

2005

Vrijheid en straf. Ontstaan en ontwikkeling van
straf en strafrecht in het denken van P.W.A.
Immink (1908-1965)

Mireille Hildebrandt

Pareltjes van het strafrecht

Vrijheid en straf

Ontstaan en ontwikkeling van straf en strafrecht in het denken van P.W.A. Immink
(1908-1965)

M. Hildebrandt

1. Inleiding	3
2. Korte intellectuele biografie	4
3. Immink als rechtshistoricus	7
3.1 Immink als rechts <i>historicus</i>	7
3.1.1 Reconstructie van schriftloze samenlevingen.....	7
3.1.2 Reflecties op begripsvorming in historisch onderzoek.....	8
3.2 Immink als <i>rechtshistoricus</i>	10
4. La liberté et la peine	13
4.1 De transformatie van begrippen in de geschiedenis	13
4.2 De inleiding tot 'La liberté et la peine'	15
4.3 Vrijheid en straf in het allodiale tijdperk.....	16
4.3.1 Vrijheid in het allodiale tijdperk	16
4.3.2 Straf in het allodiale tijdperk?.....	21
4.4 Vrijheid en straf in het monarchale tijdperk	23
4.4.1 Monarchale vrijheid.....	23
4.4.2 Straf in het monarchale tijdperk	28
5. Vrijheid en straf	32
5.1 <i>Honor</i> en vrijheid in oude zin: de aristocratische samenleving	32
5.2 Militante vrijheid en gepacificeerde vrijheid.....	33
5.3 Vrijheid in oude zin en vrijheid in moderne zin.....	37
6 Stedelijk en transnationaal straf(recht)?	42
6.1 Stedelijk boeterecht uit de vroege middeleeuwen.....	42
6.1.1 Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht	42
6.1.2 Wraak in oude zin en wraak in moderne zin.....	43
6.1.3 Het punitieve karakter en het strafkarakter van private satisfacties.....	43
6.1.4 Een privaatrechtelijke sanctie als straf.....	45
6.2 Strafrecht voorbij de staat?	46
7 Afsluiting	48

1. Inleiding¹

In 1973 verschijnt *La liberté et la peine*, het onvoltooide meesterwerk van de Groningse rechtshistoricus Immink, acht jaar na zijn dood. In deze helaas niet als zodanig (h)erkende klassieker biedt Immink een originele kijk op de geschiedenis van de straf vanuit een helder en goed doordacht strafbegrip. Anders dan gebruikelijk legt hij de nadruk op het publiekrechtelijke karakter van (de oorsprong van) de straf. Private wraak, vete, vredeloosstelling, rituele executie en compositie vallen dan ook niet onder zijn strafbegrip. Inzicht in ontstaan en ontwikkeling van de straf vraagt volgens Immink bovendien aandacht voor de relatie met vrijheid. De onconventionele wijze waarop hij de relatie tussen straf en vrijheid vanuit een historisch kader uitwerkt stemt tot nadenken ten aanzien van het standaardverhaal over oorsprong en betekenis van straf en strafrecht.

Deze tekst beoogt een eerste kennismaking met het oeuvre van Immink, die bereid is lastige vragen te stellen die anderen 'liever uit de weg gaan'. Zelf schrijft hij daarover: "Maar dat is de houding van degeen, wiens gemoedsrust hem boven alles gaat en die de mogelijkheid van wat meer inzicht daar gaarne aan offert. Voor dezulken zijn deze bladzijden niet geschreven: wij zullen hun rust dan ook niet verstoren".² Immink was dus niet bevreesd zijn collega's zo nu en dan voor het hoofd te stoten en leek zich bij voorbaat neer te leggen bij eventuele afwijzing van zijn gedachtegoed. Dat is jammer en de geringe bekendheid van zijn werk is een gemiste kans - in het bijzonder voor het strafrecht.

Na een korte intellectuele biografie in hoofdstuk 2, zal ik in hoofdstuk 3 aandacht besteden aan zijn positie binnen de rechtsgeschiedenis in Nederland. Het zwaartepunt van deze studie ligt in hoofdstuk 4, waar zijn postuum gepubliceerde magnum opus *La liberté et la peine* uitgebreid wordt besproken. Ik zal daarbij zijn indeling volgen en zo dicht mogelijk bij de lijn van zijn eigen betoog blijven. Nadat de lezer aldus een grondig overzicht van de kern van Immink's onderzoek heeft bekomen, zal ik het centrale thema 'vrijheid en straf' in hoofdstuk 5 nader uitwerken aan de hand van ander werk van Immink. Ik zal mij daarbij vrijer opstellen tegenover zijn werk en relevante inzichten uit de culturele antropologie en de politieke filosofie gebruiken om zijn positie te verhelderen. Gezien het belang van Montesquieu voor ons moderne vrijheidsbegrip, en de relatie die ook Montesquieu legt tussen politieke vrijheid en straf, zal ik Immink's gedachten daarover behandelen in samenhang met die van Montesquieu.

De focus van Immink's historisch onderzoek ligt in de transformatie van de punitieve rechtshandhaving in de Oudgermaanse niet-statelijke samenleving tot het strafrecht van de Frankische monarchie. In hoofdstuk 6 wordt de relevantie van Immink's werk besproken voor twee andere transformaties in de punitieve rechtshandhaving. Ten eerste de overgang van de landsheerlijke rechtsorde naar het stadsrecht en ten tweede, ter afsluiting, de overgang van nationaal naar transnationaal recht. Deze laatste overgang stelt mij in de gelegenheid de relevantie van Immink's werk voor de huidige problematiek van de punitieve rechtshandhaving aan te stippen.

¹ Met dank aan de redactie voor commentaar op eerdere versies van deze tekst.

² P.W.A. Immink, *Vrijheid en recht*, (postuum uitgegeven onvoltooid manuscript met oorspronkelijk als titel 'Vrijheid, recht en democratie'), Mededelingen van het Rechtshistorisch Instituut, RUG, nr. 5 Groningen: Noordhoff 1967, p. 29.

2. Korte intellectuele biografie

De in 1908 in Stolwijk geboren P.W.A. Immink promoveert in 1942 cum laude op een rechtshistorisch proefschrift bij Rengers Hora Siccama in Utrecht: *De wording van staat en soevereiniteit in de Middeleeuwen, Een rechtshistorische studie in het bijzonder met betrekking tot het Nedersticht, Eerste deel* (het tweede deel is nooit verschenen). Van 1945 tot 1946 is hij hoogleraar te Utrecht met als leeropdracht 'het oud-Nederlands recht, de ontwikkeling van het recht bezien in het licht van het Germaanse recht en inleiding tot de rechtswetenschap'. Vanaf 1946 is hij hoogleraar Oud-Vaderlands recht in Groningen naast Scheltema (die zich in het onderwijs volledig richt op het Romeinse en in zijn onderzoek specifiek op het Byzantijnse recht). In 1965 overlijdt Immink op 57-jarige leeftijd.³

In zijn Groningse oratie *Recht en historie* van 1946⁴ beschrijft Immink ter illustratie van zijn visie op de beoefening van de rechtsgeschiedenis twee ontwikkelingen die in later werk steeds weer worden hernomen: de ontwikkeling van het eigendomsrecht en de tegenstelling privaatrecht-publiekrecht. Immink tekent daarbij verzet aan tegen de privatistische interpretatie van de feodale verhoudingen tussen leenheer, leenman en *beneficium*. Volgens de romanisten verkrijgt de leenman een *ius in re alieni* (recht op andermans goed). Anders Immink, die uiteen zet dat het bij de verhouding tussen leenheer en leenman oorspronkelijk niet gaat om een recht met betrekking tot een zaak, maar om een soort concessie waarmee de leenman publiekrechtelijke bevoegdheden (jurisdictie) verkrijgt ten aanzien van degenen die bij het 'beleende' territorium horen (de horigen). Deze kwestie is van groot belang voor het ontstaan van straf en strafrecht, omdat het *beneficium* aldus een *ius puniendi* vestigt ten aanzien van horigen.

De colleges Oud-Vaderlands recht die Immink in Groningen verzorgde zijn door hemzelf op schrift gesteld en na zijn dood gepubliceerd onder de titel *De wording van staat en soevereiniteit in de Middeleeuwen*.⁵ In onderwijs en onderzoek richtte Immink zich in het bijzonder op de Oudgermaanse (0-500) en Frankische tijd (500-1000). Naar zijn mening ontstaat de straf pas in het Frankische tijdperk en wel als uitvloeisel van het monarchale beginsel. De oorsprong van de straf moet niet worden gezocht in de wraak maar in de heerschappij van de pater familias over zijn familie en knechten. Deze opvatting hangt samen met zijn hiervoor al aangestipte pleidooi voor een publiekrechtelijke interpretatie van de oorsprong van de feodale verhoudingen. In feite meende Immink dat

³ Over Immink zie het 'In memoriam' van Feenstra 1966, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (Revue d'histoire du droit), (34), 1966, p. 491-509, als inleiding opgenomen in de bundel *Verspreide Geschriften*, Groningen: Noofdhoff 1967 (deze bundel wordt hier verder aangehaald als Immink 1967a), p. 7-23. H.J. Scheltema, 'Petrus Wernerus Adam Immink', *Jaarboek van de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde* 1969-1970, Leiden: Brill 1970, p. 127-130. T.J. Veen, 'Vrijheid en recht, filosofie en geschiedenis. Over het wetenschappelijk werk van Prof. mr. P.W.A. Immink (1908-1965)', in: *Vrijheid en Recht* ('s Jacobbundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1975. G.C.J.J. van den Bergh, 'Natural law and history of law. A note on Immink', in: J.E. Spruit (ed.), *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht*, Assen: Van Gorcum 1979, p. 30-45. T.J. Veen, 'Petrus Wernerus Adam Immink (1908-1965)', in: T.J. Veen en P.C. Kop (red.), *Zestig Juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 403-409.

⁴ P.W.A. Immink, *Recht en Historie* (oratie Groningen), Groningen: Wolters 1946.

⁵ P.W.A. Immink, *De wording van staat en soevereiniteit in de Middeleeuwen*, Mededelingen van het Rechtshistorisch Instituut, RUG, nr. 3, 1969. Niet te verwarren met zijn dissertatie, die dezelfde titel heeft.

voorafgaand aan het Frankische tijdperk wel sprake was van strafrecht, maar dan alleen in de verhouding tussen een vrije en de horigen die zijn territorium bewoonden.

Deze inzichten in de oorsprong en ontwikkeling van punitieve rechtshandhaving in de Oudgermaanse en Frankische tijd heeft hij tot een synthese gebracht in het manuscript voor *La liberté et la peine*, dat na zijn dood is gepubliceerd. In dit hoofdwerk gaat hij – anders dan in het collegedictaat – uitgebreid de discussie aan met andere mediëvisten die zich met het genoemde tijdperk hebben beziggehouden. Bovendien legt hij op originele wijze de relatie tussen vrijheid, straf en wraak, door te onderscheiden tussen vrijheid in oude en nieuwe zin, waar ik hieronder uitgebreid op terugkom. Zijn manuscript sluit af aan het begin van de late middeleeuwen, maar in ander – eveneens postuum – gepubliceerd werk zet hij zijn onderzoek naar het vrijheidsbegrip voort tot in de moderne tijd.⁶ Een belangrijke conclusie daarbij is dat de wortels van de moderne democratische staat liggen in de absolute monarchie van de 17^e-18^e eeuw.

