



E.C. Coppens

Waar is recht

Over waarheid, trouw en borgstelling

Aan de hand van een middeleeuws, kerkelijke rechtszaak duikt Chris Coppens in de moeilijke problematiek van recht, trouw en waarheid. Is de juridische waarheid ook een historische waarheid en welke rol spelen vertrouwen en geloof bij de middeleeuwse rechtsbepaling?

Is recht waar?

Het proces van het vaststellen van de regels van het recht is volgens de Utrechtse wetenschapsfilosoof André Klukhuhn een zaak van een klein aantal leden van een gemeenschap, een elite dus. De leden van deze elite leggen de regels op en houden zich daarna bezig met het zoeken van mazen en gaten in de wet, 'een proces zonder eind, dat verzandt in een samenleving waarin leugenaars leugenaars leugenaars noemen.'¹ Dit klinkt waarschijnlijk als muziek in de oren van diegenen die het recht krom noemen, begrijpelijkerwijze echter niet in die van een jurist.

De historicus die dit leest hoeft evenwel niet te vroeg te juichen. In zijn geschiedenis van het lezen verhaalt de Argentijnse schrijver Alberto Manguel - hem kan meer eer gedaan worden door hem *lezer* te noemen - dat in de eerste helft van het tweede millennium voor Christus de priesters van de tempel van Sjamasj in Sippar² een monument hadden opgericht dat overdekt was met inscripties. Die teksten handelden over de verhoging van de inkomsten van de koning (en dus ook van de tempel).³ Vandaag de dag zou men kunnen stellen dat zij betrekking hadden op een herziening van het belastingstelsel die vooral gericht was op het verhogen van de fiscale druk. De priesters probeerden deze fiscale maatregel te legitimeren door

1 A. Klukhuhn, *Sterfoude wereld. Een inleiding tot de 21ste eeuw*, (Amsterdam en Antwerpen s.d. 1995) 50.

2 In het zuiden van Mesopotamië.

3 A. Manguel, *Een geschiedenis van het lezen*, (Amsterdam 1999) 20-22.

de teksten meer dan driehonderd jaar te antideren, opdat de geschiedenis aan het recht een solide basis zou bieden. Bovendien wilden zij de aanspraken van de tempel op financiële inkomsten veilig stellen door de inscripties af te sluiten met de mededeling aan de lezer: 'Dit is geen leugen, het is voorwaar de waarheid.'

Misschien wás het wel waar. Misschien had koning Manishtushu van Akkad, op wie men de fiscale maatregel wilde terugvoeren, inderdaad een dergelijke wet afgekondigd als hij meer dan driehonderd jaar later had geleefd. Men kan dit onmogelijk ontkennen, aangezien het verleden zich graag laat gebruiken door hen die naar gezag, macht of rijkdom streven. Koning Manishtushu *zou* dus ook zo gehandeld kunnen hebben.

Misschien was het ook om een andere reden waar: ook zonder historische argumentatie kan het recht gelden, als het procedureel op de juiste manier tot stand is gekomen. Het beroep op het verleden zou dan alleen een stijlfiguur zijn geweest om het geldende recht kracht bij te zetten, door de plechtige autoriteit van een door iedereen bewonderd mens in te roepen. Dit procédé is van alle tijden.⁴

Ook in de geschiedenis van het Romeinse recht en van het canoniek recht zijn er legio voorbeelden van dergelijke 'vervalsingen' door het toeschrijven van teksten aan een reeds lang overleden gezagvol persoon. Eén van de belangrijkste voorbeelden daarvan is de grote collectie van de pseudo-isidorische decretalen uit het midden van de negende eeuw. Deze in Frankrijk tot stand gekomen collectie van canoniekrechtelijke teksten is - grofweg geschat - voor bijna twee derden niet authentiek. Met grotendeels apocriefe teksten uit het verleden wilde de collectie de vrijheid van de Kerk, in casu die van de Franse bisschoppen, tegenover het zich opdringend koninklijk gezag veilig stellen.⁵ Men deed dit met het fabriceren van

4 Paradoxaal genoeg is ook de opkomst van een wetenschappelijke beoefening van de geschiedwetenschap in de tweede helft van de negentiende eeuw niet los te zien van een politieke vervalsing; het toen heersende nationalisme, dat historische argumenten nodig had voor het smeden van een sterke staat. De toen door iedereen bewonderde historicus Henri Pirenne is daar niet de geringste exponent van.

