

# “SOO ’S LANDS ORDONNANTIE VERGEEFFS NIET IS GEMAECKT”: ROOMS-FRIES RECHT IN EEN ZAAK OVER DIERSCHADE BIJ HET HOF VAN FRIESLAND

---

Hylkje de Jong\* \*\*

## 1. Inleiding

In de literatuur wordt heden ten dage van tijd tot tijd aandacht besteed aan de receptie van het Romeinse recht in de Republiek der Verenigde Nederlanden.<sup>1</sup> In het algemeen gesproken werd het toe te passen recht in de eerste plaats bepaald door de ordonnanties van de soevereinen en door het plaatselijke gewoonterecht, al dan niet opgetekend en door deze soevereinen bekrachtigd. Waren deze bronnen ontoereikend, dan ging men te rade bij het Romeinse recht. De grote uitzondering was de provincie Friesland, waar het Romeinse recht van toepassing was, voor zover daar geen inbreuk op werd gemaakt door de wetgeving van de overheid, zoals bijvoorbeeld vastgelegd in de “Statuten, ordonnantiën ende costumen van Friesland” uit 1602, gewoonlijk bekend als de Landsordonnantie.<sup>2</sup>

Vóór de jaren zestig van de vorige eeuw zijn met name over de receptie van het Romeinse recht in Friesland enkele toonaangevende Nederlandse studies gepubliceerd.<sup>3</sup>

1 Zie bijvoorbeeld AJB Sirks “Bijnkershoek as author and elegant jurist” (2011) 79 *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 229-252; P Gerbenzon, BS Hempenius-van Dijk en P Brood “Receptie van Romeins recht in Drenthe?” (2003) 5-1 *Pro memorie* 50-65 en JHA Lokin, CJH Jansen en F Brandsma *Het Rooms-Friese recht de civiele rechtspraak van het Hof van Friesland in de 17e en 18e eeuw* (Hilversum, 1999).

2 Vgl U Huber *Heedendaegse rechtsgeleertheit, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* deel 1 (Leeuwarden, 1686) Boek I, kapittel 2, nr 47: “Staende by ons vast desen regel: wat niet blijkt verandert te zijn bij het Friesche recht, blijft soo, als het by de Roomse wetten is vastgesteld.”

3 I Telting “De invoering van het Romeinsche regt in Friesland” (1868) 1 *Tijdschrift voor het Nederlandsch regt* 1-57; LJ van Apeldoorn “Het Romeinsche recht in Friesland” Nieuwe reeks deel 3 afdeling letterkunde *Mededeelingen der Nederlandsche Akademie van Wetenschappen* (Amsterdam, 1940) 379-436; R Feenstra *Verkenningen op het gebied der receptie van het Romeinse recht* (oratie

\* Universitair Docent, Afdeling Rechtstheorie en Rechtsgeschiedenis, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam.

\*\* De auteur dankt PhH Breuker en BS Hempenius-van Dijk voor hun waardevolle inhoudelijke aanvullingen en verbeteringen.

Deze studies betroffen onder andere hypothesen over de datering van het bestaan van een heersende rechtsovertuiging omtrent het bindend gezag van het Romeinse recht in Friesland, de duiding van begrippen als “gemeen recht” en “keizerrecht” en de verhouding tussen het canonieke en Romeinse recht in Friesland. Het is vanwege het ontbreken van een volledige ontsluiting van het omvangrijke archief van het Hof van Friesland niet verwonderlijk dat in geen van de genoemde studies – voor zover dat relevant zou kunnen zijn – voorbeelden uit de rechtspraktijk van het Hof van Friesland zelf voorkomen die specifiek de verhouding tussen het Romeinse en Friese recht raken.<sup>4</sup>

In het volgende gaat het om een geval waarin juristen zelf verschillend over de toepassing van beide rechten denken.<sup>5</sup> Wat is volgens hen de verhouding tussen het eigen wettenrecht en het Romeinse recht? En: welke rol heeft de Landsordonnantie in dezen? Op basis van nieuw – hoewel zeer beperkt – archiefonderzoek wordt in deze bijdrage een beknopt overzicht gegeven van de argumenten van twee advocaten in een zaak over dierschade bij het Hof van Friesland aan het begin van de achttiende eeuw. Daarbij staat de vraag centraal of artikel 3 van boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie van 1602 van dwingend recht was. Het resultaat van deze onderzoekingen draag ik graag op aan Laurens Winkel.