Voor een adequaat overzicht van Immink's publicaties verwijs ik graag naar het 'In Memoriam' van Feenstra uit 1966.⁷ Naast zijn Groningse oratie, de postuum uitgegeven collegedictaten, *La liberté et la peine*⁸ en de onvoltooide tekst over *Vrijheid, recht en democratie*, krijgen hieronder een aantal teksten speciale aandacht: zijn 'Beschouwingen over de ontwikkeling van de begrippen volk en vertegenwoordiging' uit 1950;⁹ zijn tekst over begripsvorming in de geschiedwetenschap 'La transformation des concepts en histoire' uit 1956;¹⁰ zijn 'At the Roots of Medieval Society, I. The Western Empire' uit 1958¹¹ en 'Honor, heerlijkheid en koningsgezag' uit 1961.¹² Bij de keuze van deze teksten heb ik mij vooral laten leiden door de thematiek van staatsvorming, vrijheid en gezag, die voor Immink cruciaal zijn als het gaat om ontstaan en ontwikkeling van de straf. *La transformation des concepts en histoire* biedt daarbij onmisbaar inzicht in de wijze waarop hij theorie en praktijk verbonden zag in het historisch onderzoek.

De invloed van Immink is relatief gering. Twee rechtshistorici zijn bij Immink gepromoveerd: K. de Vries en P. Gerbenzon (overigens geen leerling in eigenlijke zin). N.E. Algra die na zijn dood promoveerde wordt als een leerling van Immink gezien. Duidelijke invloed van Immink is herkenbaar in het bekende handboek van De Monté ver Loren *Hoofddlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling* (laatste druk 2000); ook in *Voortgang des rechts: de ontwikkeling van het Nederlandse recht tegen de achtergrond van de Westeuropese cultuur* (laatste druk 1987) van Gerbenzon en Algra wordt enkele malen naar hem verwezen. Verder heb ik in mijn

⁶ Zie paragraaf 5.3 waar zal blijken dat het vrijheidsbegrip met de renaissance en de Verlichting een nieuwe transformatie ondergaat, die leidt tot vrijheid in moderne zin.

⁷ Immink 1967a p. 16-23.

⁸ P.W.A. Immink (gerekend door P. Sarolea, met een voorwoord van J. Gilissen), *La liberté et la peine. Étude sur la transformation de la liberté et sur le développement du droit pénal public en Occident avant le XII^e siècle*, Assen: Van Gorcum 1973.

⁹ In: *Publiekrechtelijke Opstellen* aangeboden aan C.W. van der Pot, Zwolle: Tjeenk Willink 1950, p. 114-141, gewijzigd herdrukt in Immink 1967a, p. 141-163.

¹⁰ *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit)* (23), 1956, p. 1-47.

¹¹ In: *At the roots of medieval society. 1. The Western Empire; An den Wurzeln der mittelalterlichen Gesellschaft. II. Das Oströmische Reich*, Instituttet for Sammenlignende Kulturforsning, Oslo: Aschenhoug 1958, p. 9-81.

¹² *Tijdschrift voor Geschiedenis* (74) 1961, p. 285-308, opgenomen in Immink 1967a, p. 85-111.

proefschrift, *Straf(begrip) en procesbeginsel* (2002), uitgebreid aandacht besteed aan zijn werk.¹³

¹³ M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel, naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken*, Deventer: Kluwer 2002. In het bijzonder par. 2.1 en hoofdstuk 3.

3. Immink als rechtshistoricus

In dit hoofdstuk volgen enige overwegingen over de relatieve onbekendheid van Immink's werk. Om te beginnen is van belang dat Immink geen strafrechtsgeleerde was die zich bezighield met het positieve strafrecht van zijn tijd, maar een rechtshistoricus die zich in onderzoek en onderwijs grotendeels richtte op staatsvorming en op het ontstaan van de straf in en voor de vroege middeleeuwen. Daar komt bij dat hij zijn historisch onderzoek combineerde met een wijsgerige benadering en veel in Frans, Engels en een enkele keer Duits schreef. Zijn hoofdwerk – nu juist voor het strafrecht zeer interessant – is in het Frans geschreven en is voor strafrechtsjuristen die niet bekend zijn met de literatuur over de feodaliteit niet gemakkelijk te volgen.¹⁴ Op de vraag waarom zijn hoofdwerk in het Frans is geschreven zijn verschillende antwoorden gegeven. Scheltema meent dat het manuscript een vertaling is van een in het Nederlands geschreven tekst, terwijl Gilissen met stelligheid beweert dat Immink de tekst zelf in het Frans schreef.¹⁵ Gezien de internationale oriëntatie van rechtshistorici zijn Franstalige publicaties overigens niet opzienbarend. Taalbarrières, zijn wijsgerige benadering en een relatief onbekend tijdperk vormen dus mogelijke obstakels voor de geïnteresseerde strafrechtsjurist. Om die reden zal zijn hoofdwerk in hoofdstuk 4 uitgebreid worden besproken, met voorbijgaan aan velerlei fijnzinnige details die hier niet van belang zijn. Hieronder zal ik eerst ingaan op de positie die Immink inneemt binnen de rechtsgeschiedenis in Nederland, die deel uitmaakt van zowel de geschiedwetenschap als van de rechtswetenschap. Ik zal Immink dan ook bespreken als *rechtshistoricus* (3.1) en als *rechtshistoricus* (3.2).

3.1 Immink als *rechtshistoricus*

3.1.1 *Reconstructie van schriftloze samenlevingen*

Vanuit het perspectief van de geschiedwetenschap is het ontbreken van schriftelijke bronnen uit de periode die bij Immink centraal staat problematisch, nu historici gewend zijn met documenten te werken. Zo spreekt bijvoorbeeld rechtshistoricus Van den Berg ten aanzien van Immink's werk van pure speculatie.¹⁶ Iedere vorm van rechtshistorisch onderzoek is tot op zekere hoogte speculatief, bijvoorbeeld omdat de mate waarin de schriftelijke bronnen een adequaat beeld geven van gangen van zaken niet alleen door raadpleging van weer andere schriftelijke bronnen is te achterhalen. Als de traditionele methoden van historisch onderzoek echter worden uitgebreid met die van de literatuurwetenschap, de archeologie en de culturele antropologie is het zeer wel mogelijk speculatieve inzichten te toetsen en nieuwe inzichten op te doen. Orale tradities hebben vaak een ingenieus systeem voor de overlevering (*traditio*) van teksten die in een latere periode neerslag vindt in opgetekende mythen, sagen en/of religieuze teksten.¹⁷ De

¹⁴ De mediëvistiek is een apart specialisme binnen de geschiedwetenschap, waarin het begrip feodaliteit een belangrijke – inmiddels omstreden – rol speelt. Invloedrijk is nog steeds Marc Bloch, *La société féodale*, Paris: Michel 1939-1940.

¹⁵ Scheltema 1970 en Gilissen in het voorwoord bij de uitgave van *La Liberté et la Peine* (1973).

¹⁶ Van den Bergh 1979, p. 33.

¹⁷ P. Gerbenzon, N.E. Algra, *Voortgangh des rehtes. De ontwikkeling van het Nederlandse recht tegen de achtergrond van de Westeuropese cultuur*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 36 wijzen op o.a. de Nibelungen, Gudrun, Beowulf en de Edda's.

logica en dynamiek van orale tradities verschillen van die van schriftelijke culturen, maar indien ze vanuit die eigen dynamiek bestudeerd worden kan uit mythen en sagen veel en interessante informatie worden gewonnen over de organisatie van de betreffende samenleving.¹⁸ In samenhang met archeologisch materiaal kunnen houdbare reconstructies van schriftloze tradities worden gemaakt, die kunnen worden vergeleken met de bevindingen van etnografisch onderzoek in meer recente schriftloze samenlevingen.¹⁹ Het is niet onmogelijk dat dergelijk interdisciplinair onderzoek nieuwe inzichten genereert die ook relevant zijn voor de studie naar samenlevingen met het schrift (en naar samenlevingen in de overgang van tekst naar hypertext).²⁰

Hoewel Immink zijn reconstructie van de Oudgermaanse samenleving niet baseert op archeologisch, literatuurwetenschappelijk of cultureel antropologisch materiaal²¹ komt het beeld dat hij uit het beschikbare materiaal weet op te bouwen overeen met inzichten uit de comparatieve culturele antropologie.²² 'Zijn' Oudgermaanse samenleving kan worden begrepen als een samenleving waarin de maagschap of clan (de verwantschapsgroep in zeer brede zin) en de *comitatus* (de volgelingen van een legeraanvoerder in tijden van oorlog) een hoofdrol spelen. De door Immink geponeerde afwezigheid van een overheid is voor wie enigszins bekend is met de culturele antropologie geen verrassing en zijn speculatieve reconstructie kan vanuit die hoek in grote lijnen worden bevestigd.²³

3.1.2 Reflecties op begripsvorming in historisch onderzoek

Een ander punt is dat Immink's behoefte aan een zo zuiver mogelijke begripsvorming tot irritatie kan leiden bij historici die zich liever beperken tot historiografisch onderzoek. Binnen de geschiedwetenschap woedt een scholenstrijd over het belang van de

¹⁸ Walter J. Ong, *Orality and literacy: the technologizing of the word*, London: Methuen 1982.

¹⁹ Zie het mooie proefschrift (UvA) uit 1996 van Jos Bazelmans, *Eén voor allen, allen voor één. Tacitus' Germania, de oudengelse Beowulf en het ritueel-kosmologische karakter van de relatie tussen heer en krijger-volging in Germaanse samenlevingen*, uitgegeven in eigen beheer. Bazelmans gebruikt in het kader van het NWO Pionierprogramma 'Macht en elite' (1989-1995) op buitengewoon originele wijze cultureel antropologische inzichten als '*trait d'union* tussen archeologie en historiografie' (p. 10).

²⁰ Voortbouwend op het werk van onder meer Walter Ong (zie noot 18) wordt vaak de relatie gelegd tussen bepaalde aspecten van orale tradities en hypertext, zie voor een kritisch overzicht van deze literatuur Douglas, J. Social impacts: The framing of hypertext: Revolutionary for whom? *Social Science Computer Review* (11) 1993-4, p. 417-429.

²¹ Immink 1969, p. 7-8, waar hij Tacitus' *Germania* als bron vooropstelt, in combinatie met bronnen van gemeenschappen waar het koningschap zich pas laat ontwikkelt (IJsland, Friesland en de Ommelanden). P.W.A. Immink, Remarques générales sur l'importance de l'ancien droit Frison dans le cadre de l'histoire du droit occidental, *Revue du Nord. Revue historique trimestrielle*, 1956, p. 179-184 en zijn *L'évolution de la liberté et de la peine dans les régions non féodalises situées entre le Vlie et l'Ems*, Oosterend: Fryske Akademy, Van der Eems 1975. Over bronnen als de *Germania* van Tacitus zie Bazelmans 1996. Over het belang van Friese en Scandinavische rechtsbronnen zie M.W. Stein-Wilkeshuis, 'Wraak en verzoening in middeleeuwse Friese en Scandinavische rechtsbronnen', in: H.A. Diederiks/H.W. Roodenburg (red.), *Misdaad, zoen en straf*, Hilversum: Verloren 1991, p. 11-26.