5 De pseudo-isidorische decretalen werden, met een uitgebreide inleiding, uitgegeven door Paul Hinschius, *Decretales pseudo-Isidorianae et capitula Angilramni* (Leipzig 1863). De collectie werd grondig bestudeerd door onder meer H. Fuhrmann, *Einfluss und Verbreitung der pseudoisidorischen Fälschungen. Von ihrem Auftauchen bis in die neuere Zeit* [MGH Schriften, 24. 1-3], I-III (Stuttgart 1972, 1973, 1974). Zie ook J. Rambaud-Buhot, 'La critique des faux dans l'ancien droit canonique', *Bibliothèque de l'école des Chartes*, 126 (1968) 5-62.

pauselijke brieven, keizerlijke decreten⁶ en tal van andere teksten, en het geheel werd toegeschreven aan een in de vroege Middeleeuwen algemeen erkende autoriteit, Isidorus van Sevilla. Historisch en filologisch gezien zijn deze teksten vals. Juridisch zouden zij dit dus ook moeten zijn – of misschien ook niet? Men kan zich namelijk afvragen of zij niet tóch enige historische en juridische waarheid bevatten – en zij dus een reflectie zijn van het recht in de middeleeuwen. Het simpelweg afschrijven van de collectie als apocrief zou immers voorbijgaan aan de grote rol die de collectie heeft gespeeld in de juridische en politieke geschiedenis van de Middeleeuwen.

De vaststelling dat de historische leugen en de juridische leugen goed hand in hand gaan, leidt de jurist en de historicus tot de onthutsende vraag waar hij of zij dan wel over schrijft, zeker wanneer men de geschiedenis van het kerkelijk recht beoefent. In ieder geval roept dit ook de vraag op - als de leugen in die mate gemeenschappelijk is - of de historische en de juridische *waarheid* ook uitwisselbaar is. De titel hierboven kan dan ook in alle richtingen worden gelezen, met en zonder vraagteken. Men wordt aldus niet alleen gebracht tot de vraag wat recht is⁷, of recht waar is, maar ook in welke mate waarheid en recht kunnen samengaan, wat het waarheidskarakter van het recht dan is en ten slotte wáár men recht vindt.

Juristen onderstrepen doorgaans het *verschil* tussen de juridische waarheid en de historische waarheid. L. Winkel wijdde zijn intreedende aan de Erasmusuniversiteit aan dit thema, met een benadering vanuit het Romeinse recht.⁸ Vanuit zijn optiek zou historische waarheid (idealiter) van alle tijden moeten zijn, terwijl juridische waarheid slechts voorlopig is, functioneel, omdat men in een proces niet altijd kan wachten op volledige waarheidsvinding. Het is vooral een probleem van kennisleer, hetgeen betekent dat onze kennis zoveel mogelijk met de werkelijkheid moet overeenkomen. Daarnaast is het recht niet alleen op kennis van de werkelijkheid gericht, maar ook op het realiseren van waarden. Recht is

6 De collectie bevatte de zgn. Donatio Constantini, de (apocriefe) schenking van keizer Constantijn de Grote, welke als basis diende voor de aanspraken van de paus op het wereldlijk gezag in het Latijnsprekende deel van Europa.

7 De titel van deze bijdrage is geïnspireerd door het interessante artikel van de geëmeriteerde Groningse hoogleraar P. Gerbenzon, 'Bijdrage tot het bronnenonderzoek van Haet is Riocht', *Us Wurk*, 20 (1971) 1-18.

8 L.C. Winkel, *Themis en Clio, bondgenoten of vijanden? Een beschouwing over waarheid in recht en geschiedenis* (Deventer 1994).

gancnept rechtuaerdichept waerachtichept ende vrede



Justitia met het zwaard en Barmhartigheid met de lelie staan naast Jezus, de goddelijke rechter. Op het rechterzijblok staat Waarheid, op het linkerblok Vrede. Samen zijn zij de vier dochters van God. Uit: M.A. Moelands en J.Th. de Smidt, *Weegschaal en zwaard. De verbeelding van recht en gerechtigheid in Nederland.* (Den Haag 1999) 92.

teleologisch. Vandaar dat het romeinsrechtelijk adagium *res iudicata pro veritate habetur* nog niets aan belang heeft ingeboet: wat de rechter uitgesproken heeft moet door de partijen voor wáár worden aanvaard; er moet namelijk ooit een einde komen aan een rechtsstrijd.

Historische waarheid is volgens Winkel – gezien vanuit het Romeins recht – dus iets anders dan juridische waarheid. Meer zelfs; ook een historische bewijsvoering is verschillend van een juridische bewijsvoering. Het vraagstuk van causaliteit is verschillend, omdat het juridisch bewijs ‘geritualiseerd’ is, procesmatig verkregen om een oplossing te brengen voor een gerezen juridisch probleem, niet om kennis van de historische waarheid te verkrijgen.

Een gelijkaardig standpunt werd recentelijk nog ingenomen door de Israelische rechtshistoricus Asher Maoz, die een kritisch stuk schreef over de *Commission of Inquiry into the Murder of Arlosoroff*. Dr. Haim Arlosoroff

was één van de prominentste zionistische leiders voor de tweede wereldoorlog. Hij was hoofd van de Mapai, de zionistische socialistische partij en hij werd in 1933 op de kust voor Tel Aviv vermoord. Zijn dood verdeelde de joodse gemeenschap in het Brits mandaatgebied in zo'n mate dat na de oorlog een zware politieke commissie werd ingesteld om de omstandigheden van de moord en de daaropvolgende rechtszaak kritisch te onderzoeken.

