier en raden vervolgens in een plenaire vergadering het uiteindelijke preadvies vast.<sup>10</sup> Zij dragen er zorg voor, wanneer de meningen verdeeld zijn, zowel het meerderheids- als het minderheidsstandpunt weer te geven.<sup>11</sup>

Hoewel er gemiddeld bijna vier maanden verstreken tussen de dagtekening van het bevel van de Geheime Raad en de expeditie van het antwoord, werd het merendeel van de preadviezen binnen de twee maanden uitgebracht. De tragere afdoening was in een aantal gevallen te wijten aan de lange duur van het zomer-reces en de afwezigheid van een quorum.<sup>12</sup> In 1771 was een cumulatie van adviesaanvragen hieraan zeker mede debet. In enkele gevallen liep de termijn tot bijna 12 maanden uit en was een iteratief bevel van de Geheime Raad noodzakelijk, alvorens kanselier en raden het gevraagde preadvies uitbrachten.<sup>13</sup> Eenmaal compleet, werd het

---

<sup>9</sup> Raadsheer Willem Joost Luytgens werd o.a. belast met het rapport met betrekking tot de criminele justitie ten plattelande in 1765 (RAL, archief Hof van Gelre 56, fol. 115-116); de procesbevoegdheid van gilden en ambachten in 1767 (RAL, archief Hof van Gelre 56, fol. 16-21); de particuliere gevangenis van der kloosters in 1775 (RAL, archief Hof van Gelre 60, fol. 24-33).

<sup>10</sup> Gegevens over de duur van deze vergaderingen zouden kunnen worden ontleend aan de rekeningen van de ontvanger van de exploiten van het Hof van Gelre. Cf. RAL, archief Hof van Gelre 24, fol. 38-46, beschikking van de Raad van Financiën van 17 april 1776, n.a.v. declaraties van kosten i.v.m. het uitbrengen van een aantal preadviezen in 1771.

<sup>11</sup> Cf. advies over de appèlprocedure voor kerkelijke rechtbanken van 11 mei 1769, waar vier raadsheren voorstander blijken te zijn van het verplicht stellen van authentieke afschriften van procesakten; terwijl vier confrères zich hiertegen verklaren (RAL, archief Hof van Gelre, 55, fol. 89'-91"). In een advies over het begraven binnen de steden, blijkt een minderheid er voorstander van te zijn deze praktijk te Roermond te laten voortbestaan, aangezien de stad zo weinig dicht bevolkt is, dat voor besmettelijke ziekten e.d. niet hoeft te worden gevreesd (RAL, archief Hof van Gelre 58, fol. 13-25).

<sup>12</sup> Op 18 augustus 1771 verzoeken kanselier en raden uitstel i.v.m. het uitbrengen van een advies over de "*Mémoire sur les abus et les inconveniens qui resultent de ce qu'on tolère les dots et pensions pour l' admission des religieux en convents*". Aangezien het Hof met reces is, zijn er onvoldoende raadsheren aanwezig (RAL, archief Hof van Gelre 55, fol. 140). Het gevraagde uitstel wordt door de gevolmachtigd minister graaf Starhemberg verleend.

<sup>13</sup> Bij dépêche van 16 maart 1772 gelastte de Geheime Raad "sans ulterieur delai" preadviezen in te dienen over de afschaffing van de pijnbank, het begraven binnen de steden, en de exacties van de bisschoppen, waartoe opdracht was gegeven op respectievelijk 22 juni, 10 juli en 7 juli 1771 (RAL, archief Hof van Gelre 57, fol. 55).

preadvies in eerbiedige bewoordingen aan de landvoogd of aan de Geheime Raad aangeboden: "soumettant cépendant le tout au discernement judiciaire de votre excellence ..."

#### INHOUD

In hun preadviezen besteden kanselier en raden als regel aandacht aan een aantal aspecten. Naast een algemene politieke en juridische analyse, waarbij als het ware *in abstracto* de vraag centraal staat of de voorgestelde maatregelen geschikt zijn om het doel te bereiken, dat de centrale regering, blijkens de toegevoegde "memorie van toelichting" of blijkens de preambule, voor ogen staat, wordt aan de hand van een schets van de concrete situatie in Oostenrijks Gelre ook onderzocht in hoeverre de voorgestelde maatregelen zich verdragen met het aldaar geldende recht en welke effecten de invoering van de voorgestelde wetgeving er zou kunnen hebben. Tenslotte volgen op basis van deze beschouwingen eventuele concrete aanbevelingen met betrekking tot de definitieve redactie, of met betrekking tot de invoering van het voorliggende ontwerp.