²² J.Ph. de Monté ver Loren, bewerkt door J.E. Spruit, *Hoofddlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Arnhem: Kluwer 2000, p. 17 merkt op dat archeologisch onderzoek bevestigt dat rond het begin van onze jaartelling sprake is van een sedentaire gemeenschap, waaruit al een aantal conclusies getrokken kunnen worden, nu dit type samenlevingen fundamenteel verschilt van nomadisch georganiseerde samenlevingen.

²³ Voor een nadere uitwerking van het cultureel antropologisch perspectief Hildebrandt 2002, hoofdstuk 3.

theoretische geschiedenis.²⁴ Huizinga zou ooit hebben gemeld dat de 'beoefening van de theorie der geschiedenis de onderzoeker afhoudt van het 'eigenlijke' werk',²⁵ dat dan vermoedelijk uit historiografisch onderzoek moet bestaan. Argwaan jegens theoretische bespiegelingen zou dan ook een tweede verklaring kunnen vormen voor de relatieve onbekendheid met Immink's werk onder rechtshistorici. Historiografisch onderzoek vindt echter plaats vanuit een bepaald perspectief, dat mede bepalend is voor de te reconstrueren historische feiten. Hoewel de uitspraak 'les faits sont faits' ook in de geschiedwetenschap niet betekent dat feiten om het even hoe 'gemaakt' kunnen worden, impliceert het wel dat dezelfde bronnen tot verschillende verhalen kunnen leiden waarvan de houdbaarheid en de relevantie niet bij voorbaat kunnen worden vastgesteld. Precies daarom is reflectie op de eigen begripsvorming geen overbodige luxe.

Zijn wijsgerige inspiratie ontleent Immink voor een deel aan zijn leermeester, Rengers Hora Siccama, wiens leeropdracht te Utrecht naast rechtsgeschiedenis ook rechtsfilosofie omvatte. In zijn *Natuurlijke waarheid en historische bepaaldheid*²⁶ ontvouwt Rengers omstandig zijn visie op de wenselijkheid van waardevrije wetenschapsbeoefening. Voor Rengers is waardevrijheid – ook binnen het domein van de geesteswetenschappen – absoluut noodzakelijk. Hij verbindt daaraan een vergaand cultuur- en rechtsrelativisme: wat recht is kan niet voor eens en altijd bepaald worden maar moet binnen de context van een historisch tijdperk worden gezien. Op zichzelf is dit een open deur maar in het verlengde hiervan menen zowel Rengers als Immink dat de vraag naar het 'richtige recht' geen wetenschappelijk te beantwoorden vraag is en dat het onderzoek naar historische fenomenen zonder vooringenomenheid plaats kan en moet vinden. Deze positivistische positie²⁷ wordt nog versterkt doordat Immink streeft naar een zo helder mogelijk taalgebruik met liefst universeel geldige, analytische begrippen die het werk van de historicus aanzienlijk zouden moeten vergemakkelijken.²⁸ Hij onderscheidt daartoe in zijn *La transformation des concepts en histoire* tussen formele definities (met universele, mathematische geldigheid) en materiële definities (de historisch bepaalde invulling ervan waarvan de geldigheid beperkt is tot een specifieke historische context).²⁹ De formele definitie van een begrip geeft de continuïteit van de betekenis aan, terwijl de materiële definitie in de loop van geschiedenis verandert. Wij zullen nog zien hoe Immink aan het vrijheidsbegrip een formeel en een materieel aspect onderscheidt, die het mogelijk maken om in de loop van *La liberté et la peine* zowel de betekenisidentiteit als de betekenisverschuivingen in kaart te brengen. Aldus weet hij betekenisverschuivingen zichtbaar te maken die gemakkelijk over het hoofd worden gezien door degenen die zich

²⁴ Over richtingen en ontwikkelingen binnen de geschiedwetenschappen H.L. Wesseling, *Onder historici. Opstellen over geschiedenis en geschiedschrijving*, Amsterdam: Bakker 1995.

²⁵ Veen 1975, p. 303.

²⁶ Rengers Hora Siccama, *Natuurlijke waarheid en historische bepaaldheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1935. Rengers is wegens zijn loyaliteiten in de richting van de Duitse bezetter na de oorlog uit zijn functie ontheven. Immink was zelf werkzaam in het verzet: zijn geloof in waardevrije wetenschapsbeoefening belette hem niet in het leven zelf partij te kiezen. Zie ook Scheltema 1969 en 1970.

²⁷ Over positivisme, historisme en de hermeneutische traditie in de geesteswetenschappen Michiel Leezenburg en Gerard de Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003. Toegespitst op het recht M.A. Loth en A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijke recht: over recht, rechtswetenschap en jurisprudentie*, Den Haag: Boom 2003.

²⁸ Daarmee verwijdt Immink zich wel van zijn leermeester, die zijn lezers bijvoorbeeld tracteert op gedachten omtrent het verstaan van 'de begrijpelijkheid van de onbegrijpelijkheid', Rengers Hora Siccama 1935, p. 3.

²⁹ Immink 1956 passim. Zie hieronder par. 4.1.

weinig vragen stellen over de begrippen waar zij mee werken.³⁰ Door zijn voortdurende reconstructieve arbeid aan het rechtshistorische begrippenapparaat legt Immink bovendien een vinger op blinde vlekken die historiografisch onderzoek kunnen bedreigen. Een term die zowel vroeger als nu gebruikt wordt kan in beide periodes een heel verschillende betekenis hebben (denk bijvoorbeeld aan de term rechter).³¹ Aan de andere kant kan uit het feit dat een bepaalde term in het verleden niet bekend was niet zomaar worden afgeleid dat het fenomeen waar de term naar verwijst dus niet bestond (denk aan de term recht of rechtsnorm).³²

In hoofdstuk 4, de bespreking van *La liberté et la peine*, zal de betekenis van zijn *La transformation* nog eens worden toegelicht, nu hij dit zelf als inleiding op zijn hoofdwerk had gedacht.

3.2 Immink als *rechtshistoricus*

Een tweede scholenstrijd die van belang is voor de positie van Immink als rechtshistoricus is de uit Duitsland overgewaaid strijd tussen de germanisten en de romanisten binnen de rechtswetenschap.³³ In reactie op het rationalistische natuurrechtsdenken uit de achttiende eeuw ontstaat in Duitsland aan het begin van de negentiende eeuw de Historische School. Daarin wordt de historische bepaaldheid van het recht voorop gesteld en in het verlengde daarvan de relatie tussen recht en 'Volksgeist'. Binnen de Historische School ontstaan in de loop van de negentiende eeuw twee richtingen: die van de romanisten of pandectisten en die van de germanisten. Kenmerkend voor de romanisten is in de eerste plaats de neiging om het systeem van het gerecipieerde Romeinse privaatrecht te vereenzelvigen met de Duitse volksgeest en in de tweede plaats een daarmee samenhangende conceptuele, theoretische instelling ten opzichte van het recht (niet voor niets professorenrecht genoemd omdat de invloed van deze *Begriffsjurisprudenz* in de praktijk niet erg groot was). Kenmerkend voor de germanisten is - behalve een grote interesse in de Germaanse wortels van de geldende rechtsinstellingen - een meer op het levende rechtsbewustzijn gerichte instelling ten opzichte van het recht. Zoals Van den Bergh en ook Veen opmerken gaat Immink's interesse in de Germaanse wortels van het Westeuropese publiek- en strafrecht echter samen met een theoretische doordenking van de conceptuele vooronderstellingen waarmee de historische werkelijkheid wordt onderzocht.³⁴ Het heeft dus weinig zin hem in te willen delen in één van beide richtingen. Wel is waar dat een steeds hernomen thema van Immink zijn verzet betreft tegen de romanistische, negentiende eeuwse bril

³⁰ Over het gebruik van hedendaagse termen voor (rechts)instituten uit het verleden H.R. Hoetink, *Historische rechtsbeschouwing*, Haarlem: Tjeenk Willink 1949 en Theo Veen, *Met dank aan Du Perron. Over terminologie, begripsvorming en het vermijden van anachronistische redeneringen in het rechtshistorisch bedrijf* (oratie Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1996. Zie noot 20 p. 27 Immink 1956 voor Immink's reactie op Hoetink's rede.

³¹ De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 9-10. Immink 1967a, p. 86-87.

³² Zie de discussie over de vraag of niet-statelijke samenlevingen 'recht' kennen in Uwe Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Umriss einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern und Hirten*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1985, p. 52-69.

³³ Veen 1987, p. 403-404. Voor een ideeënhistorisch overzicht van de ontwikkelingen van het gedachtegoed van de Historische School zie ook J. Vervaele, *Rechtsstaat en recht tot straffen. Van klassiek rechtsindividualisme naar sociaal rechtsdenken. Een strafrechtsvergelijkend grondlagenonderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 116-130.

³⁴ Van den Bergh 1979, p. 32-35, Veen 1987, p. 407.

waarmee publiekrechtelijke instituties vertekend worden tot privaatrechtelijke figuren.³⁵ De beoefening van de rechtsgeschiedenis in Nederland is tot nu toe in sterke mate georiënteerd op de continuïteiten tussen het gereciperde Romeinse recht en het geldende privaatrecht. Het is jammer dat de behoefte om Immink in te delen bij bestaande stromingen het zicht ontnemt op het originele en vruchtbare karakter van zijn positie. Zo neigt Van den Bergh er toch wel toe Immink's werk als een germanistische of zelfs etnocentrische opvatting van de rechtsgeschiedenis belachelijk te maken en/of te bagatelliseren om hem vervolgens ook nog eens achttiende eeuws rationalisme te verwijten vanwege zijn analytische bespiegelingen ten aanzien van gehanteerde begrippen. Zoals Bazelmans in zijn proefschrift van 1996 uitgebreid bespreekt heeft de Duitse historische traditie zich met name in de 19^e eeuw op eigen wijze over Tacitus' *Germania* ontfenmd.³⁶ De Oudgermaanse samenleving werd voorgesteld als een democratische staatsvorm die organisch was gegroeid vanuit het vermeende wezenskenmerk van de Duitse volksgeest: de Germaanse vrijheid.³⁷ Deze romantische versie van de vroege geschiedenis is bijvoorbeeld prominent aanwezig in het werk van Friedrich Engels, die dan ook sterk beïnvloed is door deze organisch-liberale opvatting van de Oudgermaanse staat. In de 20^{ste} eeuw verandert het beeld schijnbaar radicaal: in plaats van een democratische staatsvorm, wordt nu een aristocratische samenleving geponeerd die geen overheid kent behalve misschien de afzonderlijke vrije heren (binnen hun eigen domein). Immink sluit zich op veel punten bij deze laatste visie aan.³⁸ Van belang is echter te vermelden dat bij Immink geen enkele behoefte bestond om een verband te leggen tussen deze aristocratische Oudgermaanse samenleving en het latere Duitsland. Zijn onderzoek naar de relatie tussen vrijheid en straf is geen lofzang op een romantisch ideaal van Germaanse vrijheid. Trouw aan zijn uitgangspunt dat de wetenschap zich verre moet houden van evaluatieve of normatieve uitspraken gaat hij nooit verder dan een beschrijving, waarbij hij bovendien steeds de kaarten op tafel legt door de begrippen waar hij mee werkt zorgvuldig te onderzoeken en aan te geven welke definities hij als uitgangspunt zal nemen.³⁹

Kort gezegd leiden Immink's kritische theoretische reflectie op het begrippenapparaat van de rechtshistoricus samen met het ontbreken van een veelheid van traditionele bronnen tot een zekere marginalisering binnen een overwegend historiografisch ingestelde rechtsgeschiedenis en leidt zijn belangstelling voor het strafrecht en voor het recht in de niet-statelijke Oudgermaanse samenleving tot marginalisering binnen een sterk op het gereciperde Romeinse privaatrecht georiënteerde rechtsgeschiedenis. Dit mag er echter niet toe leiden dat zijn werk binnen het strafrecht ongelezen blijft.