## 2. “De uitgebroken stier”: Drie argumenten voor hoger beroep

Op 17 september 1707 veroordeelt het Nedergerecht van Leeuwarden boer Jacob Jans uit Willaersterterp, een buurschap ten oosten van de stad Leeuwarden, tot het vergoeden van de schade die eiser boer Pieter Pieters heeft geleden door het uitbreken van Jans’ stier, en tot vergoeding van de proceskosten.<sup>6</sup> Deze stier had schade veroorzaakt door op het aangrenzende stuk land dat Pieters in gebruik had, te grazen en Pieters’ koeien te bespringen. Aan dit vonnis gaat een langlopend conflict vooraf. Pieters heeft namelijk reeds in 1705 een poenale ordonnantie, dwz een verbod, gekoppeld aan een dwangsom,

Utrecht) (Zwolle, 1950); R Feenstra “Keizerrecht en Romeins recht in Friesland, kanttekeningen bij de jongste literatuur over dit onderwerp in verband met een onuitgegeven geschrift van SH van Idsinga” deel 11 nr 1 *Verlagen en mededeelingen der Vereeniging tot uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlandsche Recht* (Utrecht, 1954) 177-252; en P Gerbenzon “Enkele nieuwe gegevens over de receptie van het Romeinse recht in Friesland” (1959) 27 *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 133-157.

4 De civiele zaken zijn namelijk alleen toegankelijk op de namen van de partijen (DP de Vries “Het Hof van Friesland en zijn schriftelijke nalatenschap in vogelvlucht” in: DP de Vries en P Nieuwland (reds) *500 jaar Hof van Friesland bijdragen aan het herdenkingssymposium gehouden te Leeuwarden 24 september 1999* (Hilversum, 2000) 22.

5 Zie voor het begrip Rooms-Friese recht, JHA Lokin “Hoe Rooms waren de Friezen?” in: De Vries en Nieuwland (n 4) 75-85. Zie ook Lokin *et al* (n 1) *passim*.

6 Zie Leeuwarden, Tresoar, Archief Hof van Friesland, inv nr 9300, bij het libel overlegd bewijsstuk met de letter A. Zie ook Historisch Centrum Leeuwarden, definitief sententieboek, 2 1 1 14 O80 (3) fol 157 en 158. Zie voor de manier van procederen BS Hempenius-van Dijk *Hof van Friesland. De hoofdlijnen van het procederen in civiele zaken voor het Hof van Friesland zowel in eerste instantie als in appel* (Hilversum, 2004).

tegen Jacob Jans gevraagd, omdat Jans' stier herhaaldelijk in zijn land rondliep. Op 10 september van datzelfde jaar vaardigt het Hof inderdaad een poenale ordonnantie uit tegen Jans met de gerechtelijke aanzegging de stier op te binden of te koppelen (tot een koppel (aan een koe) binden, zodat de bewegingsvrijheid van de stier wordt beperkt). Kennelijk houdt Jans zich hier niet aan en start Pieters een procedure. Zodra de sententie is uitgesproken verklaart Jacob Jans – al dan niet vertegenwoordigd door zijn procureur-postulant, Annius Elgersma – dat hij in hoger beroep gaat (art 3). Op 7 november stond de zaak voor het eerst op de rol en diende dr Henricus Popta, de advocaat en procureur die Jacob Jans in de arm genomen had, van libel. In dit stuk zette Popta in 28 punten, artikelen genoemd, de bezwaren van zijn cliënt tegen het vonnis van het gerecht van Leeuwarden uiteen. Hij poneert daarbij drie hoofdargumenten. Geen van deze argumenten is nieuw. In eerste instantie poneerde Annius Elgersma, die Jacob Jans toen bijstond, namelijk precies dezelfde argumenten.<sup>7</sup> De hoofdargumenten worden door Popta respectievelijk in de artikelen 9, 15 en 22 in het libel weergegeven:<sup>8</sup>

9. Primo, omdat de appelleerde in 't vorderen van dese prætense *ende* onkundige schaden procedeeert direct tegens 's Lands Ordonnantie ... .

15. Secundo, omdat, bijaldien des appellants bolle bij des appelleerdes koeijen in sijn land waren geweest, dat de appellant niet weet, de appelleerde self daer van de oirsaeck is geweest ... .