De algemene politieke en juridische beschouwingen van kanselier en raden geven een indicatie van het intellectuele klimaat. In de preadviezen treft men verwijzingen naar auteurs zoals Beccaria, Van Espen, De Mirabeau, Montesquieu en Quesnay. Inhoudelijk bezien drukken zij een grote mate van instemming uit met het streven van de centrale regering, de invloed van de burgerlijke overheid uit te breiden en de macht van de geestelijkheid te beperken.<sup>14</sup> Het voornemen het kerkelijk bezit van onroerende goederen aan banden te leggen wordt door hen met instemming begroet.<sup>15</sup> Hetzelfde geldt voor het streven minderjarigen te verbieden in het klooster te treden en het heffen van admessie-gelden te verbieden. Zij merken op, dat de kerk vanaf het Concilie van Nicea van 787 tot en met het Concilie van Trente het betalen van een bruidschat ter gelegenheid van de intrede in het klooster heeft verboden en dat deze regels door de Synode van Kamerijk in 1570 nadrukkelijk zijn geadopteerd. Dat uitgerekend de kerk haar eigen regels schendt en deze vorm van simonie op grote schaal gedooft, maakt het naar hun mening noodzakelijk, dat de soevereine macht, als beschermster van de kerk, aan deze misstand paal en perk stelt. Dat de staat het recht heeft regels te stellen om te voorkomen, dat minderjarigen intreden in kloosters, vinden kanselier en raden vanzelfsprekend.

---

<sup>14</sup> Cf. P. Lenders, *De Zuidelijke Nederlanden onder Maria Theresia 1740-1780*, in: *NAGN* 9, 92-112.

<sup>15</sup> RAL, archief Hof van Gelre 51, fol. 49-53.





*Maria Theresia (1740-1780). Olieverf op doek door Helena Leemans (1751).  
Collectie stadhuis Roermond Foto: Commissie Limburgse Iconografie G. Hukkelhoven.*

Het reservoir waaruit de staat kan putten voor de vervulling van bestuurlijke en militaire functies en ten behoeve van industrie, handel, nijverheid en wetenschappen "dont depend la conservation de l' Etat", wordt er door uitgeput.<sup>16</sup> Ook het voorstel uit 1770 om de pauselijke invloed op de kerkelijke benoemingen in de Zuidelijke Nederlanden te beperken - voorwaarde voor het voeren van een eigen Belgische kerkpolitiek - vindt bij hen een gunstig onthaal. Kanselier en raden nemen hier zelfs de vrijheid te komen met een geheel eigen wetsontwerp van zeven artikelen.<sup>17</sup> Een voorstel van de Geheime Raad om het kerkelijk recht van asyl te beperken en dit voor 25 specifieke misdrijven zelfs geheel af te schaffen, gaat kanselier en raden lang niet ver genoeg. Zij zijn "à pluralité des suffrages" van mening dat men het recht van asyl maar beter geheel zou kunnen afschaffen.<sup>18</sup>

Ten aanzien van de voorgenomen hervormingen van het strafrecht en van het strafprocesrecht, blijken kanselier en raden - anders dan de conservatievere momboir R.J. van Dunghen - duidelijke voorstanders van humanisering van het strafrecht. Reeds in 1756 - dus nog ruim voor het verschijnen van *Dei delitti e delle pene* in 1764 - in hun preadvies over de bestraffing van verbreking van verbanning op straffe van de galg, tonen zij zich er uit christelijk humanitaire overwegingen voorstander van verbanning op straffe van de galg af te schaffen en te vervangen door gevangenisstraf en dringen zij aan op het inrichten van daartoe geschikte penitentiaire inrichtingen.<sup>19</sup> Vergelijkbare standpunten worden ingenomen in het advies over de bestraffing van domestieke diefstal<sup>20</sup> en terzake van de afschaffing van de tortuur in 1766.<sup>21</sup> Zij zitten daarmee al vroegtijdig op dezelfde lijn als de hervormingsgezinden te Brussel, zoals De Fierlant en De Robiano.<sup>22</sup> Ook in hun advies terzake van de bestraffing van gekwalificeerde diefstallen van 26 juli 1777 bepleiten zij de afschaffing der "peines afflictives", aangezien deze straffen het kwaad niet bij de

---

<sup>16</sup> RAL, archief Hof van Gelre 55, fol. 121-155; met name fol. 141-147.