³⁵ Bijvoorbeeld Immink 1973, p. 115-145.

³⁶ Tacitus, 'Germania', in: Tacitus, *Dialog over de welsprekendheid. Agricola. Germania*, vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door J.W. Meijer, Baarn: Ambo 1992, p. 161-206.

³⁷ De idee van de Germaanse vrijheid heeft een lange geschiedenis, die begint met de herontdekking van Tacitus' *Germania* in de 15^e eeuw, Ernst-Wolfgang Böckenford, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlin: Duncker & Humblot 1961, p. 85 e.v.

³⁸ Belangrijke wegbereiders en exponenten van deze stroming waren Heinrich Brunner (19^e eeuw) en Otto Brunner, Heinrich Mitteis, Dannenbauer en Schlesinger (20^e eeuw) waar Immink inderdaad regelmatig naar verwijst. Bazelmans 1996, p. 43-53. Ook de Belgische mediëvist en rechtshistoricus Van Caenegem spreekt van de 'acefale' structuur van de Germaanse stammen' ('acefaal' wil zeggen zonder overheid). R. C. van Caenegem, *Over Koningen en Bureaucraten. Oorsprong en ontwikkeling van de hedendaagse staatsinstellingen*, Amsterdam/Brussel: Elsevier 1977, p. 47.

³⁹ Zoals nog zal worden opgemerkt kan de pretentie van waarde vrije wetenschap vanuit hermeneutisch perspectief worden bekritiseerd (zie noot 42); het gaat mij echter te ver om – zoals Van den Bergh 1979, p. 38-39 wel doet – Immink om die reden te beschuldigen van etnocentrisme en vooringenomenheid.

4. La liberté et la peine

In dit hoofdstuk ruim aandacht voor Immink's synthetiserende 'vrijheid en straf'. Voor het strafrecht is dit zijn meest relevante tekst, waarin hij een integratie beproeft van zijn onderzoek naar ontstaan en geschiedenis van de straf in West-Europa in het eerste millennium van onze jaartelling. Zijn startpunt ligt niet in het Romeinse rijk maar in de Germaanse (met name Frankische) stammensamenleving. In zijn inleiding maakt Immink duidelijk dat hij geen evolutionist is; ontstaan en ontwikkeling van de straf kennen volgens hem geen universele geschiedenis.⁴⁰ Een historische benadering van de straf is slechts mogelijk ten aanzien van een bepaalde samenleving. Terwijl zijn studie zich dus beperkt tot de geschiedenis van de straf op het grondgebied van het Frankische keizerrijk, verzet hij zich uitdrukkelijk tegen algemene speculatieve uitspraken over bijvoorbeeld de psyche van de primitieve mens.⁴¹ Dit is des te interessanter omdat hij zich daarmee lijkt te distantiëren van één van zijn inspiratoren, de neokantiaanse filosoof Cassirer, die in zijn theorie van de symbolische vormen juist wel algemene uitspraken doet over het denken van de primitieve mens dat zich in het mythische stadium zou bevinden.⁴² In dit hoofdstuk bespreek ik om te beginnen *La transformation des concepts en histoire*, dat hij had voorbestemd als inleiding van *La liberté et la peine* (4.1). Daarna zal ik de indeling van het boek volgen met deelparagrafen over zijn inleiding (4.2), over vrijheid en straf in het allodiale tijdperk (4.3) en over vrijheid en straf in het monarchale tijdperk (4.4).

4.1 De transformatie van begrippen in de geschiedenis

Cassirer is één van degenen die door Immink uitgebreid worden aangehaald in zijn *La transformation des concepts en histoire*, dat hij zelf als inleiding op *La liberté et la peine* had gedacht. In deze tekst ontwerpt Immink een onorthodoxe kijk op de relatie tussen theorie en praktijk in de wetenschappen van het menselijk handelen (waaronder de rechtswetenschap en de geschiedwetenschap). Hij verzet zich tegen de idee dat de rechtswetenschap zich zou kunnen beperken tot studie van het positieve recht, terwijl hij bovendien het natuurrecht afwijst omdat het geen beschrijving van recht bevat maar een beschrijving van hoe het recht zou moeten zijn. Dat laatste is geen taak voor de wetenschap volgens Immink, die zoals hierboven aangegeven met Rengers een volstrekt waardevrije wetenschapsbeoefening mogelijk en wenselijk acht. In de praktijk van het onderzoek van de geschiedenis werkt men met begrippen die ontleend zijn aan de empirie, door te bestuderen hoe deze begrippen in een bepaalde periode worden gebruikt. Wil onderzoek echter wetenschappelijk zijn dan zal het verder moeten gaan dan het eenvoudig overnemen van dat gebruik (in dat geval zouden rechtswetenschap en rechtspraak geheel samenvallen). Van belang is reflectie op de manier waarop de werkelijkheid via deze begrippen wordt geordend. In het eerste deel van *La transformation* zet hij – onder verwijzing naar Cassirer – uiteen dat termen niet meer zijn dan tekens die de werkelijkheid vanuit een bepaald perspectief ordenen. Omdat de werkelijkheid vanuit

⁴⁰ Immink 1973, p. 13 en 14.

⁴¹ Immink 1973, p. 14.

⁴² Over Cassirer en het mythische denken p. 4-6 in W. van Binsbergen, 'Rupture and Fusion in the Approach to Myth', de gewijzigde en uitgebreide versie van een paper gepresenteerd op de internationale conferentie *Myth: Theory and the Disciplines* van 12 december 2003, volg de link op: www.ethnicity.bravepages.com/ancient_models.

meerdere perspectieven geordend kan worden, is er in beginsel niet één ordening maar een veelheid van ordeningen mogelijk. De taak van de rechtshistoricus is volgens Immink dan ook het beschrijven van de verschuivingen die de betekenis van begrippen doormaakt onder invloed van veranderende omstandigheden. Tot zover roept zijn betoog weinig vraagtekens op. Immink heeft echter een scherp oog voor de wijsgerige problematiek die zich naar aanleiding van verschuivende betekenissen opdringt. Als wij bijvoorbeeld de betekenisverschuivingen van de term straf willen onderzoeken, hoe kunnen we dan bepalen wanneer iets nog wel en wanneer het geen straf meer is. Die vraag gaat volgens hem vooraf aan het onderzoek. Kennelijk moeten wij, om de betekenisveranderingen te kunnen volgen, de niet-veranderlijke kern van het strafbegrip identificeren. Anders schuift de betekenis ongemerkt tot buiten de grenzen van wat nog zinvol als straf kan worden begrepen, hetgeen zou leiden tot een oeverloos begrip van straf dat geen onderscheidend vermogen meer heeft. In al zijn werk komt Immink op deze problematiek terug: hoe kunnen wij de identiteit van een begrip met zichzelf verzoenen met de beweeglijkheid van haar betekenis. Hoe kunnen wij transformatie verbinden met continuïteit? Voor Immink vormt deze vraag de kern van de geschiedwetenschap.⁴³

Zijn oplossing is complex en sterk verbonden met het neokantiaanse gedachtegoed van enkele van zijn inspiratoren (Cassirer en Stammler).⁴⁴ Immink probeert het element dat een begrip betekenisidentiteit geeft, te zien als een kantiaanse vorm die niet in de werkelijkheid maar in het menselijk denken ligt. Dit element kan worden achterhaald door een formele definitie op te stellen die de essentie van het betreffende concept weergeeft, waarbij *die essentie volgens Immink dus niet in de dingen ligt* maar in de bril waarmee de mens naar de dingen kijkt en waarmee de mens de dingen in feite constitueert.⁴⁵ Deze formele definitie is leeg zolang ze niet is verbonden met een materiële inhoud, maar zonder die gelijkblijvende essentie zouden materiële begrippen onherkenbaar zijn omdat ze zouden blijven steken in volstrekte individualiteit. Wie de fout maakt om de essentie van begrippen in de empirie te zoeken, zal volgens Immink stuurloos rondrijden op zijn eigen ordeningsschema's, zonder oog voor het onderscheid tussen historisch bepaalde perspectieven en essentiële onderscheidingen. De vraag wat Nederlands recht is kan niet beantwoord worden aan de hand van een formele definitie van recht, maar de historicus zal – uitgaand van die definitie – in de historische, empirische werkelijkheid moeten onderzoeken hoe het recht in Nederland op een bepaald moment werkt. Zonder die formele definitie zou die zoektocht volgens Immink niet mogelijk zijn omdat recht in dat geval niet van economie, kunst of religie kan worden onderscheiden. De vraag of de Germanen straf(recht) kenden veronderstelt dan ook een formele definitie van straf(recht). Daarmee zijn we aangeland bij de inleiding van *La liberté et la peine*, waar Immink begint met het opstellen van zijn formele definitie van de straf.

⁴³ Immink 1958, p. 11. Zelf zou ik de betekenisidentiteit of –continuïteit van begrippen eerder zoeken in Wittgensteins familiegelekenis, Hildebrandt 2002, par. 1.3 en 1.4. Zie ook hieronder noot 43.

⁴⁴ Zie overigens zijn kritiek op Stammler in Immink 1956, p. 27-37. Naast het neokantiaanse gedachtegoed spelen ook fenomenologische inspiraties van met name Husserl en Reinach een rol, a.w. p. 38 noot 41 en p. 45-47.

⁴⁵ In die zin is begrijpen een vorm van handelen, zoals Van den Bergh 1979, p. 38 terecht opmerkt. Vergelijk Hildebrandt 2002, p. 55-61. Immink's perspectief is neokantiaans en positivistisch, terwijl Van den Bergh (en Hildebrandt) aansluiten bij hermeneutische inzichten. Immink's idee dat vooroordelen vermeden kunnen en moeten worden, stuit binnen de wijsgerige hermeneutiek op het probleem dat kennis zonder vooroordelen eenvoudigweg niet mogelijk is (Gadamer). Ik meen dat dit inzicht bij Immink prominent aanwezig is en dat zijn positivisme dan ook op gespannen voet staat met zijn perspectivisme.