22. Tertio, omdat de appellant, *originele gedaechde*, geen de minste kennisse heeft dat sijn bolle een dagh à drie in Junio *ende* op den 19 Julij weder in des Impetrants Landt soude hebben gaen grasen ... .<sup>9</sup>

In deze drie argumenten gebruikt Popta zowel het Romeinse als het Friese recht. Het tweede meer feitelijke argument onderbouwt Popta met de bewering dat Pieter Pieters de gehele zomer zijn deel van de scheidssloot niet heeft willen slatten (uitdiepen) (art 16), zoals Jans zelf wel had gedaan. Bovendien zou Pieters zijn hek niet in een behoorlijke staat hebben gehouden. Hierdoor lag het hek tussen de beide stukken land meestal op de grond. Jans heeft dit hek vaak weer rechtop gezet en vastgebonden (artt 17-18). Pieters is volgens Popta dus *zelf* de oorzaak van het feit dat de stier in zijn land kon komen. Met een verwijzing naar de Digesten (D 50 17 203) rondt hij dit argument af: de gevolgen van schade geleden door eigen schuld, wordt iemand geacht niet te lijden (art 21).<sup>10</sup>

Bij zowel het eerste als het derde argument wijst Popta uitdrukkelijk op de Landsordonnantie van Friesland. Deze argumenten gaan elk in op hetzelfde artikel, en wel artikel 3 van titel 3 van boek 2. In het eerste argument wijst Popta op het feit dat

7 Zie n 6.

8 Zie voor dr Henricus Popta, H de Jong “Henricus Popta, advocaat bij het Hof van Friesland (1635-1712)” (2012) 14-2 *Pro memorie* 147-174.

9 Leeuwarden, Tresoar, Archief Hof van Friesland, inv nr 9300.

10 D 50 17 203, *Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium* “Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.” (*Pomponius, op Quintus Mucius VIII* “Schade die iemand door eigen schuld lijdt, wordt niet geacht schade te lijden.”)

de eiser bij de vordering van de schade zijn verplichtingen die volgens Popta kennelijk dwingend voortvloeien uit het genoemde artikel niet is nagekomen. Zoals de woorden van het opschrift, namelijk “nieuwe ordonnantie”, al aangeven, is artikel 3 een aanvulling op de Saksische Ordonnantie, waaraan het tweede artikel van titel 3 van boek 2 ontleend was. Het betreft het volgende artikel:

Statuten etc. van Friesland 2 3 3

III Nieuwe Ordonnantie.

Om welck [bedoeld is schadevergoeding] te becomen zalmen de beesten mogen op binden / sonder de selve nochtans te slaen ofte qualijcken te tracteren; ende den eyghenaer voorts binnen twee uren na de opbindinghe / daeraf verwittighen. De welke ghehouden zal zijn alsulcken schade te boeten tot tauxatie vanden Dorprechter: By wiens tauxatie indien yemand hem bezwaert vindt / zal binnen acht daghen daarna de sake voor den Ordinaris Rechter moghen beroepen / maer nochtans des Dorprechters tauxatie by provisie gheexecuteert worden ... .

In de artikelen 10-13 van zijn libel stelt Popta dat Pieters Jans’ stier niet uit zijn eigen land heeft gehaald en dat hij Jans daarna ook niet binnen twee uur heeft gewaarschuwd (art 10). Hij heeft het voorschrift van artikel 3 van de Landsordonnantie niet nageleefd. Volgens Popta kan pas *hierna* schadevergoeding worden gevorderd. De eiser procedeert derhalve volgens Popta rechtstreeks in strijd met de Landsordonnantie (art 12), aangezien hij niet heeft voldaan aan de door de Landsordonnantie gestelde voorwaarden. Deze onjuiste handelwijze onderbouwt Popta met een verwijzing naar de Codex, C 1 14 5pr (art 13):

C 1 14 5pr, *Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp*: “Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem ... .” (*De doorluchtige keizers Theodosius en Valentinianus aan Florentinus, Pretoriaans Prefect*: “Het is niet twijfelachtig dat hij die de letter (*verba*) van de wet omarmt, maar tegen de wil (*voluntas*) van de wet ingaat, tegen de wet handelt ... .”)