<sup>17</sup> RAL, archief Hof van Gelre 55, fol. 185-229.

<sup>18</sup> RAL, archief Hof van Gelre 60, fol. 49-56; advies van 22 april 1776.

<sup>19</sup> RAL, archief Hof van Gelre 52, fol. 213-214.

<sup>20</sup> RAL, archief Hof van Gelre 55, fol. 21-32.

<sup>21</sup> RAL, archief Hof van Gelre 56, fol. 82-95.

<sup>22</sup> Cf. J.W. Bosch, Aantekeningen over de algemene strekking van de Premières Idées van Goswin de Fierlant, in: *TRG* 23 (1955) 53-74; idem, Le jugement de Goswin de Fierlant sur la magistrature en Belgique à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle selon les deux manuscrits des premières idées sur la réformation des lois criminelles, in: *TRG* 24 (1956) 48-60.

wortel aanpakken. Voorrang dient te worden gegeven aan de bestrijding van ledigheid en bedelarij. Opnieuw dringen zij aan op de inrichting van "maisons de force".<sup>23</sup>

De schetsen van de concrete situatie in het Overkwartier geven een beeld van de praktische consequenties, indien de door de Geheime Raad voorgestelde wetgeving inderdaad zou worden ingevoerd. Hier blijkt vaak sprake te zijn van een spanningveld tussen het abstracte en het concrete.

In hun reactie naar aanleiding van de *Mémoire sur les abus et les inconveniens qui résultent de ce qu'on tolère les dots et pensions pour l' admission des religieux en convents*, die hun op 21 mei 1771 ten fine van advies werd toegezonden, geven kanselier en raden duidelijk te kennen, geen voorstander ervan te zijn, dat kloosters van novicen bij gelegenheid van hun intrede een bruidschat eisen. Tegelijkertijd zijn zij zich ervan bewust, dat een groot deel van de kloosters te Roermond en Weert zonder dergelijke admis­sie-gelden niet zou kunnen bestaan, aangezien zij onvoldoende gedoteerd zijn. Met name voor Roermond worden de consequenties van het eventuele verdwijnen van die kloosters voor de stedelijke economie onaanvaardbaar geacht. Leegstand van vrijwel alle grote gebouwen in de stad en de totale ruïne van de lokale ambachtslieden en neringdoenden zou er het gevolg van zijn. Bovendien zouden de stedelijke kassen het nodige aan consumptiegelden derven, met als consequentie dat het stedelijk aandeel in bede en subsidie niet meer opgebracht zou kunnen worden. Ook anderszins zou het verdwijnen der kloosters onaanvaardbaar zijn, aangezien de stad voor het onderwijs aan de burgerij afhankelijk is van de Ursulinen, die er een school op na houden voor de kinderen uit de burgerij, terwijl zonder de inspanningen der Zwarte Zusters de ziekenzorg in gevaar komt. Vandaar de aanbeveling deze nuttige kloosters te ontzien en ze, bij invoering van de voorgestelde wetgeving, door middel van financiële tegemoetkomingen in staat te stellen hun onmisbare werkzaamheden voort te zetten.<sup>24</sup>

In hun preadviezen over voorgenomen hervormingen van het burgerlijke recht en van het formele en materiële strafrecht toetsen kanselier en raden de voorstellen van de centrale regering aan de in het Overkwartier reeds vigerende wetgeving en vooral ook aan het

---

<sup>23</sup> RAL, archief Hof van Gelre 60, fol. 185-189, advies van 26 juli 1777.

<sup>24</sup> RAL, archief Hof van Gelre 55, fol. 121-155. Het onderscheid tussen nuttige en onnutte kloosters is nadien uitgewerkt in de ordonnantie van 2 juli 1783 (ROPBa 3.12.255).

costumiëre recht, in casu aan de in 1619 gehomologeerde *Geldrische Landt- ende Stadtrechten int Overkwartier van Ruermundt* (GLS).