4.2 De inleiding tot 'La liberté et la peine'⁴⁶

In zijn inleiding legt Immink uit met welk strafbegrip hij gaat werken. Onder verwijzing naar *La transformation* bepleit hij de noodzaak om als historicus de kaarten op tafel te leggen door een heldere begripsvorming. Wie niet aangeeft of hij onder straf alle punitieve handelingen verstaat of alleen die punitieve handelingen die (kunnen) worden *opgelegd*, raakt al gauw verstrikt in de vraag of een wraakoefening nu wel of geen straf is. Door vooraf als het ware kleur te bekennen zal doorheen het hele boek de grens tussen straf en andere vormen van punitief handelen getrokken kunnen worden, zonder steeds weer in discussie te vervallen of wraak toch eigenlijk geen straf is. Zijn 'formele' definitie van de straf gaat dus vooraf aan het onderzoek, maar duidelijk is dat hij deze formule inductief heeft gereconstrueerd door steeds weer de vraag te stellen of wij bepaald menselijk handelen nu wel of niet 'verstaan' als straf. Hij bekijkt die vraag vanuit de relatie tussen straffer en bestrafte: gaat het binnen die relatie om coördinatie of subordinatie?⁴⁷ Voor Immink gaat het bij straf altijd om subordinatie, anders dan bij wraak of oorlog die vanwege de afwezigheid van een centraal gezag veeleer een vorm van coördinatie belichamen (of juist het mislukken daarvan). Straf veronderstelt dus een vorm van ongelijkheid, terwijl wraak en oorlog een zekere vorm van gelijkheid veronderstellen. Daarbij zij aangetekend dat het Immink steeds gaat om wraak in oude zin, dat wil zeggen als vorm van punitieve rechtshandhaving in een samenleving zonder overheid.⁴⁸ Ook het tweezijdig godsoordeel is voor Immink geen straf. Hij beschrijft dit (in het bijzonder de uitkomst van het gerechtelijk duel) als het aan god toegeschreven resultaat van een georganiseerde strijd (coördinatie) tussen gelijken (vrijen). Het eenzijdig godsoordeel komt daarentegen zo dicht bij een lijfstraf dat geen sprake meer is van een strijd tussen gelijken die gecoördineerd zou moeten worden en wellicht is hier dan toch sprake van een straf.

De keuze die Immink maakt bij het articuleren van zijn formele strafbegrip is zeer vruchtbaar. Het mag duidelijk zijn dat een situatie waarin degene die punitief handelt gezag heeft ten aanzien van de degene die deze handeling ondergaat, geheel anders van aard is dan een situatie waarin punitieve handelingen worden verricht tussen gelijken. Wie deze keuze niet maakt en al het punitieve handelen op dezelfde hoop gooit, ontnemt zichzelf daarmee het zicht op het publiekrechtelijk karakter van de straf en op de gezagsverhoudingen die in de straf zijn geïmpliceerd. Natuurlijk is verdedigbaar om bijvoorbeeld alle punitieve handelingen straf te noemen en daarbinnen dan de overheidsstraf te onderscheiden. Met Immink denk ik echter dat ook in het dagelijks taalgebruik 'straf' een gezagsverhouding veronderstelt; een ouder *straf*t bijvoorbeeld haar kind (voorzover een ouder wraak neemt op haar kind mag in meerdere opzichten getwijfeld worden aan het ouderlijk gezag).

Na de keuze voor subordinatie formuleert Immink zijn formele definitie van de straf, de blijvende kern van het strafbegrip: 'de straf is een kwaad, opzettelijk toegebracht in reactie op verwerpelijk geachte handelingen, aan de auteur van deze handelingen door een persoon die op een of andere manier boven hem is gesteld'. De juridische vertaling

⁴⁶ Immink 1973, p. 7-29.

⁴⁷ Immink 1973, p. 10. Vergelijk Theo Veen, 'Schuld en boete. Verkennende beschouwingen over het rechtskarakter van de pecuniaire sancties in het Haarlemse stadsrecht (1245)', in: B.C.M. Jacobs en E.C. Coppens (red.), *Een Rijk Gerecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Nève*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1998, p. 457-520, en par. 6.1.3 hieronder.

⁴⁸ Zie par. 6.1.2 over wraak in samenlevingen met overheid, waar wraak in beginsel een strafbaar feit is.

hiervan luidt: 'de straf, in juridische zin, is een kwaad, opzettelijk toegebracht in reactie op onrechtmatige handelingen die zijn gekwalificeerd als strafbaar, aan de auteur van deze handelingen, door een persoon die zich de jure op een hoger plan bevindt'.⁴⁹ De elementen waaruit deze definitie is opgebouwd kunnen worden begrepen als constitutieve voorwaarden voor het strafbegrip. Bij ontbreken van zo'n voorwaarde spreken we volgens Immink niet meer van een straf. Constitutieve voorwaarden moeten worden onderscheiden van regulatieve voorwaarden of eisen, waaraan een legitieme straf moet voldoen. Het gaat Immink om begripsvorming (welk handelen *telt* als straffen)⁵⁰, niet om een morele evaluatie van de straf.⁵¹ Met name de laatste voorwaarde (die betrekking heeft op de subordinatie) maakt het mogelijk de gezagsverhoudingen in geval van punitief handelen te expliciteren en de veranderingen daarin te lokaliseren die - volgens Immink - aanleiding zijn tot het ontstaan van de straf.

Aan het eind van de inleiding formuleert Immink zijn vraagstelling. Hij stelt zich ten doel te onderzoeken 'of het Oudgermaanse recht straffen kende in de zin van het hierboven weergegeven strafbegrip, en zo ja, wat de inhoud en - zo mogelijk - de oorsprong was van het dan geldende strafbegrip en ten slotte de vraag of de ontwikkeling van dat strafbegrip zich in laat voegen in het moderne Westerse strafrecht'.⁵² Daartoe moeten volgens Immink de termen 'vrijheid' en 'onvrijheid' van het Germaanse tijdperk worden onderzocht in relatie tot de straf en moet tevens worden onderzocht of, en in welke mate, het vrijheidsbegrip en de relatie tot de straf onderhevig zijn geweest aan transformaties.

4.3 Vrijheid en straf in het allodiale tijdperk

4.3.1 *Vrijheid in het allodiale tijdperk*⁵³

4.3.1.1 *Inleiding*

Om Immink te kunnen volgen in zijn historische en conceptuele analyse van straf en strafrecht is een goed begrip van het allodiale tijdperk van het grootste belang, alsmede de ermee verbonden allodiale vrijheid. Het allodiale tijdperk bestrijkt de periode voorafgaand aan het Frankische koningschap. In de rechtsgeschiedenis is het gebruikelijk deze periode te bestuderen vanuit het perspectief van het Romeinse (keizerlijke) rijk en recht. Immink kiest een schijnbaar riskanter perspectief: dat van de niet-statelijke Germaanse stammensamenleving.⁵⁴ Behalve riskant is Immink's Oudgermaanse perspectief ook bijzonder vruchtbaar. Juist vanuit het contrast met het Romeinse en hedendaagse recht, kan nieuw en onverwacht zicht ontstaan op fenomenen als straf, wraak en oorlog en de juridische aspecten daarvan. Om dat effect te bereiken moeten een aantal vanzelfsprekendheden doorbroken worden die te maken hebben met de verwevenheid van recht en staat in onze tijd (en in het Romeinse keizerrijk). In die zin is

⁴⁹ Beide definities: Immink 1973, p. 12, mijn vertaling.

⁵⁰ Over dit type begripsvorming J.L. Austin, *How to do things with words* (2nd ed.), Oxford: Clarendon 1975.

⁵¹ Opvallend is dat Immink niet rept van het doel of de functie van de straf, zeker niet op het niveau van de definitie. Zie daarover Hildebrandt 2002, p. 110-114.

⁵² Immink 1973, p. 28, mijn vertaling.

⁵³ Immink 1973, p. 29-41.

⁵⁴ Riskant vanwege het ontbreken van primaire schriftelijke bronnen, zie hetgeen daarover in par. 3.1 is opgemerkt.

zijn benadering ook minder riskant dan de gebruikelijke omdat we hier minder snel uit de voeten kunnen met voor ons bekende instituties en dus eerder open zullen *moeten* staan voor de mogelijkheid om recht en samenleving op een radicaal andere wijze te organiseren.⁵⁵

4.3.1.2 *Gesegmenteerde niet-statelijke samenleving*

Immink wijst er om te beginnen op dat de Oudgermaanse samenleving verwantschappelijk is georganiseerd; familie in brede zin, in het bijzonder de zogenaamde lineage of clan is van fundamenteel (constitutioneel, constitutief) belang voor de structuur van de Germaanse stammen. Een lineage of clan is een verwantschapsgroep die zich terugrekent⁵⁶ tot een gemeenschappelijke voorvader en aldus een segment vormt van de stammensamenleving, die - zo is uit de culturele antropologie bekend - dankzij exogamie en vrouwenruil tot een min of meer duurzaam relationeel netwerk uitgroeit. Exogamie sluit het huwen binnen de lineage uit en noodzaakt aldus tot het uitwisselen van bruiden en goederen (bruidsschat) met andere lineages, waardoor allianties worden aangegaan en onderhouden die integratie op het niveau van taal en cultuur bevorderen. Een stam is dus geen homogene groep verwanten met een duurzaam gefixeerde identiteit, maar een vloeiend onderdeel van een samenleving met permanent schuivende interne en externe grenzen. Het ontbreken van overheidsgezag impliceert dat de vrede tussen de lineages permanent fragiel is en voortdurend bevochten moet worden op uit de hand gelopen wraak en vete.

4.3.1.3 *Het allodium als grondslag van de Oudgermaanse vrijheid*

Binnen dat kader stelt Immink vervolgens het eigendomsbegrip aan de orde. Hij signaleert dat ons eigendomsbegrip grotendeels overeenkomt met het Romeinsrechtelijke *dominium*: beide veronderstellen de staat. Met name het absolute karakter van het eigendomsrecht is afhankelijk van een door de staat geïnstalleerd en beschermd privaatrecht. Daartegenover stelt hij dan het Oudgermaanse 'eigendoms'begrip, dat is verbonden met het *allodium*. Het *allodium* is het grondgebied van een *vrije*. Een *vrije* is een man (net als bij de Romeinen hadden vrouwen formeel weinig in de pap te brokken) die heerschappij uitoefent over zijn land en geen enkel gezag boven zich erkent. In beginsel beslissen deze vrije mannen (dat wil dus zeggen mannen die beschikken over een *allodium*) gezamenlijk, in onderling overleg, over aangelegenheden die zij zelf van publiek belang vinden. Zowel de vraag welke zaken van publiek belang zijn als de beslissingen die genomen worden hangen volledig af van de consensuele besluitvorming door de vergadering van vrijen. Het *allodium* is volgens Immink de grondslag van deze vrijheid, die in zekere zin samenvalt met onafhankelijkheid van enig hoger gezag. Binnen de categorie van vrijen onderscheidt hij vervolgens tussen enerzijds boeren, die een bescheiden *allodium* bezaten dat genoeg opbracht om in de eigen levensbehoeften te voorzien en anderzijds heren, die een zo groot *allodium* bezaten dat zij daarop anderen voor zich konden laten werken. Die anderen zijn dan de onvrijen/horigen, die een *surplus*

⁵⁵ Ik ben het dan ook niet eens met de kritiek van Fischer dat het onderwijs in het Oudvaderlandse recht zich meer had moeten richten op de continuïteit met het geldende recht. H.F.W.D. Fischer, *Oude en nieuwe opvattingen omtrent de studie van het oudvaderlandsche recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946, p. 18 en 19.