Maoz gaat in zijn artikel⁹ dieper in op het verschil tussen het inquisitoire (continentale) procesrecht en het accusatoire of 'adversarial' systeem van angelsaksische landen. In dat kader zet hij 'legal truth' af tegen 'historical truth' en tegen de 'waarheid' die een militaire commandant op het slagveld moet hanteren. Zijn stelling is dat het verschil tussen deze drie zit in de te hanteren veiligheidsmarge: de perceptie van de werkelijkheid door de militaire commandant is een garantie voor de veiligheid van zijn manschappen. Van zijn waarheid en zijn beslissingen hangt hun leven letterlijk af. De historicus heeft een academische rol en kan vrij zoeken naar de ware toedracht. De rechter staat daar ergens tussenin: anders dan de commandant moet hij geen vitale beslissingen nemen *in situ*, maar anders dan de historicus is hij niet alleen gebonden door zijn geweten. Zijn handen zijn namelijk gebonden aan het rechtssysteem, dat door hem moet worden toegepast op een concreet geval, een casus. Het oordeel van Maoz staat dus niet ver af van dat van Winkel, aangezien ook hij van oordeel is dat het juridisch bedrijf steeds teleologisch is.

Is waarheid relatief?

Is waarheid dan relatief? Hangt de perceptie van de werkelijkheid dan af van de wijze waarop men kijkt, van de functie die de waarneming voor het individu vervult? Als wij Winkel en Maoz volgen, moet het antwoord positief zijn: de juridische waarheid is relatief, niet absoluut. Zo ook de historische, de sociologische, de militaire enzovoorts. Toch zit er een zwakke plek in dit standpunt. Wanneer Winkel zegt dat de juridische waarheid 'geritualiseerd' is, geformaliseerd, dan komt dit juist voort uit het feit dat zijn blik wordt beïnvloed door het Romeins recht, dat sterk formalistisch was: alles draaide rond de proceskwaliteit van de burger, rond de vraag of

9 A. Maoz, 'Historical Adjudication: Courts of Law, Commissions of Inquiry, and "Historical Truth"', *Law and History Review*, 18,3 (2000) 559-606.

hij een in een *formula* gevatte actie had, niet op de eerste plaats of hij materieelrechtelijk gelijk had. Op dezelfde wijze heeft het onderscheid van Maoz een relatief karakter: de onderzoekscommissie door de Israëlische overheid ingesteld kon geen objectief waarheidsoordeel uitspreken. Ook de historicus is daartoe in deze zaak (nog) niet in staat, maar hij moet zich vastklampen aan het juridisch oordeel van een rechter. Ook vandaag nog is een oordeel over deze moord op Arlosoroff in Israel politiek zo beladen dat zelfs een neutrale commissie van juristen na de oorlog moeilijk tot een evenwichtig besluit kon komen.

Als wij dit standpunt van beide rechtshistorici logisch doordenken, betekent dit echter dat hun uitspraak op zichzelf ook slechts een relatieve waarheid is: iets is slechts waar in de mate waarin het beantwoordt aan vooraf vastgestelde normen. Het maakt dan niet uit of die relatieve waarheid beantwoordt aan de normen van de historische kritiek (de geschiedwetenschap) of aan een juridisch normenstelsel (de rechtswetenschap). Het normenstelsel maakt het ons mogelijk iets geloofwaardig te noemen en als waar te aanvaarden. De reden echter waarom wij ons aan deze vooraf vastgestelde normen onderwerpen is dat wij – bewust of onbewust – er naar streven zo waar en zo juist mogelijke kennis te verwerven. Nog verder doordenkend moet dit betekenen dat wij er impliciet van uitgaan dat er buiten ons een waarheid bestaat die te kennen valt en die dus – omdat zij aan ons denken ontsnapt – niet relatief is, maar absoluut, één en ondeelbaar. Alleen ons inzicht in die waarheid, ons denken, is relatief, veelvoudig en (mede-)deelbaar.

Zo komen wij bijna onvermijdelijk terecht bij het middeleeuwse begrip van de *fides*, dat geloof betekent, maar ook vertrouwen en - in het recht - goede trouw. De *fides* doet ons iets als waar aanvaarden omdat het ons geloofwaardig overkomt. Zoals de filosoof Pieper opmerkte zijn daarin gradaties, gaande van 'vermoeden' over 'menen' en 'weten' naar 'geloven'.¹⁰ Zo zijn er ook gradaties in de kwaliteit van 'waarheid' zoals die zich aan ons voordoet. In eerste en laatste instantie vallen de waarheid en het zijnde samen (*ens et verum convertuntur*). Op dit metafysische niveau is er dan ook geen verschil meer tussen de historische, morele, esthetische of juridische waarheid. Daarom vallen ook de rechtvaardigheid en het zijnde samen, evenals het goede en het zijnde (*ens et justum convertuntur, ens et bonum convertuntur*). Zaak voor ons is dan ook ons verstand zo te oefenen dat het

10 J. Pieper, *Über den Glauben. Ein philosophischer Traktat* (München s.d. 1962) 18-21.

de waarheid inziert, onze maatstaven zo aan te leggen dat de waarheid geloofwaardig wordt, dat wij de *fides* kunnen realiseren door daarnaar te handelen.