Toetsing aan de in het Overkwartier vigerende wetgeving komt aan de orde in het preadvies over de concept-ordonnantie terzake van frauduleus bankroet.<sup>25</sup> De opstellers van het wetsontwerp veronderstellen, dat de plakكاتen van 7 oktober 1531 en 4 oktober 1540 algemene gelding hebben in de Zuidelijke Nederlanden en borduren daarop voort.<sup>26</sup> Zowel de momboir als kanselier en raden bestrijden zulks. Beide plakكاتen zijn anterior aan het Tractaat van Venlo van 1543 en zijn in het hertogdom Gelre niet afgekondigd, ergo "ils n'y ont jamais fait la loi". In voorkomende gevallen behelpt men zich in het Overkwartier met bepalingen van het Gelderse Landrecht.<sup>27</sup>

In het preadvies terzake van "domestieke" diefstal van 8 oktober 1766 neemt toetsing aan het GLS een belangrijke plaats in.<sup>28</sup> De opstellers van de conceptverordening hebben zich op het standpunt gesteld, dat diefstal door dienstepersoneel door de rechters veelal te licht wordt gestraft. Zij stellen nu op grond van art. 61 van de Criminele Ordonnantie van 5 juli 1570, dat rechters gebonden zijn aan de strafwet en dat het hen niet vrij staat daarvan ten gunste van de verdachte af te wijken en een extraordinaris straf, "souvent bien légièremment" op te leggen. Domestieke dieven dienen te worden veroordeeld tot de dood door de strop. In lichte gevallen kan worden volstaan met geseling en eeuwige verbanning. Werkgevers zijn aangifteplichtig, op straffe van een boete van 300 gulden.

Blijkens zijn advies is de momboir R.J. van Dunghen niet gelukkig met het aan banden leggen van de beoordelingsvrijheid van de rechter. In het stelsel van het GLS geldt diefstal door huispersoneel eerder als een geprivilegieerd dan als een gekwalificeerd delict. Hij zou graag vasthouden aan de in GLS 370 art. 1 vastgelegde mogelijkheid onder omstandigheden met een "mindere lijffstraffe" te volstaan.<sup>29</sup> Hij heeft zo zijn twijfels ten aanzien van de afdwingbaarheid van de aangifteplicht; het gaat hier tenslotte als regel om

---

<sup>25</sup> RAL, archief Hof van Gelre 53, fol. 7<sup>v</sup>-12<sup>v</sup>; preadvies van 3 juli 1758.

<sup>26</sup> Voor een korte karakteristiek van beide ordonnancies, zie: J. Gilissen, *Historische Inleiding tot het recht*, Antwerpen 1981, 323.

<sup>27</sup> GLS 360, art. 3 en GLS 370, artt. 3 en 4.

<sup>28</sup> RAL, archief Hof van Gelre 55, fol. 21-32.

<sup>29</sup> Cf. H. Reckmann, *Das Strafrecht der Geldemischen Land- und Stadtrechte in dem Oberkwartier von Roermond*, Geldern 1930, 59.

"geheime" diefstallen. Onder het motto "Vont men geen prangdieven, men vont geen hangdieven" bepleit hij wel nog de uitbreiding van het ontwerp met een aparte strafbepaling voor helers.<sup>30</sup>

Kanselier en raden nemen eveneens een genuanceerd standpunt in ten aanzien van het voornemen domestieke diefstal rigoureuus te straffen. Zij wijzen er in dit verband op, dat de Codex Criminalis Carolina van 1532 de reputatie heeft van zowel het strengste als het minst nageleefde strafrecht te zijn. Soms zou een reprimande meer op zijn plaats zijn dan lijfstraf. De straf van geseling en eeuwige verbanning zagen zij hoe dan ook gaarne vervangen door gevangenisstraf. Een praktisch bezwaar is bovendien dat een exacte maatstaf ontbreekt om te kunnen vaststellen wanneer er sprake is van een licht geval. Naar hun mening zou de omvang van het probleem kunnen worden terug gedrongen door geen knechten en meiden in dienst te nemen die niet over uitstekende referenties beschikken.<sup>31</sup>