⁵⁶ De mate waarin daarbij sprake is van fictie doet niet af aan het organiserend principe. Klaus Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften. Ein Beitrag zu einer Theorie sozialer Evolution*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1976, p. 32. Wesel 1985, p. 189 e.v. en Bazelmans 1996, p. 51. Deze laatste benadrukt overigens dat naast verwantschap andere structurerende elementen aan de orde zijn; zijn aandacht gaat vooral naar de rol van de *comitatus* of *Gefolgschaft*. Daarover Immink 1973, p.34 en hieronder par. 4.3.1.1. Kritisch over de vraag of hier sprake is van een patrilineair verwantschapssysteem A.C. Murray, *Germanic kinship structure. Studies in Law and Society in Antiquity and the Early Middle Ages*, Toronto: Pontifical Institute of Mediaeval Studies 1983.

produceren waar deze heren van kunnen leven - zodat zij zich kunnen wijden aan zaken van publiek belang (althans aan het voeren van oorlogen).⁵⁷ Tussen de vrijen onderling bestond dus *geen* gezagsverhouding: de machtsverhoudingen tussen hen werden bepaald door militaire en economische macht (die beide samenhangen met het door hun onderdanen binnen het *allodium* geproduceerde surplus).⁵⁸

In zijn analyse van het *allodium* als grondslag voor de Germaanse vrijheid onderscheidt Immink een positief en een negatief aspect aan het *allodium*.⁵⁹ Het positieve aspect betreft enerzijds de publiekrechtelijke soevereiniteit van de 'eigenaar/heer' binnen zijn *allodium* en anderzijds de politieke rechten die de vrije (boer of heer) deelt met andere allodiale vrijen. Het negatieve aspect betreft de volstrekte onafhankelijkheid van de allodiale vrije ten opzichte van andere vrijen. Die onafhankelijkheid sluit niet uit dat er tussen vrijen onderling ongelijke machtsverhoudingen bestaan, maar het sluit gezagsuitoefening in beginsel uit.⁶⁰ Alleen in situaties van oorlog verwerft de legeraanvoerder een tijdelijk bevelsrecht, dat zijn positie binnen de clan natuurlijk versterkt maar dat niet verward mag worden met de duurzame soevereiniteit die de allodiale heer binnen zijn *allodium* belichaamt.

Het allodium is zowel grondslag voor publiekrechtelijke gezagsuitoefening van een heer over zijn onvrijen als, tegelijk, grondslag voor de uitoefening van politieke rechten: de besluitvorming binnen de vergadering van vrijen.

4.3.1.4 De vrede binnen het *allodium*; de vrede tussen de heren

Om als samenleving stabiliteit en duurzaamheid te verkrijgen, moet tussen de vrijen onderling vrede heersen. Ook dit begrip kan niet gelijk worden gesteld met ons moderne begrip van vrede; de vrede die tussen de vrijen onderling heerst wordt door Immink vereenzelvigd met het recht en is volledig afhankelijk van de loyaliteit van deze vrijen aan een gedeeld referentiekader (rechtsbewustzijn) dat de verhoudingen normeert en stabiliseert. De relaties tussen vrijen werden volgens Immink - in moderne termen - niet door een constitutioneel recht beheerst maar door een *ius gentium*. Voor de vrijen staat feitelijke rechtshandhaving altijd open, zolang die maar gezien kan worden als gericht op handhaving van de vrede. Dit is natuurlijk geheel anders binnen het *allodium*, waar de heer als soeverein beschikt over vaststelling en ten uitvoerlegging van het recht:

C'est que, (..) le maintien de la règle de droit et, partant, la détermination de son contenu étaient de la compétence des membres eux-mêmes, alors que, dans la deuxième [orde binnen het *allodium*, mh] c'est le seigneur qui possédait cette compétence.⁶¹

⁵⁷ H. Dannenbauer, 'Adel, Burg und Herrschaft bei den Germanen. Grundlagen der deutschen Verfassungsgeschichte', *Historisches Jahrbuch* (61) 1941, p. 16, meent: 'Gefolgschaft setzt Grundherrschaft voraus', geciteerd bij Bazelmans 1996, p. 45, noot 153. De *Gefolgschaft* of *Comitatus* werd gevormd door een groep volgelingen (vrije mannen) van een krijger (heer), die een tijdelijk bevelsrecht aanvaarden van hun heer/legeraanvoerder.

⁵⁸ Immink 1967a, p. 5 en par. 5.2 hieronder.

⁵⁹ Immink 1973, p. 30.

⁶⁰ Hierna par. 5.2.

⁶¹ Immink 1973, p. 39.

De verhouding tussen heer en onvrije kan volgens Immink niet in termen van die tussen eigenaar en slaaf begrepen worden: de onvrije is geen object maar een subject, niet onderhevig aan privaat- maar aan publiekrechtelijke bevoegdheden. Hij vergelijkt de heer met een absoluut koning (hetgeen niet hetzelfde is als een despoot, maar uiteraard wel de verleiding kent van de despotie). Binnen het *allodium* heerst een vrede die - anders dan die tussen de vrijen - een verbod tot eigenrichting impliceert: de heer oefent een geweldsmonopolie uit. Deze vrede komt volgens Immink dichtbij de moderne juridische orde.⁶²

4.3.1.5 Handhaving van de rechtsorde op het niveau van de stam

In zijn bespreking van de Oudgermaanse samenleving onderscheidt Immink op het niveau van de stam drie instituties die zich tot overheidsgezag hadden kunnen ontwikkelen: de vergadering van vrijen (het *ding*), de priesters en de koningen. Voor een goed begrip van deze instituties moet hun rol in de rechtshandhaving worden belicht. Immink verzet zich tegen de gedachte dat de Oudgermaanse samenleving werd geregeerd door feitelijke macht:

Le droit germanique nous met en présence d'une société qui ne connaît pas de législation et qui ne connaît même pas de gouvernement humain. Cela ne veut pourtant pas dire qu'elle ne connaisse pas d'autorité.⁶³

Ook een samenleving zonder wetgeving en zelfs zonder overheid behoeft autoriteit of gezag om gemeenschappelijkheid te stabiliseren. Nu dit gezag niet ontleend kan worden aan een overheid - en volgens Immink ook niet aan feitelijke machtsuitoefening - moet een ander ankerpunt gezocht worden dat gezag verleent aan bepaalde gestabiliseerde verwachtingen. Dit gezag zoekt Immink in het precedent:

Pour pouvoir 'appliquer' le coutume il faut donc non seulement la connaître mais encore l'interpréter en vue du cas spécial.⁶⁴

In hedendaagse kennistheoretische termen verwoordt Immink hier het fundamentele inzicht van Wittgenstein dat regels zichzelf niet kunnen interpreteren en dat de betekenis van een regel dus steeds opnieuw in het licht van een voorliggend geval wordt vastgesteld.⁶⁵ Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord wie die betekenis in geval van een conflict gezaghebbend vaststelt.

Immink bespreekt in dat kader twee tribunalen:⁶⁶ de volksvergadering waaraan alle vrijen deelnemen (het *ding*) en de lokale tribunalen waarin de machtiger heren (*principes*) de hoofdrol spelen. De eerste soort tribunalen representeert de autoriteit van de gehele *civitas*, de tweede die van de notabelen. Van belang blijft dat hier sprake is van volontaire jurisdictie: deze tribunalen hebben geen van beide dwingende competentie. Wanneer een vrije zijn conflict ter voorkoming van wraak voorlegt aan het tribunaal, kan na een geslaagd palaver een compositie of *fredus* overeen worden gekomen, waarmee de dader de wraak van het slachtoffer afkoopt. In beginsel kan de vrije zich echter te allen tijde

⁶² Hieronder par. 5.2 over militante en gepacificeerde vrede.

⁶³ Immink 1973, p. 58.

⁶⁴ Immink 1973, p. 58. Hij spreekt over 'une autorité implacable: celle du précédent'.

⁶⁵ Over de kennistheoretische aspecten van geschillenbeslechting als bevestiging van het gezag van een geschonden norm, Hildebrandt 2002, p. 70-74.

⁶⁶ Hij verwijst hierbij naar Tacitus' *Germania*, cap. 12.

onttrekken aan de rechtsmacht van het tribunaal die immers ten principale een op consensus gebaseerde rechtsmacht blijft. Indien de volksvergadering zich soeverein zou verklaren ten opzichte van de vrijen - en die soevereiniteit zou kunnen handhaven - zou zij overheidsgezag vormen. Zo vergelijkt Montesquieu het Engelse parlement met de Germaanse volksvergadering om de kracht van de Engelse staatsinrichting te benadrukken.⁶⁷ Precies op het punt van soevereiniteit gaat de vergelijking echter niet op (nog los van het feit dat in het ene geval sprake is van representatie en in het andere geval van directe democratie). Ook de senaat in de Romeinse Republiek kan vergeleken worden met de Germaanse volksvergadering, met opnieuw de aantekening dat hier sprake is van een statelijke samenleving, waarin het *imperium* (overheidsgezag) formeel bovendien niet in handen ligt van de senaat maar van de consuls. De Germaanse volksvergadering kan in veel opzichten vergeleken worden met de Griekse *demos*: net als de *demos* gaat het niet om het volk in moderne zin, maar om de verzameling van vrije mannen die in onze termen eerder aristocratisch dan democratisch zou heten.⁶⁸ Verschil is dat de Griekse *demos* wel en de Germaanse volksvergadering niet soeverein is ten opzichte van de vrije mannen.

Ook de klasse der priesters had zich tot drager van overheidsgezag kunnen ontwikkelen als zij een bevelsverhouding had geïnstalleerd ten opzichte van de vrijen. De machtsgreep van de pausen in de loop van de elfde eeuw kan als zodanig worden begrepen,⁶⁹ maar er is natuurlijk geen sprake van continuïteit van de Oudgermaanse priesterklasse met de pauselijke hiërarchie van de late middeleeuwen.

De institutie die in de loop van de vijfde eeuw een vorm van - persoonlijk - overheidsgezag weet te vestigen is het koningschap. Binnen de Oudgermaanse stammensamenlevingen waren de koningen hooguit *primus inter pares*; hun macht was gebaseerd op persoonlijke kwaliteiten, in het bijzonder militaire en economische macht. Zij leefden - net als de andere heren - van het surplus dat de onvrijen binnen hun *allodium* produceerden, maar konden binnen de kring der vrijen geen aanspraak maken op gehoorzaamheid. Wel voerden zij in tijden van oorlog een tijdelijk bevelsrecht, dat wellicht de kiem vormt van het koningschap als overheidsgezag. Vanaf het moment dat de koningen kans zien een duurzaam bevelsrecht te bemachtigen ontstaat in ieder geval een geheel nieuwe situatie, waarover meer in paragraaf 4.4.

4.3.1.6 Samenvattend

Het *allodium* vormt samen met de verwantschappelijke verhoudingen de grondslag van de structurerende cesuren in de Oudgermaanse samenleving: enerzijds de cesuur tussen vrijen en onvrijen en anderzijds, in het verlengde daarvan, de cesuur tussen de publiekrechtelijke verhouding tussen een heer en zijn onvrijen binnen het *allodium* en de politieke vrijheid van heren en vrije boeren als het gaat om zaken van algemeen belang op het niveau van de stam. De heer staat op het knooppunt van twee rechtsorden: de hiërarchische rechtsorde binnen zijn *allodium*, waar hij de scepter zwaait en de egalitaire rechtsorde binnen de stam, waar hij in zijn onafhankelijkheid gelijk is aan de andere vrijen.

⁶⁷ Montesquieu (1748) 1973, XI, 6.

⁶⁸ Immink 1950, p. 123. Zie ook par. 4.3.1.2 hieronder.

⁶⁹ Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Massachusetts and London, England: Harvard University Press 1983 passim en Hildebrandt 2002, p. 224-254.