Deze wat lange inleiding leek mij noodzakelijk voor een goede inschatting van de hier te behandelen casus: de decretale *Pervenit* van paus Lucius III uit 1181.¹¹ Wat was het geval?

Korte tijd vóór 1181 hadden twee Engelse clerici uit het bisdom Ely¹² een contract van geldleen (*mutuum*) afgesloten met twee Bolognese bankiers, of met hun agenten, op doorreis in Engeland. Waarvoor die lening werd toegestaan weten wij niet, maar het is niet ondenkbaar dat de Italianen aan de Engelse clerici krediet verleend hadden ten einde een handelstransactie af te kunnen sluiten. In ieder geval beloofde C., één van beide clerici, op de gestelde vervaldag de som gelds terug te betalen. Zijn confrater F. verbond zich hoofdelijk oftewel solidair¹³ onder ede hetzelfde te doen. Zoals gebruikelijk eisten de Italianen ook een zakelijke (pand of hypotheek) of een persoonlijke (borg) zekerheidstelling voor het geval beide debiteurs insolvent zouden blijken te zijn. Zij vonden een derde clericus R. bereid om zich onder ede borg te stellen (*fideiussio*) voor zijn twee medebroeders.

Dit was courante praktijk en wij hadden helemaal niets meer van deze zaak vernomen als C. en/of F. die lening normaal hadden afgelost. Op de vervaldag bleven zij echter in gebreke. Daarop betaalde de borg (*fideiussor*) R., conform zijn onder ede gedane belofte, in hun plaats de geleende som terug. Zijn probleem was nu het geld terug te vorderen van de hoofdschuldenaars, hetgeen moeilijker bleek dan gedacht. R. stapte dan ook met het overslaan van de lagere rechters (*omisso medio*) naar de paus, rechter over alle andere rechters (*iudex omnium iudicum*). Wellicht was het belang van de zaak, met name de hoogte van de som, zo groot dat het een beroep op Rome wettigde. Het voordeel van een dergelijk beroep was ook dat men meteen een uitspraak kreeg in eerste en laatste instantie en dat de uitspraak van de paus als 't ware de kracht van wetgeving (zeker tussen

11 Zij werd opgenomen in eerste *compilatio antiqua* van Bernardus Papiensis, derde boek, titel 18, cap. 3 = 1 comp. 3.18.3; vandaar ook in het *Liber Extra* van Gregorius IX, derde boek, titel 22, cap. 2 = X 3.22.2.

12 Een stadje ten noorden van Londen dat nog steeds een bezoek meer dan waard is.

13 Dat betekende dat wanneer een van beide debiteurs de schuld zou aflossen, ook de andere bevrijd zou zijn.

partijen) betekende. *Roma locuta, causa finita*.¹⁴

Het spreekt vanzelf dat de paus van zo grote afstand de waarheid over deze zaak niet of slechts moeilijk kon achterhalen. Daarom besloot hij,



De kerk heeft zich altijd zeer standvastig gekwetend van haar taak als rechtspreker. Uit: A. Melnikas, *The corpus of the miniatures in the manuscripts of Decretum Gratiani* (z.p. 1975) 146.

zoals te doen gebruikelijk, twee gedelegeerde rechters aan te stellen om ter plaatse de zaak grondig te onderzoeken en in deze zaak uitspraak te doen. Daarvoor koos hij de bisschop van Ely en de aartsdiaken van Norwich.¹⁵ Daarnaast gaf hij ook aan de bisschop van Bologna opdracht inzage te eisen in de boeken van de Bolognese bankiers, ten kantore, om vast te stellen of en onder welke voorwaarden de geldlening was toegestaan.

Van die transactie moest hij dan een authentiek, dus gezegeld, afschrift maken en het

naar de twee gedelegeerde rechters sturen, zodat zij uiteindelijk hun oordeel zouden kunnen vellen.

Toch gaf de paus, als hoogste rechter en wetgever tegelijkertijd, aan beide gedelegeerde rechters niet volledig de vrije hand, maar bepaalde hij meteen de normen waaraan een waar en dus rechtvaardig oordeel van de

14 Als Rome gesproken heeft, is het geding beëindigd. Vandaar het soms wat badinerende: als Rome gesproken heeft, is de kous af.