Een ander voorbeeld van toetsing aan het GLS biedt het preadvies over de criminele rechtspleging ten plattelande en de afschaffing der tortuur van 30 juni 1766.<sup>32</sup> Naar aanleiding van het voorstel van de centrale regering om door middel van herafkondiging van de criminele ordonnantiën van 1570 een einde te maken aan een groot aantal misstanden die zich vooral in Brabant met betrekking tot de criminele jurisdictie ten plattelande hebben voorgedaan, zien kanselier en raden zich genoodzaakt in een aparte bijlage een artikelsgewijze vergelijking te maken tussen de Criminele Ordonnantie op de stijl van procederen van 9 juli 1570 (CO o.d. S), het Eeuwig Edict van 1611 (EE) en het Gelderse landrecht. Hierbij wordt telkens zorgvuldig gekeken, of en in hoeverre de posterieure bepalingen van het GLS overeenstemmen met de Criminele Ordonnantie op de Stijl, waarna in het geval dat er sprake is van discrepanties wordt afgewogen welke bepaling de voorkeur verdient. Ik geef slechts enkele voorbeelden:

Art. 2, 3 en 4 CO o.d. S hebben betrekking op de drie wijzen om te procederen tot aanhouding van een misdadiger, nl. op heterdaad, krachtens gerechtelijk decreet, of apprehensie "par partie formée". Deze materie is nadien opnieuw geregeld in de artt. 38 en 39 EE en in GLS 373, artt. 1, 2 en 6 "Van d' aentasten, vangen ende onderfragen van de misdadigers". De regeling in het Overkwartier wijkt op drie punten af van het de CO o.d. S:

---

<sup>30</sup> Momboir verwijst tevens naar Dig. 47, 16, 1 en naar De Damhouder, *Practijcke Criminele*, par. 116 en 117.

<sup>31</sup> Cf. ordonnantie van 23 juli 1767 (ROPBa 3.9.332).

<sup>32</sup> RAL, archief Hof van Gelre 56, fol. 82-115.

- Apprehensie "par partie formée" vindt in het Overkwartier niet plaats. Deze wijze van aanhouding was volgens art. 39 EE alleen toegelaten, waar het gebruik zulks voorschreef. GLS 384 art. 1 verbiedt het particulieren zelf strafvervolging in te stellen. Het openbaar ministerie heeft in het Overkwartier het vervolgings-monopolie. GLS 385, 2 voorziet in de mogelijkheid zich gevoegde partij te stellen.

- Art. 3 CO o.d.S. voorziet in de mogelijkheid op heterdaad betrapte misdadigers zonder gerechtelijk decreet aan te houden. GLS 373, art. 1 breidt deze mogelijkheid uit tot niet gedomicileerde vreemdelingen, "van alsulcke misdaet beruchtigt ende befaemt (sijnde)".

- Art. 4 CO o.d. S. schrijft voor, dat de rechter, indien de officier terzake van de arrestatie in gebreke blijft, zelf een onderzoek dient in te stellen en op grond daarvan een decreet van corporele apprehensie kan uitvaardigen. EE noch GLS schrijven een dergelijke actieve houding van de rechter voor.

Kanselier en raden geven voor wat deze materie betreft aan de regeling van het Gelderse Landrecht de voorkeur.

Art. 38 CO o.d. S. schrijft voor, dat de rechters vonnissen moeten volgens de edicten, plakaten en ordonnantiën. Bij gebreke van dien moeten zij zich richten naar het "droit escript commun". Kanselier en raden merken op, dat art. 42 van het Eeuwig Edict van 1611 voorschrijft in dergelijke gevallen de "usances du Pays" te volgen. Het preliminair artikel van GLS 362, tit. 2, geeft als volgorde: 1) GLS; 2) "placaten bie den Landtschap aengenomen"; 3) de "gemeine bescrevene rechten". Kanselier en raden achten het wenselijk deze volgorde te wijzigen, aangezien de sedertdien afgekondigde strafwetten uiteraard voorrang dienen te hebben boven het GLS.