4.3.2 *Straf in het allodiale tijdperk?*⁷⁰

Straf wordt vaak in rechtstreeks verband gebracht met wraak en de afkoop ervan door middel van compositie. In één adem wordt de private wraak dan als oorsprong gepresenteerd van het lijfstraffelijk recht en de compositie als oorsprong van de boete. Immink heeft veel inkt vergoten om dit misverstand recht te zetten. Voor hem is zonneklaar dat binnen de verhouding tussen heer en onvrijen wordt gestraft. De oorsprong van de overheidsstraf ligt volgens hem - in navolging van onder andere Radbruch - dan ook niet in de private wraak maar in het 'Knechtsstrafrecht' binnen het *allodium*.⁷¹

Ten aanzien van de private wraak en de afkoop (compositie) ervan wijst Immink steeds weer op het feit dat het hier gaat om vormen van conflictbeslechting die in beginsel alleen openstaan voor gelijken. De *leges barbarorum* waarin de Frankische koningen in later tijden het recht van de verschillende Germaanse stammen op laten tekenen, regelen vrijwel uitsluitend de verhoudingen tussen vrijen (met name worden eindeloze lijsten met bedragen voor composities opgesomd); voorzover er lijfstraffen in voorkomen hebben deze betrekking op onvrijen.⁷² Binnen het *allodium* was de wil van de heer wet; deze kon als soeverein het *ius puniendi* uitoefenen. De lijfstraf is exemplarisch voor de verhouding tussen een vrije en een onvrije. Op het niveau van de vrije leden van de stam is echter geen sprake van een gemonopoliseerd *ius puniendi*: iedere vrije kan de rechtshandhaving zelfstandig ter hand nemen. Dit impliceert dat de private wraak als niet-statelijke vorm van punitieve rechtshandhaving niet gelijk kan worden gesteld met een straf en er op wezenlijke punten van afwijkt; anders dan binnen het *allodium* is geen sprake van een geweldsmonopolie of verbod van eigenrichting. Wraak wordt niet opgelegd maar uitgeoefend, vraagt dan ook uiterste zelfbeheersing. Wanneer wraakneming wordt ervaren als disproportioneel leidt dit al gauw tot een vete die het fragiele evenwicht binnen de stam kan verstoren. De taliogedachte (oog om oog, tand om tand) is niet alleen een poging tot rechtvaardiging van een eerlijke, proportionele reactie op een schending van leven en eer van (verwanten van) het slachtoffer; het is tegelijk een instrument om de keten van actie en reactie beheersbaar te houden. Straf veronderstelt ongelijkheid; wraak - en compositie ervan - impliceren gelijkheid:

Composition et *fredus* n'étaient donc pas des 'amendes' au sens strict mais des sommes dues afin de pouvoir réintégrer la communauté dont il s'était exclu: réparer les dommages et racheter la paix.⁷³

Anders dan de boete die na overtreding van een door een overheid uitgevaardigde regel wordt opgelegd, is de compositie oorspronkelijk een vorm van consensuele conflictbeslechting ter voorkoming van private wraak. *Historisch gezien evolueert deze compositie niet tot boetestraf, maar wordt verboden en vervangen door de lijfstraf.* Deze – in zekere zin revolutionaire - ontwikkeling vindt plaats op het moment dat afkoop van wraak een

⁷⁰ Immink 1973, p. 41-67.

⁷¹ Immink 1973, p. 15. Zie Gustav Radbruch, 'Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien' in: *Elegantiae juris criminalis: Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft 1950, p. 1-13. In gelijke zin Max Weber, *Rechtssoziologie*, Neuwied: Hermann Luchterhand 1960, p. 241-263. Zie ook Peters, die verwijst naar Immink, Radbruch en Weber, maar daarna eerder Weber volgt dan Immink of Radbruch, A.A.G. Peters, 'Individuele vrijheid en de positie van verdachten in het strafproces', opgenomen in: idem, *Recht als kritische discussie*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 90 e.v.

⁷² Zie par. 4.5.2.1 hieronder over de *leges barbarorum*.

⁷³ Immink 1973, p. 60.

belediging zou zijn van de koning, die zijn gezag heeft verbonden met de vrede van zijn onderdanen. Door het verbreken van de vrede wordt hij aangetast in zijn gezag. De invoering van de lijfstraf voor vrijen is voor Immink dan ook een teken dat de vrijen in dat opzicht gelijk werden geschakeld met de onvrijen, aan wie de lijfstraf juist vanwege hun horige status altijd al kon worden opgelegd. Los van de lijfstraf ontwikkelt zich de boetestraf, die de niet-naleving van geboden van overheidswege sanctioneert (meest ordeningswetgeving, in moderne termen, bijvoorbeeld de *capitularia per se scribendi* van de Frankische koningen, zie hierna par. 4.5.2.1). De boetestraf richt zich dus niet op aantasting van de vrede ter voorkoming van eigenrichting, maar op handhaving van het door een overheid gestelde recht.

Wanneer duidelijk is dat private wraak en compositie vanwege het ontbreken van een hiërarchische verhouding tussen partijen geen straffen kunnen zijn - ook al gaat het hier wel om punitief handelen - stelt zich nog de vraag of de vredeloosstelling wellicht toch geen vorm van straf is. Om antwoord te geven op deze vraag bespreekt Immink de betekenis van de vrede tussen de vrije stamleden.⁷⁴ In een situatie waar geen beroep kan worden gedaan op een instantie die het geweldsmonopolie beheert, staat het iedere vrije man feitelijk vrij om de handhaving van het recht ter hand te nemen. Volgens Immink is het recht de fundamentele vooronderstelling van de juridische orde van de stam:

L'adhésion à cette présupposition était absolument coercitive pour tous les membres de la communauté; elle était la condition sine qua non de la participation à la vie sociale.⁷⁵

Op het moment dat deze orde verbroken wordt, wankelt het gemeenschappelijk referentiekader en verschijnt de dreiging van gewelddadige desintegratie. Juist het ontbreken van overheidsgezag maakt de reactie van de gemeenschap op een vredebreuk zo genadeloos, waardoor deze reactie in veel opzichten op een straf gaat lijken. Degene die de vrede heeft gebroken is een verrader, een vijand die de grondslagen van de gemeenschap als zodanig aantast:

L'action du coupable trahît son intention de ne pas se conformer au droit, de ne pas vouloir respecter les règles dont dépendait l'existence même de la communauté.⁷⁶

De vredeloosheid of vogelvrijverklaring moet volgens Immink begrepen worden als een declaratoir oordeel van het gerecht (de vergadering van vrijen), waarin wordt vastgesteld dat de betreffende vrije zich door zijn handelen buiten de vrede heeft geplaatst. In plaats van een straf is de vredeloosheid een oorlogsverklaring of een wraakoefening van de gehele stam tegen degene die het fragiele evenwicht van de niet-statelijke rechtsorde dreigt te ontwrichten. Zo verklaart Immink ook de oorsprong van de 'woesting': het met de grond gelijk maken van de allodiale woonstede van de vredeloze. Door de 'woesting' wordt aan de vrije de allodiale basis van zijn vrijheid ontnomen.

Behalve de vredeloosstelling zou de rituele executie die wordt opgelegd door de priesters kunnen worden aangemerkt als straf binnen het allodiale tijdperk. Deze executie kan volgens Immink niet als straf worden verstaan; hij vergelijkt deze executie met het doden

⁷⁴ Immink 1973, p. 41-56.

⁷⁵ Immink 1973, p. 41.

⁷⁶ Immink 1973, p. 43.

van een krijgsgevangene.⁷⁷ Het ligt voor de hand dat de bescherming van de stamvrede in geval van vredebreuk een rituele bevestiging behoeft, om de autoriteit/het gezag van het precedent te waarborgen.⁷⁸ Het verweer van de stam tegen ontwrichting van het gedeelde referentiekader kon als het ware alleen dankzij sacralisering van de grondslagen van dit referentiekader genoeg kracht verkrijgen om het gevaar van desintegratie of interne oorlog af te wenden.

Samenvattend meent Immink dat binnen de verhouding tussen vrijen (heren en vrije boeren) geen plaats is voor straf; noch de private wraak, noch de compositie daarvan, noch de vredeloosstelling of woesting, noch de rituele executie kunnen adequaat worden begrepen in termen van straf. Dit sluit niet uit zij punitief zijn, maar wel dat zij kunnen worden *opgelegd*; het verschil met de straf is dat deze handelingen een gemeenschappelijke rechtsorde moeten handhaven zonder beroep op een geweldsmonopolie. De eigenrichting balanceert dus als het ware voortdurend op handhaving van gemeenschappelijkheid en bedreiging daarvan. Wie zich wreekt neemt het risico dat deze wraak als een vredebreuk wordt verstaan, terwijl wie zou nalaten zich te wreken de eer van zijn lineage op het spel zet en daarmee de constitutie van de samenleving. Op de rol en de betekenis van de eer voor vrijen kom ik in par. 5.1 uitgebreid terug.

4.4 Vrijheid en straf in het monarchale tijdperk

4.4.1 Monarchale vrijheid⁷⁹

4.4.1.1 Ontstaan van het monarchale beginsel

Terwijl wij geneigd zijn ons te verbazen over de mogelijkheid van een samenleving zonder overheidsgezag, tracht Immink ons te verleiden de verbazing om te draaien. Voor zover hij daarin slaagt is zijn werk reeds een meesterwerk. Scherp zicht op de aard en complexiteit van overheidsgezag kan niet zonder erkenning van het feit dat vele samenlevingen zich zonder overheid organiseerden en er op voor ons moeilijk te bevatten wijzen in slaagden succesvol voort te bestaan.⁸⁰ Het standaardverhaal over staatsvorming en het daarmee samenhangende ontstaan van straf, geweldsmonopolie en verbod van eigenrichting is misschien te veel gekleurd door een modernistisch vooruitgangsgeloof. Wij zien het ontstaan van overheidsgezag en het vervangen van de vermeende mateloosheid en onbeheersbaarheid van de 'eerwraak' door een geciviliseerde strafpraktijk graag als onvermijdelijk en als een teken van beschaving, waarbij we vergeten dat de potentiële mateloosheid van de straf niet onderdoet voor die van de wraak. Die mateloosheid wordt pas duurzaam doorbroken met het ontstaan van de rechtsstaat in materiële zin, zie hieronder par. 5.3.

Voor Immink is de eerste vraag die zich stelt naar aanleiding van het Frankische koningschap, de vraag waarom en hoe de vrije heren ertoe overgaan een bevelsrecht te

⁷⁷ Immink 1973, p. 66, zie ook p. 43-44.

⁷⁸ Over het belang van rituelen in het recht Antoine Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Parijs: Odile Jacob 1997.

⁷⁹ Immink 1973, p. 67-208.

⁸⁰ Pierre Clastres, *La société contre l'état. Recherches d'anthropologie politique*, Parijs: Minuit 1974 en ook John L. Comaroff and Simon Roberts, *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago and London: The University of Chicago Press 1981.

aanvaarden van een hunner gelijken. Hij verklaart het ontstaan van dit bevelsrecht (het zogenaamde *bannum* van de Frankische koningen) enerzijds uit de bijna permanente staat van oorlog waarin de Germaanse stammen zich bevinden, waardoor de tijdelijke bevelsmacht van de koningen tegenover hun *comitatus* (een groep volgelingen die een eed van trouw aflegden tegenover de legeraanvoerder) een duurzamer status krijgt. Anderzijds wijst hij op de invloed van het Romeinse recht, waarin het absolute recht van de keizer tegenover zijn onderdanen voorop stond.⁸¹ Terwijl de eed van trouw aan de legeraanvoerder in Oudgermaanse tijden een vrijwillig karakter heeft, wordt deze eed volgens Immink onder het Frankische koningsschap verplicht. Deze eed vormt als het ware de constitutie van de koninklijke rechtsorde die het lot van de koning verbindt met dat van zijn *fideles* (zij die de eed aflegden).⁸²

Kern van het monarchale beginsel is voor Immink de persoonlijke relatie tussen de koning en *die* vrijen, die hun eed van trouw in aanwezigheid van de koning hebben afgelegd (*in presentiam regis*). Het gaat dan met name om machtige heren (*principes*) die militair of economisch veel te bieden hebben. Opmerkelijk is dat zij door hun verbond met de koning delen in het koninklijk gezag. Dit impliceert dat de politieke rechten die zij als vrijen hadden ten aanzien van besluitvorming over zaken van algemeen belang, niet wegvallen, maar van een nieuw fundament worden voorzien en een transformatie ondergaan. Volgens Immink was het merovingische koningsschap dan ook geen despotie maar een absolutistisch koningsschap waarin de *res publica* - mede onder invloed van het Romeinse recht - een rol speelde in de relatie tussen koning en *fideles* (zij die de eed van trouw hebben afgelegd).