15 Een aartsdiaken had een jurisdictionele ordinarismacht in het bisdom. Dat betekent dat hij uit hoofde van zijn functie vertrouwd was - of moest zijn - met het kerkelijk recht. De benoeming van twee gedelegeerde rechters was een constante in de twaalfde en dertiende eeuw: heel dikwijls was één van beiden bisschop, met gezag bekleed, de andere een aartsdiaken of een magister, specialist in het recht. Aldus hielden - naar analogie van het kiesrecht - de *maior pars* (de autoriteit) en de *sanior pars* (de deskundige) elkaar in evenwicht.

rechters moest voldoen. Men begrijpt dan ook dat de paus in het algemeen het appèl *omissio medio* gunstig gezind was. Voor hem was het namelijk een dankbaar middel tot rechts-uniformering en - dus - een sterk machtsmiddel.¹⁶

De decretale *Pervenitis* daar een mooi voorbeeld van: er zijn in het door de paus bepaalde kader enkele principes die onze aandacht trekken en de tekst bijzonder maken. Deze principes hebben betrekking op de figuur van de borgstelling en de rechten en verplichtingen van de partijen bij deze; daarnaast op de figuur van de rente op geldleen; vervolgens ook op de aard en de sociaalrechtelijke modaliteiten van de schuldaflossing en de daarmee verbonden disciplinaire maatregelen, met andere woorden welke maatregelen er genomen werden tegen insolvente geestelijken. Na behandeling van deze aspecten keren wij dan terug naar ons uitgangspunt: waarheid en trouw.

Borgtocht (*fideiussio*)

Uit de klacht van de borg R. bleek, dat hij aan de crediteurs betaald had, niet echter dat de crediteurs eerst de hoofdschuldenaars hadden aangesproken en pas daarna de *fideiussor* voor datgene wat zij niet op de debiteurs hadden kunnen verhalen, voor het geheel of een gedeelte van de schuld. Materieel gesproken had R., zich in geweten verplicht voelend door zijn eed, het klassiek Romeins recht gevolgd, wellicht zonder zich daarvan expliciet bewust te zijn. Krachtens klassiek Romeins recht had een crediteur de keuze tussen het aanspreken van de hoofdschuldenaar óf de borg, aangezien de borg hoofdelijk - dus voor het geheel - aansprakelijk was samen met de hoofdschuldenaar. Als de borg betaalde, was de schuld gedelgd en kwam de vraag aan de orde of de borg een actie had tegenover de schuldenaar, en zo ja, welke. Het middeleeuws kerkelijk recht daarentegen voorzag dat de crediteur eerst de hoofdschuldenaar moest aanspreken en alleen indien of voorzover deze niet kon worden gevonden of niet kon betalen kon hij ook de borg voor het geheel of een gedeelte van de som aanspreken. De borg kon zich zelfs op de rechter beroepen teneinde een termijn te laten vaststellen waarbinnen de crediteurs de hoofdschuldenaars moesten dagvaarden. Deze regeling volgde uit een laatklassieke novelle van keizer

16 Het kwam overigens ook voor, dat de paus uit eigen beweging rechtsvragen formuleerde en een oplossing suggereerde door de publicatie van een zogenaamd *motu proprio*.

Johannes.¹⁷ Inhoudelijk gesproken was de nieuwe regel een uiting van de hoge morele opvatting die het kerkelijk recht hanteerde betreffende aangegane verbintenissen: eerst moesten de debiteurs hun aangegane verplichtingen nakomen, hun *fides* respecteren, en dan pas kwam de borg. *Pacta sunt servanda*.

Het gevolg van de kerkelijke opvatting was echter dat het onduidelijk was welke de rechten van de borg dan waren wanneer hij plaatsvervangend

had betaald vóór de hoofdschuldenaars zulks konden of wilden doen. Kon hij zich beroepen op zaakwaarneming of op lastgeving, of kon hij gebruik maken van de figuur van cessie van acties, zoals in het klassieke Romeins recht? De figuur welke het meest met de nieuwe opvattingen overeenkwam, was die van de regresvordering of van een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Deze onzekerheid omtrent de positie van de betalende borg was nu een van de bepalende redenen waarom R. zich rechtstreeks tot de paus wendde.



Tussen de twee strijdende partijen treedt de kerkelijke macht op in haar juridische functie. Uit: A. Melnikas, *The corpus of the miniatures in the manuscripts of Decretum Gratiani* (z.p. 1975) 147.