Ten aanzien van art. 42 CO o.d. S., betreffende de veroordeling tot de tortuur, waarvan de interpretatie zoveel ellende heeft te weeg gebracht,<sup>33</sup> blijken kanselier en raden aanhangers te zijn van de redelijke interpretatie, namelijk dat de verdachte niet tot de pijnbank mag worden veroordeeld als er geen vol half bewijs geleverd is, en al evenmin, indien er een volledig bewijs aanwezig is.<sup>34</sup> Deze materie is voor wat betreft het Overkwartier geregeld in GLS 380, artt. 2 & 3. Hierin is bepaald, dat de heer niemand mag doen pijnigen, tenzij bij gerechtelijk decreet. Dit decreet mag slechts worden gegeven, indien het waarschijnlijk is, dat de verdachte het delict inderdaad heeft begaan; voor geringe misdrijven, of indien er slechts geringe aanwijzingen zijn tegen de persoon van de verdachte en deze van goede naam of faam is, dan is pijniging niet toegelaten.

Op grond van deze, hier slechts met enkele voorbeelden geïllustreerde, uitvoerige vergelijking van het strafprocesrecht in de criminele ordonnantiën en het GLS, concluderen kanselier en raden, dat de regelingen in het Overkwartier wezenlijk overeenstemmen met het reglement van 9 juli 1570 en met het Eeuwig Edict van 1611. Herafkondiging van de Criminele Ordonnantiën is in feite overbodig; men zou met strikte naleving van het GLS kunnen volstaan.

---

<sup>33</sup> Cf. M. van de Vrugt, *Aengaende Criminele Saken. Drie hoofdstukken uit de geschiedenis van het strafrecht*, Deventer 1982 (Rechtshistorische cahiers 4), 21.

<sup>34</sup> "On remarque que depuis la semi-preuve jusqu'à celle qui est presque complète, le juge peut ordonner la torture; ..."



Titelpagina van de eerste druk van het Gelderse Land- en Stadsrecht (1620). Gravure naar een ontwerp van P.P. Rubens. Foto: RAL H. Mordang.

Het is opvallend, dat telkens wanneer een preadvies gevraagd wordt over onderwerpen, die ook reeds door het Gelderse Landrecht worden bestreken, kanselier en raden een voorkeur uitspreken voor het handhaven van de status quo, zoals de hierboven aangehaalde voorbeelden uit de strafrechtelijke sfeer illustreren. Een dergelijke houding spreekt ook uit een aantal preadviezen met betrekking tot privaatrechtelijke aangelegenheden.

Wanneer de Geheime Raad op 20 augustus 1772 een ordonnantie heeft vastgesteld, bestemd voor het hertogdom Luxemburg, met betrekking tot de bewijskracht van akten, gepasseerd ten overstaan van schepenen, richt zij zich bij *dépêche* van gelijke datum tot kanselier en raden, met de opdracht advies uit te brengen over de wenselijkheid deze ordonnantie ook in het Overkwartier af te kondigen. In hun preadvies bespreken kanselier en raden eerst de in het GLS vastgelegde vormschriften voor testamenten, schenkingen en contracten.<sup>35</sup> Vervolgens merken zij op, dat deze regelingen in de praktijk uitstekend voldoen en dat wijziging of aanvulling zonder het prealabel consent van de Staten van het Overkwartier niet mogelijk is, aangezien de in de akte van homologatie van het GLS opgenomen garantie terzake aan een eenzijdige wijziging van het GLS door de landsheer in de weg staat.<sup>36</sup>

Een dergelijke houding wordt ook aangenomen in 1777, als kanselier en raden worden geconsulteerd met betrekking tot de vraag of het wenselijk is de ordonnantie van 29 juli 1777, die voor Brabant en Limburg op uniforme wijze regels geeft met betrekking tot de meerderjarigheid en de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen, ook in het Overkwartier af te kondigen. Ook hier houden zij vast aan de regelingen terzake zoals in het GLS vervat, en verzoeken zij Maria Theresia "qu'il puisse plaire à Votre Majesté de laisser cette province ses anciennes loix à ce sujet, sans lui faire adapter les dispositions portées par ladite ordonnance émanée pour la province de Brabant".<sup>37</sup> In de bestudeerde preadviezen, worden door kanselier en raden slechts bij uitzondering verbeteringen van het GLS voorgesteld. Dat was o.a. het geval in 1774, toen de Geheime Raad hen opdroeg, voorstellen te doen ter bevordering van de naleving van art. 12 van het Eeuwig Edict van 1611, betreffende de bewaring van testamenten onder de berusting van pastoors en notarissen. Bij deze gelegenheid stellen zij voor het voorschrift van GLS 175 art. 2 - inhoudende dat

---

<sup>35</sup> Cf. GLS 175, artt. 1-5; 177, artt. 12, 13; GLS 169, artt. 1-6; GLS 126, artt. 1 e.v.