Met deze verwijzing wijst Popta op het feit dat het letterlijk opvatten van de wet niet juist hoeft te zijn, en specifiek, in deze casus niet juist is. Het niet behoorlijk naleven van de Landsordonnantie wordt met een verwijzing naar het Romeinse recht gestaafd. Popta voegt toe dat door het handelen van Pieters onnodig kosten worden gemaakt en dat de eiser alleen procedeert met de bedoeling om Jacob Jans te kwellen.

Het derde argument benadrukt het feit dat Jacob Jans niet heeft geweten dat zijn stier op Pieters’ land rondliep (art 22). Popta verwijst niet expliciet naar een artikel, maar hij moet hiermee duiden op artikel 2, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie:

Statuten van Friesland 2 3 2

Item / wie den anderen schade doet met sijn beesten / zal de schade in maten als hem overghewesen wordt betalen. Ende doet hy ander-werven boven verbiedinghe / alsodanighe zal hij dubbeld betalen.

Popta herhaalt vervolgens, zonder het artikel te noemen, kort de reeds genoemde verplichtingen uit artikel 3, waar Pieters zich volgens hem aan had moeten houden (art 23). Hij voegt daaraan laatstelijk toe dat de Landsordonnantie niet voor niets is gemaakt (art 26): “Soo ’s Lands *Ordonnantie* vergeeffs niet is gemaect.”

Met name de weerlegging van de stelling in de artikelen betreffende het eerste argument, en daarmee ook het derde argument, zijn interessant. De rechtsvraag in dezen die beantwoord moet worden, is: is artikel 3, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie van dwingend recht? Henricus Popta beantwoordde deze vraag bevestigend, Sibrandus Mellama, de advocaat en procureur van Pieter Pieters, ontkennend.

### 3. Van antwoord, via repliek en tripliek naar quadrupliek

Bij Popta’s standpunt zijn kanttekeningen te plaatsen, zoals Sibrandus Mellama in zijn 41 artikelen tellende antwoord dan ook doet. Het dwingende karakter van artikel 3, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie ontkent Mellama uitdrukkelijk (art 8). Hij meent nu juist dat artikel 3 een recht en privilege is (art 17), en juist geen verplichting bevat (art 14). Daarbij voert Mellama aan dat in het betreffende artikel het woord “mogen” de betekenis heeft van “kunnen” en niet van “moeten” (art 12).<sup>11</sup> Pieters had de stier van Jans dus kunnen opbinden, maar was daartoe niet verplicht.

Popta benadrukt daarentegen in verschillende artikelen in zijn repliek het feit dat de Landsordonnantie dient te worden geraadpleegd, en van dwingend recht is. Daarover zijn geen misverstanden mogelijk.<sup>12</sup> Dat iemand de keuze zou hebben om deze bepaling al dan niet in acht te nemen, wijst Popta onder andere in de volgende artikelen resoluut af:

8. Als wesende ’s Lands *Ordonnantie* lib. 2. tit. 3. § 2. & 3. een wett die niet negeert magh worden ... .

16. Welke wett niet vergeeffs is gemaect, maer tot verbintnisse en achtervolginge van de algemeene Ingesetenen ten platten Lande.

Als de Landsordonnantie van toepassing is, dan houdt dat volgens Popta in dat er verbintenissen ontstaan. Het geheel van artikelen is daarmee niet vrijblijvend. Popta gaat nader in op de interpretatie van de twee opeenvolgende artikelen 2 en 3, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie:

14. Soo ’s Lands *Ordonnantie* onwedersprekelijk dicto loco [= in boek 2, titel 3] een absolute wett is in §. 2. tot buetinge [= vergoeding] van schade ende in §. 3. praescribeert een *formam* hoe dieselve te becomen is ende becomen moet worden.

11 Vgl ook *licet* in *De legibus abrogatis*, D 9 2 39 1 (zie S van Groenewegen van der Made *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Lvgdvni-Batavorvm, 1649). Zie voor het fragment met vertaling *infra* n 16.