In zijn antwoord nam de paus geen stelling voor of tegen één van de beide romeinsrechtelijke uitgangspunten, noch voor de klassieke, noch voor de postklassieke opvatting. Hij uitte zich dus niet over de vraag omtrent de rangorde waarin de crediteurs de debiteurs hadden moeten aanspreken. Zijn antwoord lag nog het dichtst bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde

17 Eigenlijk uit een *authentica* geplaatst bij Cod. 8.40.3, welke (niet woordelijk) gebaseerd was op Nov. 4.1 en 2. Zij luidde als volgt: 'Praesente tamen utroque, non permittitur intercessorem convenire prius, quam reus inventus est minus idoneus sive in totum sive in partem. Absente autem reo, praesens intercessor iure quidem convenitur, ipso tamen desiderante iudex definit tempus, intra quod deducatur reum primo conveniendum, ipso in subsidium reservando. Nam transacto tempore compellitur intercessor satisfacere, cessis sibi a creditore actionibus, absque distinctione contractus sive intercessionis.'

verrijking (van de debiteurs), of beter gezegd: van de ongerechtvaardigde verarming (van de borg). Uit rechtvaardigheidsoverwegingen stelde hij dat de borg, die zijn plicht had gedaan en waarachtig had gehandeld, door de debiteurs moest worden terugbetaald. Daarbij merkte hij terloops ook op dat de borg, die een goede daad had gesteld, geen schade mocht lijden omwille van een daad die zelfs (en alleen maar) een beloning verdiende.¹⁸ Welke motieven R. ook had om te betalen (zoals de vrees zijn kredietwaardigheid te verliezen, het vermijden van lijfswang, schrik voor de straf opgelegd aan meenedige clerici): hij had goed, waar, rechtvaardig en trouw gehandeld.¹⁹

Op die grond oordeelde de paus dat aan de borg niet alleen de hoofdsom moest worden terugbetaald, maar ook dat de debiteurs hem moesten vergoeden voor de geleden schade.²⁰

Rente?

Iets verder in de decretale gebruikte de paus opnieuw en daarna ten derden male de begrippen hoofdschuld (*prescripta debita – prescriptos redditus*) én schadeposten (*damna - debita sine diminutione*). Deze herhaling doet ons de vraag stellen waarop deze schadeposten of vorderingen dan betrekking hebben, en waarom zij zonder mindering moesten worden betaald? Ogenschijnlijk wordt er geen rente bedoeld. In het Romeins recht was een *mutuum* of geldleen immers per definitie renteloos en volgens het kerkelijk recht, erfgenaam van deze romeinsrechtelijke opvatting, stond rente gelijk met woeker en was het verboden rente te bedingen.

Mijn interpretatie is, dat het wel verboden was aan clerici rente te bedingen, maar dat het clerici niet verboden was een redelijke rente te betalen aan bankiers, welke naam men daar ook aan gaf. Waarschijnlijk bedoelde de paus hier met *damnum* datgene wat bovenop de hoofdsom was betaald aan verwijlintresten. Deze verwijlintresten begonnen te lopen vanaf het verstrijken van de vervaldag. Welnu: wanneer men die vervaldag, waarop de som terugbetaald moest worden, zeer kort liet volgen op de dag waarop

18 'Ne igitur dispendium patiatur unde videtur praemium meruisse...'

19 De Engelse taal geeft beter dan het Nederlands de draagwijdte weer van met elkaar verbonden begrippen als *true*, *truth*, *trust*. Deze zijn met het Nederlandse *trouw* verwant en benaderen het Latijnse *fides* en de daarvan afgeleide termen.

20 '... ut memorato R. pecuniam quam pro eis solvit restituant, ipsumque servant indemnem...'

de lening werd toegestaan, kon ook de rente zeer snel beginnen te lopen en was elke dag uitstel van betaling een schadepost, wellicht een reden waarom de borg zo snel betaalde.

Als mijn interpretatie juist is, hield het oordeel van de paus juist rekening met de gangbare financiële praktijk. Dat betekent dan ook dat de decretale – die niet alleen bedoeld was voor de partijen, maar die ook als voorbeeld moest dienen voor analoge gevallen – de bedoeling had een kader te scheppen waarbinnen borgstelling voor handelsschulden op een rechtszekere manier werd geregeld, dus inclusief het betalen van rente. Met andere woorden: deze decretale is een van de vele tekenen dat het kerkelijk recht niet afkerig stond tegenover het internationaal handelsrecht, integendeel.²¹ De *glossa ordinaria* merkt daarbij op dat – hoewel de kerkelijke rechter niemand kan veroordelen tot het betalen van rente – een borg die onder ede beloofd heeft rente te betalen tóch vergoed moet worden voor de door hem betaalde rente.²²

Dat die interpretatie juist is, blijkt overigens ook uit de decretale *Constitutus in presentia*²³ van dezelfde paus Lucius III, in het Liber extra onmiddellijk volgend op de hier behandelde decretale. In casu ging het ook daar over een door een borg betaalde hoofdschuld en de daarbij horende rente. Ook daar wordt gesproken over een schuld (*debitum*) en wat daarbij hoort (*accessiones*). De glosse merkt daarbij laconiek op: ‘hier zie je dus een argument dat de borg ook gehouden is rente te betalen’ (*sic est argumentum fideiussorem teneri ad usuras*) tenminste als hij zijn woord (*fides*) daartoe gegeven heeft.²⁴

Strafmaatregelen

Ook wat de executie van het door de gedelegeerde rechters te wijzen vonnis betreft, nam de paus enkele richtlijnen in zijn decretale op. Ten aanzien van de uiteindelijke afwikkeling van de klacht maakte de paus een

21 De bewering van R. Meyer als zou het kerkelijk recht vijandig staan tegenover de *lex mercatoria* getuigt volgens mij van een schromelijk tekort aan kennis van dit recht. Dit is een typisch voorbeeld van het traditionele beeld als zou het internationaal handelsverkeer (en de *lex mercatoria*) pas in de vijftiende en zestiende eeuw op gang zijn gekomen. Zie R. Meyer, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition* (Göttingen s.d. 1994) 56-58.