<sup>36</sup> RAL, archief Hof van Gelre 58, fol. 72-77.

<sup>37</sup> RAL, archief Hof van Gelre 60, fol. 200-207; cf. GLS 39, par. 1; 32, par. 1; 10 artt. 1-7; 67, art. 1 e.v.



een pastoor die een testament onder zijn berusting heeft, dit testament binnen een week moet laten registreren door secretaris en schepenen "tot gerustheit van ein jegelick" - ook van toepassing te verklaren op de in GLS 175, art. 3 genoemde makingen ten aanzien van "gerede" goederen. Een voorstel van die strekking is door hen tegelijk aan de Staten voorgelegd en stuit bij dezen, blijkens een reces van 13 april 1775, niet op bezwaar.<sup>38</sup>

### *Besluit*

Het belang van de hier bestudeerde preadviezen is voornamelijk daarin gelegen, dat zij inzicht verschaffen in de attitude van kanselier en raden ten opzichte van voorgenomen hervormingsplannen uitgaande van de centrale regering. Men kan constateren, dat zij overwegend positief reageerden op de kerkpolitieke ordonnanties en op de voorgenomen hervormingen van het strafrecht. Een kritische houding werd echter aangenomen, zodra de hervormingen ten koste dreigden te gaan van het eigen costumiere recht.

Het is niet goed mogelijk het effect te meten van de preadviezen van kanselier en raden op de redactie van ordonnanties, zoals deze uiteindelijk door de Geheime Raad zijn uitgevaardigd. Daartoe zouden ook de reacties van de andere justitieshoven moeten worden bestudeerd.

Wel kan men vaststellen, dat in een aantal gevallen ordonnanties, waarover kanselier en raden mede hun licht hebben laten schijnen, nog tijdens de regering van Maria Theresia zijn uitgevaardigd. Met betrekking tot het burgerlijk recht is dit onder meer het geval geweest met het plakkaat van 6 augustus 1778, terzake van doop-, trouw- en begrafenisregisters,<sup>39</sup> en de ordonnantie van 21 januari 1771, terzake van het lichvaardig procederen op kosten van gilden en ambachten.<sup>40</sup> Van de kerkpolitieke wetten kan worden gewezen op de verordeningen van 15 september 1753, terzake van de acquisitie van goederen in de dode hand,<sup>41</sup> en van 13 mei 1771, terzake van de admmissie tot de religieuze ordes.<sup>42</sup> Op strafrechtelijk gebied kwam op 4 juni 1759 inderdaad een ordonnantie terzake van frauduleus bankroet tot stand, die ongeacht de bezwaren van kanselier en raden ook

---

<sup>38</sup> RAL, archief Hof van Gelre 59, fol. 156.

<sup>39</sup> ROPBa 3.11.293.

<sup>40</sup> ROPBa 3.10.99.

<sup>41</sup> ROPBa 3.7.256.

<sup>42</sup> ROPBa 3.10.146.

in het Overkwartier werd afgekondigd.<sup>43</sup> Hetzelfde geldt voor de ordonnantie van 23 juli 1767 terzake van domestieke diefstal.<sup>44</sup>

Andere ordonnanties zijn eerst met aanzienlijke vertraging tijdens de regering van Joseph II totstandgekomen, zoals het edict van 24 november 1783, terzake van de collatie van kerkelijke beneficiën en terzake van het hoger beroep van vonnissen door kerkelijke rechters geweest, waarvoor reeds in 1769 en 1771 de eerste adviezen werden ingewonnen.<sup>45</sup> Ook in het geval van het edict terzake van de lijkbezorging van 26 juni 1784, is er sprake van een aanzienlijk tijdsverloop tussen het moment in 1771, dat kanselier en raden als preadviseurs bij de voorbereiding werden betrokken en de uitvaardiging van het desbetreffende edict.<sup>46</sup>

De voorgenomen integrale herziening van het strafrecht en strafprocesrecht daarentegen is in het geheel niet van de grond gekomen, aangezien Joseph II in 1787 met de afkondiging van het provisioneel reglement terzake van de criminele procedure de werkzaamheden der Brusselse codificatoren doorkruiste.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> ROPBa 3.8.317.