12 Zie ook Popta (repliek) artt 9-13.

Beroept men zich op artikel 2 van titel 3 van boek 2 van de Landordonnantie, dan dient men zich volgens Popta ook te houden aan artikel 3.<sup>13</sup> Artikel 3 schrijft namelijk voor op welke manier (*forma*) de schade moet worden gevorderd. Ook Annius Elgersma die Jacob Jans in eerste instantie bij het Nedergerecht Leeuwarden bijstond als procureur-postulant wees erop – hoewel zonder nadere onderbouwing – dat artikel 3 een uitwerking is van artikel 2. Elgersma formuleert het iets anders en zegt dat de Landsordonnantie boek 2, titel 3, artikel 3 *dicteert wel expres* ...<sup>14</sup>

Om de stelling, dat de Landsordonnantie is een zuivere en absolute wet, die in alles nagevolgd moet worden te staven, verwijst Popta in de artikelen 22-25 naar fragmenten uit *de Practicae observationes ad processum iudicarium imperialis camerae* (1578) van Andreas Gaill (1526-1587).<sup>15</sup> Ter wille van het begrip geef ik de fragmenten uitgebreider weer dan dat zij in Popta’s repliek staan:

Gaill Obs 1 124 1-2 “... quod forma legis vel statuti non servata, non valeat actus. Quia forma est, quae dat esse rei.” (Dat wanneer niet het vormvoorschrift van een wet of statuut in acht wordt genomen, de handeling niet geldig is. Het vormvoorschrift is namelijk datgene dat aan een zaak bestaansrecht geeft.)

Gaill Obs 2 33 1-2 “Regulariter statuta ad unguem, et ad litteram, prout jacent, accipienda sunt, ita ut generaliter scripta, generaliter quoque intelligi debeant: adeo, ut non expressa statutorum ratione, magis verba consideranda sint, quam ratio ... 2 quia opinio statuentium pro ratione habetur: sufficit quod statuentes existiment statutum esse bonum ... .” (In de regel worden statuten precies en naar de letter, al naar gelang zij zijn neergeschreven, opgevat, zo dat woorden die in het algemeen zijn geschreven, ook in het algemeen moeten worden begrepen: zozeer dat, wanneer de *ratio* van de statuten niet is uitgedrukt, eerder de woorden dan de *ratio* in ogenschouw moeten worden genomen ... 2 omdat de mening van de opstellers van de statuten voor de *ratio* wordt gehouden: het is voldoende dat de opstellers een statuut als goed beoordelen ... .)

Gaill legt uit wat hij met *forma* bedoelt, namelijk de manier van handelen die de wet voorschrijft. In het tweede fragment van Gaill staat dat de statuten (*statuta*) in de regel letterlijk moeten worden geïnterpreteerd. De zienswijze (*opinio*) van de opstellers wordt vervolgens opgevat als de bedoeling (*ratio*) van de wet. Popta zegt dat je de *opinio* van de wet – interpretatie naar de “geest van de wet” – moet volgen. In casu berust de interpretatie van Mellama die tegen de *opinio* van de wet ingaat, dus naar Popta’s

13 Ulrik Huber (1636-1694) heeft alleen de artt 2 en 3 in zijn *Heedendaegse rechtsgeleertheyt* (1686) als op elkaar volgend geïnterpreteerd. Huber verwoordt deze artikelen als volgt: “Van gelijken schade door de beesten gedaen, wort voor d’eerste reise enkel, en voor de tweede mael dubbelt betaelt, tot welken einde men het beest mach opbinden en den eygenaer binnen twee uiren daer van verwittigen, die de schade tot tauxatie des Dorprechters sal boeten, en moet des selfs uitsprake voldaan worden, niet tegenstaende beroep tot den ordinaris Rechter, het welke binnen acht dagen kan geschieden.” (U Huber *Heedendaegse rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* deel 2 (Leeuwarden, 1686) Boek 3, Kapittel 4, nr 25). Ook hier wordt gesproken van een mogelijkheid. Art 1 van de Landsordonnantie komt overeen met nr 30 en staat daarmee op zichzelf.

14 Zie n 6.

15 In het archief van het Hof van Friesland bevindt zich een uitgave van 1601 en een van 1635 (Tresoar, Leeuwarden Hof 337 quarto en Hof 120 quarto). Zie voor Andreas Gaill, K van Kempis *Andreas Gaill (1526-1587). Zum Leben und Werk eines Juristen der frühen Neuzeit* (Frankfurt am Main, 1988).

visie op een onjuist begrip van de wet. De fragmenten bij Gaill stemmen inhoudelijk overeen met de hierboven geciteerde Codextekst. Het betreft steeds de interpretatie van de wet, dat wil zeggen de verhouding “letter van de wet” (*verba/littera*) en “geest van de wet” (*voluntas/opinio*). Kennelijk gaat Popta er van uit dat als de Landsordonnantie van toepassing is, dan conform de bedoeling van de wetgever alle artikelen, de kwestie betreffend, nageleefd moeten worden: de artikelen van de Landsordonnantie zijn van dwingend recht, ook artikel 3, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie. Mellama reageert hier in de dupliek als volgt op:

9. Jae dat dit maer een bloot privilegie is, gegeven aen een beledigde in cas van geleden veldschaden, boven 't gemeen Keijserlijk recht, omme 't conen gebruiken, soo hij ordinaris niet wil procederen ad *reparandum damnum* [= om schade vergoed te krijgen].