22 X 3.22.2 ad v. *servent indemnem* (ed. Parijs 1585 kol. 1149a).

23 X 3.22.3 (tussen 1181 en 1184).

24 X 3.22.3 ad v. *accessiones* (ed. kol. 1150b).

onderscheid tussen een civiel en een strafrechtelijk gevolg. Vooreerst het civielrechtelijke: dat de debiteurs moesten betalen is al duidelijk, als het kon goedschiks. De rechters moesten hen daartoe aanzetten – in conciliatoire zin. Deze eerste maatregel was dus gevestigd op de vermoede wil van de debiteuren om hun verbintenissen (de *fides*) te respecteren. Wat echter wanneer zij weigerden of niet in staat waren te betalen, insolvent zijnde? In dat geval bepaalde de paus dat de sommen moesten worden verhaald op hun inkomen uit beneficie. Meer nog: de schuldeiser mocht zolang beslag leggen op hun inkomsten en ze onder zich houden, tot de hele schuld was gedelgd.²⁵ In tegenstelling met het principe dat een beneficie niet met een beperkt zakelijk recht²⁶ of met een vorderingsrecht mocht worden bezwaard, wordt hier een uitzondering gemaakt voor beslaglegging krachtens rechterlijk bevel. Dat dit zonder *molestia* (hardheid) moest geschieden, kan er op wijzen dat de paus van oordeel was, dat de debiteuren niet mocht onthouden worden wat zij voor hun levensonderhoud strikt nodig hadden. Dit is een erg ‘modern’ aandoende regeling. In ieder geval sluit zij eigenrichting uit: de maatregel kon alleen onder rechterlijk toezicht.

Naast de civiele gevolgen voorzag de paus in een strafrechtelijk staartje. Mocht uit het onderzoek van de stukken en uit de verklaring van partijen blijken, dat de twee debiteurs moedwillig hun belofte hadden verbroken, dan moesten ze worden gesuspendeerd van hun ambt en dus (tijdelijk) beroofd van hun beneficie. Ogenschijnlijk lijkt dit een redelijk lichte straf. Men mag echter niet vergeten dat - bij gebreke van een sociaal stelsel - een dergelijke straf niet minder was dan de veroordeling tot de bedelstaf. De strengheid werd overigens aldus gemotiveerd: een clericus moet een voorbeeld zijn voor zijn medemensen. Indien nu juist hij een vrijwillig aangegane verbintenis verbreekt en de *fides* schendt, moet hij worden gekwalificeerd als trouweloos (*infamis*) en begaat hij als het ware meened (*periurium*), want volgens de glosse let God, ten aanzien van geestelijken, niet op het verschil tussen een simpele verbintenis en een eed.²⁷

Mijn indruk is, dat dit slechts een vervangende straf was die pas werd

25 ‘... alioquin de redditibus eorum, praescripta debita faciatis exolvi et damna etiam, quae propter hoc pertulit resarciri; aut praedictos redditus sibi assignetis tandiu sine molestia detinendos donec ipsa damna resarcita fuerint et debita sine diminutione soluta.’

26 Zoals bv. met een hypotheek.

27 X 3.22.2. ad v. *Religionem fidei*: ‘... quia inter simplicem loquelam et iuramentum non facit Deus differentiam...’ (ed. kol. 1150b).

opgelegd als aan twee voorwaarden was voldaan, namelijk: ten eerste moest aangetoond zijn dat de insolventie of de weigering te betalen kan worden gekwalificeerd als een delict (*crimen*) en ten tweede moest er sprake zijn van *pertinacia* of volharding in de boosheid.

Recht is waar

Keren wij nu terug naar ons uitgangspunt. In de schets van de casus heb ik bewust één belangrijk element wat naar de achtergrond gedrongen: de waarheidsvraag. Een rechtvaardig oordeel van het pauselijk hof veronderstelde natuurlijk kennis van de feiten. Een simpele allegatie van de klager kon uiteraard niet volstaan. Naar de klassieke procesrechtsopvattingen moest de klager ook het bewijs leveren van hetgeen hij in zijn klacht aanvoerde (*actori incumbit probatio*). Ook hier was dit ongetwijfeld het geval. Toch is er meer aan de hand.