<sup>44</sup> ROPBa 3.9.332.

<sup>45</sup> ROPBa 3.12.311.

<sup>46</sup> ROPBa 3.12.358.

<sup>47</sup> Cf. J.W. Bosch, Aantekeningen over de algemene strekking van de Premières Idées van Goswin de Fierlant, in: *TRG* 23 (1955), 72.

## **Bijlage**

### *Chronologische lijst van preadviezen*

1750: concept-ordonnantie terzake van de bestrijding cafébezoek minderjarige vrouwen (naar Brabants model)

1750: concept-ordonnantie terzake van wettelijke interest (naar Brabants model)

1751: concept-ordonnantie terzake van de mainmorte

1754: concept-ordonnantie terzake van de bestrijding van libertijnse denkbeelden d.m.v. controle op de drukpers

1755: memorie i.v.m. kosten van grote revisie

1755: reglement voor het platteland (alleen Overkwartier)

1756: filosofie-onderwijs (alleen vraag naar opportuniteit van afkondiging)

1756: verbanning op straffe van de galg (tenuitvoerlegging ook bij simpele verbreking van verbanning?)

1757: verbod van het stoken van brandewijn (ook in terres franches)

1758: concept-ordonnantie terzake van de bestrijding van frauduleus bankroet

1766: afschaffing van de tortuur; criminele rechtspleging ten plattelende

1766: concept-ordonnantie terzake van de bestrijding van domestieke diefstallen

1767: lichtvaardig procederen door ambachten en gilden

1769: kerkelijke processen in meerdere instanties

1770: memorie over doop-, trouw-, en begraafboeken

1770: memorie i.v.m. de heffing van intreegelden van novicen (met concept-ordonnantie)

1770: memorie over reserven van beneficiën (met concept-ordonnantie en alternatief ontwerp door kanselier en raden)

1771: memorie over de afschaffing der tortuur

1771: memorie over de ongemakken die samenhangen met het begraven binnen de steden en meer in het bijzonder in kerkgebouwen

1771: memorie over de administratie van inkomsten van kerkfabrieken en kerkelijke goederen

1772: memorie over de exacties der bisschoppen (pretenties t.a.v. opengevallen nalatenschappen van geestelijken)

1772: nulliteit van niet ondertekende akten (alleen vraag naar opportuniteit van afkondiging)

1773: misdaden der kinderen en infamie der ouders

1773: voorstel armentafels te begunstigen uit de nalatenschappen van reguliere pastoors

1773: bestraffing valsheidsdelicten

1773: concept-ordonnantie terzake van de procedure voor het horen van buitenlandse getuigen

1773: concept-ordonnantie terzake van de bestraffing van hulpverlening aan deserteurs

1774: bewaring van testamenten, notariële acten en kaarten van beëdigde landmeters

1774: memorie over de bestrijding van de kosten van bouw en onderhoud van parochiekerken uit de opbrengsten der tienden

1775: misbruik van kloostergevangenissen

1775: kosteloze extra missen op zon- en feestdagen

1775: regeling van militaire huwelijken en de juridische positie van "femmes externes" en hun kinderen, die niet tot de "partie militaire" behoren

1775: censuur op inhoud der bisschoppelijke mandementen

1776: rechtsvragen m.b.t. ordonnantie van 1753 terzake van de acquisitie van goederen in de dode hand

1776: concept-ordonnantie terzake van het recht van asyl

1776: concept-ordonnantie terzake van de vervalsing van wijnen door bijmenging van cider

1777: uniforme bestraffing van gekwalificeerde diefstallen

1777: concept-ordonnantie ter bestrijding van woeker en misbruik van obligaties, promessen en "billets à ordre" ter camouflage van woeker

1777: concept-ordonnantie terzake van de meerderjarigheid en de handelings-onbekwaamheid van minderjarigen

1779: bevordering van tabakscultuur door verlaging van de tiende

1780: rechtsvragen m.b.t. ordonnantie van 1753 terzake van de acquisitie van goederen in de dode hand

1780: aanvulling en interpretatie van het plakkaat van 1763 terzake van de parochiële tienden