10. Maer geensins, omme aen dese manier van procederen *in causa damni passi* [= in geval van geleden schade] absoluut verplicht en gebonden te sijn met uitsluitinge der ordinaire actie *ex jure scripto* [= op grond van geschreven recht] hem geschapen.

In artikel 9 van de dupliek gaat Mellama expliciet in op de verhouding tussen het Romeinse en Friese recht: het landrecht gaat boven het Romeinse recht. Hij verwijst voor het Romeinse recht impliciet naar Digestenfragment, D 9 2 39 1.<sup>16</sup> Mellama zegt dat het artikel uit de Landsordonnantie *kan* worden gebruikt, *boven* het Romeinse –'t gemeen keizerlijke recht, zo hij de schadevergoeding niet op de gewone wijze wil vorderen. Het artikel is een “bloot” voorrecht. Je *hoeft* er dus geen gebruik van te maken. Mellama verwijst daarbij naar de bewoordingen van het artikel, en niet naar de gehele Landsordonnantie als zodanig, zo blijkt uit het vervolg van de zin. Hij wijst dus eigenlijk

16 D 9 2 39 1 *Pomponius libro septimo decimo ad Quintum Mucium*: “Pomponius. quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.” (*Pomponius, Commentaar op het ius civile, boek XVII* “Pomponius: ook al treft iemand andermans vee op zijn eigen land aan, hij moet dit op zodanige wijze er af jagen als wanneer hij zijn eigen vee daar had aangetroffen; als hij door dit feit enige schade ondervindt, heeft hij daarvoor speciale acties. Wie derhalve andermans vee op zijn eigen land aantreft, heeft geen recht het in te sluiten en hij behoort het niet te verdrijven op een andere wijze dan wij hierboven hebben aangegeven, d.w.z. alsof het zijn eigen vee was. Hij moet of het verjagen zonder schade toe te brengen of de eigenaar aanmanen dat hij zijn vee moet komen terughalen.”) Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652) heeft in zijn werk over de afgeschafte regels van het Romeinse recht (zie *supra* n 11) aangegeven dat deze regel uit het *Corpus iuris civilis* reeds in de zeventiende eeuw in vele gewesten in onbruik was geraakt. *De legibus abrogatis*, D 9 2 39 1 “Nostris et aliorum moribus pecus alienum in agro nostro deprehensum publico stabulo (*schuthok*) includere atque mancipare jure licet ... quod & multorum pagorum statutis nominatim cautum est, dixi ad Grot. dict. loc.” (“Naar onze zeden en die van anderen is het rechtens geoorloofd andermans vee dat op ons land is aangetroffen in een schuthok op te sluiten en te vervreemden ... dat dit ook uitdrukkelijk wordt verordend in de statuten van vele gewesten heb ik gezegd in mijn commentaar op De Groot op de genoemde plaats.”) In deze tekst verwijst Van Groenewegen van der Made specifiek naar zijn eigen opmerking nr 14 bij de bewerking van boek 3 titel 38 §11 van *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* van Hugo de Groot (1583-1645). In deze opmerking verwijst hij expliciet naar de Landsordonnantie van Friesland, boek 2 titel 3, art 3, het volgens advocaat Henricus Popta door de eiser niet nagevolgde artikel.

op de gelaagdheid van het recht: het Romeinse recht gaat voor, tenzij het landrecht een andere regeling biedt. Dit landrecht hoeft naar de bewoordingen niet van dwingend recht te zijn. Mellama wil zijn beweringen ondersteunen met een sententie van het Hof, maar de datum van de sententie is ongelukkigerwijs niet uitgeschreven.<sup>17</sup>