Dat de paus gedelegeerde rechters benoemde om ter plaatse onderzoek te doen, wijst er reeds op dat in het klassieke kerkelijk recht reeds zeer vroeg de *Inquisitionesmaxime* heerste: de kerkelijk rechter moest niet alleen afgaan op hetgeen de partijen in een voorop vastgestelde formule verklaarden, hij moest zelf de zaak ter hand nemen en zelf een degelijk en technisch onderzoek verrichten teneinde de materiële waarheid te leren kennen, die een andere is dan de formele, juridische waarheid. Rechtvaardigheid kan namelijk alleen op echte waarheid steunen. De opvolger van Lucius III zou op dit terrein trouwens verder baanbrekend werk verrichten: Innocentius III werkte in enkele beroemd geworden decretalen de basis voor het inquisitoir procesrecht verder uit.²⁸

Daarmee zijn wij er echter nog niet: een onderzoek naar de feiten houdt per definitie ook een kwalificatie van die feiten in. Het volstaat namelijk niet vast te stellen wat er gebeurd is, de jurist moet ook bepalen wat de juridische reikwijdte van die feiten is en welke zekerheid het bewijs op het juridisch vlak biedt. Daarom werd aan de bisschop van Bologna opgedragen de boeken van de bankiers na te kijken. Dit wijst er op dat in Italië reeds zeer vroeg gebruik werd gemaakt van secretarissen of notarissen, die een bewijskrachtige boekhouding moesten aanleggen voor hun opdrachtgevers.

28 Dat de inquisitie *als instelling* in latere eeuwen tot gruwelijke uitwassen heeft geleid betekent niet dat de inquisitie *als procesrechtsvorm* niet een goede zaak was. Alles hangt namelijk af van de aan de rechter van instructie opgelegde regels en de erin opgenomen waarborgen voor een rechtvaardig en humaan procesverloop.

Deze notarissen speelden een onvervangbare rol in de groei van het procesrecht en spraken soms zelf recht in bepaalde zaken.

Toch was het duidelijk dat de boeken van de bankiers geen authentiek

bewijs konden leveren van de feiten, in die zin dat zij konden worden gebruikt bij het afwikkelen van het onderzoek in Engeland. Nog afgezien van de vraag of de Bolognezen er in toe zouden stemmen dat hun archief werd geplunderd, was de bancaire boekhouding natuurlijk niet gericht op het opmaken van authentieke processtukken. Daarom werd aan de bisschop van Bologna gevraagd op basis van de stukken een authentieke akte op te maken en die, voorzien van zijn zegel, naar Engeland te sturen.

Bekenden de debiteurs, dan kon hun bekentenis tegen hen gebruikt worden om hen tot betaling te veroordelen. Deden zij dat niet, dan lag met de akte een wettelijk (*legitime*)

bewijs ter tafel. Op die manier werd reeds in de twaalfde eeuw in het kerkelijk recht aan het schriftelijk bewijs een centrale rol toebedeeld. Tegelijk werd de in het schriftelijk bewijs uitgedrukte materiële waarheid opnieuw geformaliseerd door een toevoeging, welke in deze decretale ten slotte misschien wel de belangrijkste rol speelt: dat de authenticiteit van de akte gewaarborgd wordt door het zegel van een per definitie geloofwaardig persoon, een ambtsbekleder. In casu ging het om een bisschop. In de daaropvolgende decennia evenwel groeide, door de verschriftelijking van het recht, de stroom personen, die vanuit hun ambt akten authentiseerden (en niet alle waren even geloofwaardig). Dit gebeurde in zo'n mate dat er ook binnen het kerkelijk recht een fundamentele discussie op gang kwam



Op de voorgrond zijn kerkelijke notarissen hard aan het werk. Uit: www.fitzmuseum.cam.ac.uk.

omtrent de bewijskracht van akten, welke mate van bewijs een akte vertegenwoordigde en hoe een akte zich verhiel tegenover een mondelinge getuigenis.

Het slot van het verhaal is, dat in de opvattingen van paus Lucius III en van de middeleeuwse canonisten die zijn decretale glosseerden - en wellicht voor de middeleeuwse *tout court* - er slechts één waarheid is en dat de feitelijke werkelijkheid en de historische waarheid noodzakelijkerwijze moeten samenvallen met de juridische waarheid. In die optiek moest kennis van de waarheid dan ook leiden tot een juridisch juist handelen. Ons verstand richt zich op de werkelijkheid en de werkelijkheid richt zich naar ons verstand.²⁹ De juridische waarheid is dus niet geritualiseerd, maar écht. Alleen wanneer wij er in slagen die éne waarheid met ons verstand in te zien kunnen wij ook rechtvaardig handelen, dus trouw zijn, en de *fides* (zowel trouw als geloof) realiseren. Waarheid wordt dan rechtvaardigheid, want toegepast door geloof-waardige mensen, zoals R., de borg (*fide-iussor*) die zijn heilige plicht deed.

29 Cf. de thomistische definitie: *Veritas est adaequatio rei et intellectus.*