In tripliek en quadrupliek worden geen nieuwe argumenten voor hun standpunt meer door de advocaten Popta en Mellama geformuleerd. Er volgt een interlocutoire sententie, waarin het Hof de partijen opdraagt door middel van getuigenbewijs wat zij ten aanzien van de feiten hebben beweerd aannemelijk te maken. Uiteindelijk verklaart het Hof op 20 december 1710 de appellant bij het vonnis van de rechter van het Nedergerecht niet te zijn bezwaard, dat wil zeggen het vonnis blijft in stand en Jans moet de schadevergoeding betalen. Het beroep van Henricus Popta faalt dus. Vanwege het gebruikelijk ontbreken van de motivering van de uitspraak is het ongelukkigerwijs niet duidelijk hoe het Hof in deze casus dacht over de verhouding tussen het landrecht en het Romeinse recht, en de interpretatie van de toepassing van de Landsordonnantie. Dit blijft in dezen onbekend, hoewel het er alle schijn van heeft dat het Hof Mellama is gevolgd.

#### 4. Aantekeningen bij en de herziening van de Landsordonnantie

In geen van de onuitgegeven aantekeningen bij de Landsordonnantie, zoals die van Joannes en Theodorus Saeckma (respectievelijk (1572-1636) en (1610-1666)),<sup>18</sup> wordt over het punt van de keuzemogelijkheid gerept. Wel wordt in de aantekeningen bij de woorden “mogen opbinden”, de vraag gesteld of de gelaedeerde het dier zolang als de schade nog niet vergoed is, onder zich kan houden.<sup>19</sup> Dit is volgens Jacobus Cancerius (1520-1592), naar wie de Saeckma’s verwijzen, niet altijd het geval, bijvoorbeeld als de eigenaar bekend is. De gelaedeerde kan in dat geval gewoon tegen de eigenaar procederen.<sup>20</sup> Ook de *Consideratiën op de Landsordonnantie* ingediend op 12 oktober 1686 door de advocaten J Beucker, A Renici, Otto van Bolten en Johan van Lennep, bevatten op het door Popta betwiste punt, geen aanvullingen of verbeteringen.<sup>21</sup>

17 Zie art 11 van de dupliek. “Heeft ’t Hoff in contradictorio [= in het tegendeel] nae volschreven proces gesententieert tusschen ... op den ...”

18 Zie O Vries *et al De heeren van den raede biografieën en groepsportret van de raadsheren van het Hof van Friesland (1499-1811)* (Hilversum, 1999) nrs 128 en 147.

19 Zie bijvoorbeeld *Statuten, ordonnantien en costumen van Friesland* (1602) met aantekeningen van Joannes en Theodorus Saeckma (oorspronkelijk ca 1615), Leeuwarden, Tresoar, Hs 1541, lib 2 3 3. Er zijn nog twee latere andere handschriften met dezelfde opmerking, Tresoar, *Commentarius ad statuta Frisiae collectus et consarcinatus* Hs 8573 (ca 1675) en Tresoar, *Statuten, ordonnantien en costumen van Friesland*, Hs 535 (1699).

20 J Cancerius *Variae resolutiones iuris caesarei, pontificij, & municipalis principatus Cathaloniae* 1635-1646 cap 10 nr 86 (zie n 19).

21 Zie *Groot placaat en charter-boek van Vriesland* VI (Leeuwarden, 1795) 1-2. Zie voor de consideratiën, Leeuwarden, Tresoar, Verzameling Handschriften, afkomstig van de Provinciale Bibliotheek, inv nr 263, 264 265 en 1178. Zie ook Leeuwarden, Tresoar, Gewestelijke bestuursinstellingen van Friesland 1580-1795, inv nr 954 en 955. In dit laatste document begint art 3 abusievelijk met: “Om welke te betalen”. Het lijkt hier om een homoioteleuton te gaan, art 2 eindigt met het woord “betalen”.



In de herziene Landsordonnantie van 1723 die het onderwerp van de commentaren van Dominicus Aggaeus Hamerster (1689-1774) en Simon Binckes (1731-1786) is,<sup>22</sup> luidt het meergemelde artikel 3 niet anders. Kennelijk is er geen onduidelijkheid omtrent de bewoordingen van onderhavig artikel.

## 5. Conclusie

In de hoger beroepszaak van Jacob Jans tegen Pieter Pieters betreft één van de rechtsvragen de interpretatie van artikel 3 van boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie: is dit artikel van dwingend recht? Om deze vraag te beantwoorden wordt door de advocaten Henricus Popta en Sibrandus Mellama niet alleen ingegaan op de verhouding tussen de eerste artikelen van boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie onderling, maar ook zijdelings op de verhouding tussen het landrecht en het Romeinse recht. Popta meent als advocaat voor de appellat dat het genoemde artikel 3 van de Landsordonnantie naar de “geest van de wet” moet worden geïnterpreteerd, dat wil zeggen dat dit artikel een dwingend voorschrift is. Om schadevergoeding te kunnen vorderen in geval een beest op andermans stuk land komt (art 2), *dient* de eiser zich dus te houden aan de in artikel 3 voorgeschreven regels. Hij onderbouwt zijn interpretatie van de Landsordonnantie met een verwijzing naar het Romeinse recht, in het bijzonder de Codex, en met een verwijzing naar de *Practicae observationes* van Andreas Gaill. Er zijn geen aanwijzingen gevonden in de genoemde onuitgegeven aantekeningen bij het artikel die Popta in zijn interpretatie steunen.

Volgens Popta interpreteert Mellama het artikel abusievelijk naar de “letter van de wet”, dus *tegen* de “geest van de wet”. En daarmee is Mellama’s interpretatie in zijn ogen onhoudbaar. Mellama meent nu juist dat men zich *boven* het Romeinse recht op dit artikel *kan* beroepen, maar dat is in dit geval niet nodig, omdat zijn cliënt afziet van het voorrecht. Jacob Jans verliest uiteindelijk wederom de zaak.

22 In het Ontwerp van een Landsordonnantie wordt hierover bij het betreffende artikel niets gezegd (zie Leeuwarden, Tresoar, Archief Hof van Friesland, inv nr 2). Ook in het latere commentaar op de Landsordonnantie van Hamerster worden de woorden “om welck te becomen” niet becommentarieerd. Bij de woorden “mogen opbinden” staat: “Volgens Keyzerlyke Rechten vermochte men dit niet te doen, zoo als klaarlyk geblykt” (84). Hierna volgt de Latijnse tekst met uitleg van D 9 2 39pr. De tekst gaat als volgt verder: “Zoo dat hier by onze Statutaire Wet iets meer word toegestaan, als na gemeene rechten geoorloft was ...” (84). Uit dit commentaar blijkt niet dat het karakter dwingend is (zie D Hamerster *Naukeurige en duidelyke verklaring over de statuten, ordonnantien, reglementen, en costumen van rechte in Frieslandt, volgens staats resolutie van den 12 Maart 1722 gedrukt en gepubliceert* (Leeuwarden, 1741) 83-86). In het commentaar van Binckes staat het volgende over het aansluiten van de artt 1-3: “Voorts, schoon dit Art, *voornamentlijk* op het naastvoorgaande 2. slaat, zal het egter ook toepasselijk mogen worden gemaakt op het 1. voor zoo veel het *aferten* betreft.” (S Binckes *Verklaaringe van de statuten, ordonnantien, reglementen en costumen van rechte in Friesland, anders genaamd, 's Lands Ordonnantie deel 2* (Leeuwarden, 1785) 64). Ook hier geeft het woord “mogen” een keuzemogelijkheid.

## Abstract

On 17 September 1707, in the court of first instance in Leeuwarden, farmer Jacob Jans was ordered to compensate farmer Pieter Pieters for the damage his bull caused by grazing on Pieters' land and by serving Pieters' cows. Jans, represented by lawyer Dr Henricus Popta, appealed to the Court of Friesland. Pieters was represented by Dr Sibrandus Mellama. The main question concerned the interpretation of the Landsordonnantie: is article 3, book 2, title 3 of the Landsordonnantie imperative law? Article 3 deals with damage caused by another's animal. The lawyers not only considered the relationship between the articles of the Landsordonnantie, but also the relationship between the Landsordonnantie and Roman law (Roman-Frisian law). Popta argued that article 3 should be interpreted in the “spirit of the law” and that for the purpose of claiming compensation for the damage caused by someone else's animal, the article contains a mandatory rule. According to Popta, Pieters did not comply with this rule and Jans could not be liable for the damage. He based his interpretation of the Landsordonnantie on Roman law, in particular the Codex, and on the *Practicae Observationes* of Andreas Gaill. Popta averred that Mellama's contention that article 3 could be invoked above Roman law as it was not drafted in a peremptory manner, was according to the “letter of the law” and against the “spirit of the law”. The Court nevertheless refused the appeal.