4.4.1.2 De *populus*⁸³

De relatie tussen koning en vrijen wordt volgens Immink beheerst door de *fideliteit*, een bijzonder amalgaam van wederzijdse rechten en plichten waarbij de verhoudingen bovendien asymmetrisch zijn. De koning is het centrum van de macht; zijn *fideles* zijn tegelijk vrij en aan zijn gezag onderworpen. De *fideles* waren gehouden geen enkele inbreuk op de trouw aan de koning te maken (negatieve verplichting) en hem bovendien advies en bijstand (*consilium et auxilium*) te verlenen (positieve verplichting). Van belang is dat Immink onderscheid maakt tussen de machtige heren (*principes*) die een persoonlijke relatie hebben met de koning en de andere vrijen die de eed van trouw hebben afgelegd ten overstaan van een ambtenaar van de koning. De machtige heren hebben dankzij hun persoonlijke relatie met de koning een gekwalificeerde *fideliteit*, hetgeen betekent dat zij delen in de politieke zeggenschap. Zij vormen samen met de koning de *populus*.

Volgens Immink duldt het monarchale beginsel geen tegenstelling tussen *populus* en koning, want de koning is de *populus* en de *populus* is de koning.⁸⁴ De koning is volgens Immink dan ook geen despoot - bien au contraire - want in zijn ambt is hij de personificatie van de *res publica*, dat wil zeggen dat zijn eerste taak bestaat uit handhaving

⁸¹ Immink 1973, p. 70.

⁸² In gelijke zin Van Caenegem 1977, p. 50 ten aanzien van het leenstelsel van de Karolingen. Scheltema 1969, p. XV en Van den Bergh 1979, p. 33 wijzen op het feit dat er weinig harde bewijzen zijn voor deze eed, waar zij overigens verschillende conclusies uit trekken. Vergelijk Bazelmans 1996, p. 44, 45 over de eed van trouw van de leden van de *comitatus* aan hun leider.

⁸³ Immink 1973, p. 81-91 en Immink 1950.

⁸⁴ Bazelmans 1996 vat de verhouding tussen krijger-volgelingen in de staatloze Germaanse samenlevingen onder de noemer: *Eén voor allen, allen voor één*.

van de vrede en de juridische orde, en de bescherming van zijn onderdanen.⁸⁵ De technische term voor deze bescherming is *mundium*. In algemene zin vallen alle *fideles* binnen de bescherming van het koninklijk *mundium*. Deze bescherming houdt bijvoorbeeld in dat *fideles* zich aan de rechtsmacht van de gewone gerechten kunnen onttrekken door een beroep te doen op de koninklijke rechtspraak. Interessant is dat de gekwalificeerde *fideles* in dit verband meer rechten hebben dan de gewone *fideles*, die geen aanspraak kunnen maken op behandeling van hun zaak door de koning zelf en die wat betreft de lage jurisdictie, inzake civiele geschillen, onder hun heer vallen. Daarmee blijken deze gewone vrijen in veel opzichten gelijk te zijn geschakeld met de onvrijen (die overigens ook wat betreft de hoge jurisdictie, inzake criminele zaken, onder hun heer vallen).⁸⁶

4.4.1.3 Het *beneficium*⁸⁷

De beloning voor diensten verleend door een gekwalificeerde *fidelis* was tweërlei: deze vrije verbleef 'aan de tafel van de koning' en werd met een speciale missie - bijvoorbeeld militair - belast, ofwel hij kreeg een landgoed waarover hij het gezag kon uitoefenen en in zijn levensonderhoud kon voorzien: het *beneficium*. Dankzij deze gang van zaken konden ook onvrijen door de koning worden vrijgemaakt. Volgens traditionele opvattingen is het rechtsgevolg van het *beneficium* dat de vazal een *ius in re aliena* kreeg:

La tournure d'esprit civiliste porte les juristes modernes et même les historiens du droit à partir, comme d'un point de départ évident, des dogmes civilistes que nous empruntons aux juristes romains ainsi qu'ils sont systématisés dans les Institutes de Justinien.⁸⁸

Immink meent dat dit een misvatting is; zelfs het Romeinsrechtelijke *beneficium* verwees volgens hem naar een juridische institutie die bestond uit een door de keizer toegekend privilege dat publiekrechtelijke betekenis had.⁸⁹ Het *beneficium* is voor Immink een concessie van jurisdictie in oude zin, waaronder behalve het recht om recht te spreken over de met het territorium verbonden horigen en vrije boeren ook het recht valt om belasting te heffen. Met het uitgeven van een *beneficium* wordt een relatie van ondergeschiktheid gevestigd; het feit dat de heerschappij over het territorium wordt uitgeleend impliceert dat deze heerschappij in eerste instantie bij de koning ligt. De koning is de leenheer, die in een wederkerige relatie staat tot zijn leenmannen, terwijl de uitgifte tegelijk een zekere mate van onderschikking vestigt. Voor zover een vrije zijn leengoed niet voor de koning houdt, maar voor een andere leenheer, maakt hij volgens Immink geen deel uit van de *populus* en heeft hij dus geen politieke zeggenschap. Ook op dit punt blijken de niet-gekwalificeerde *fideles* gelijkgeschakeld met onvrijen.

Het uitgeven van leengoed schiep kortom een dubbelzinnige band waarin wederkerigheid en onderschikking samengingen. Onderwerping van vrijen vond intussen vaak plaats door hen de allodiale grondslag van hun vrijheid af te nemen en daar het leenmanschap voor in de plaats te stellen. De vrijheid die in het allodiale tijdperk gebaseerd was op de

⁸⁵ In vergelijkbare zin Van Caenegem 1977, p. 50.

⁸⁶ Immink 1973, p. 148.

⁸⁷ Immink 1973, p. 115-145.

⁸⁸ Immink 1973, p. 117, zie ook p. 126.

⁸⁹ Immink 1973, p. 121-122.

onafhankelijkheid van de allodiale boer of heer, werd op die manier getransformeerd in een vrijheid die als het ware ontleend werd aan de leenheer:

Nombre de paysans libres ne sont soumis à un seigneur laïque ou ecclésiastique en recevant de la main de ce seigneur des biens dont bien souvent ils avaient cédé auparavant, à ce même seigneur, la 'propriété', c'est-à-dire l'*allodium*. (...) ils ne les privaient pas de leurs biens mais, en les privant de leur droit allodial, en altérant l'alleu en 'tenure', ils les soumettaient à leur pouvoir seigneurial.⁹⁰

4.4.1.4 Transformatie van allodiale vrijheid en ontstaan van rechtssubjectiviteit

De idee dat een vrije zijn *allodium* moet omruilen voor een leengoed en dat zijn vrijheid daarmee een fundamentele verandering ondergaat is een van de centrale stellingen van Immink's werk. Omdat deze stelling direct verband houdt met het onderscheid dat Immink maakt tussen straf en private wraak, zal ik er hier wat langer bij stilstaan.⁹¹

Uiteraard is niet al het leengoed oorspronkelijk allodiaal eigendom van de leenman. De positie van de koning impliceert juist dat zelfs onvrijen door uitgifte van leengoed (uit het 'koninklijk domein', uiteindelijk de enig overblijvende vorm van allodiaal eigendom) vrij kunnen worden. Die vrijheid ontleent zij dan aan hun *beneficium*, net als die vrijen die hun allodiale titel moeten afstaan in ruil voor die van het leengoed. Het uitgeven van leengoederen is dus een politieke handeling, die geleidelijk leidt tot consolidering van de relatie tussen vrijen en koning, waarbij - zoals reeds eerder opgemerkt - moet worden onderscheiden tussen de beperkte kring van *principes* die hun *beneficium* voor de koning zelf houden en de achtervazallen die hun leengoed niet voor de koning maar voor een heer houden. Die heer zal dan vaak zowel leenman (van de koning) als leenheer (van zijn vazallen) zijn.

Samenvattend heeft de opkomst van het Frankische koningschap twee gevolgen ten aanzien van de vrijheid. Ten eerste verdwijnt gaandeweg de vrijheid die gebaseerd was op het *allodium* en de daarmee samenhangende onafhankelijkheid. Ten tweede verschijnt, daarvoor in de plaats, een vrijheid die afhankelijk is van de relatie tot de koning. Wanneer Immink op zoek gaat naar de blijvende kern van beide vormen van vrijheid, komt hij tot de conclusie dat deze kern bestaat uit de politieke zeggenschap. Zijn formele definitie van vrijheid is dan ook:

(..) le droit de participer aux affaires publiques.⁹²

Het recht om mee te beslissen over zaken van algemeen belang is volgens Immink de blijvende kern van het vrijheidsbegrip. In het allodiale tijdperk is die vrijheid gegrond in de onafhankelijkheid, in het monarchale tijdperk wordt diezelfde vrijheid ontleend aan de relatie tot de koning. Vrij zijn degenen die deel uit maken van de *populus*: het stamding of de *principes* die een directe wederkerige relatie onderhouden met de koning. Dit impliceert een tweede gevolg: vrijen die geen directe relatie hebben tot de koning worden in veel

⁹⁰ Immink 1973, p. 142.

⁹¹ Immink 1973, p. 174.

⁹² Immink 1973, p. 174. Allodiale en monarchale vrijheid zijn vormen van positieve vrijheid, zie hieronder par. 5.3.

opzichten gelijk geschakeld met de onvrijen, zij hebben hun positie in de *populus* in feite verloren. Volgens Immink zijn ze dan ook niet meer 'echt' vrij.⁹³

Op het moment dat de vrije zijn status gaat ontleen aan de koning is - ondanks de wederkerigheid van de relatie - sprake van een zekere mate van onderwerping. Dit is het moment waarop volgens Immink voor het eerst sprake is van rechtssubjectiviteit; de vrijen zijn getransformeerd tot subjecten van de koning. Hun positie kan worden afgemeten aan de afstand tot de koning; zij zijn elkaar daarin gelijk.

La fidélisation avait opéré la transformation des libres alleutiers en des fidèles, en des subjecti du roi. Bien entendu: subjecti non pas au sens moderne de 'citoyens', mais au sens de gens qui se trouvaient personnellement assujettis au pouvoir royal ou, en d'autres termes, qui se trouvaient incorporés dans ce pouvoir même.⁹⁴

Immink legt hiermee de wortels van het begrip subject bloot door de onderwerping als oorspronkelijke kern van de subjectiviteit aan te wijzen. Een dergelijke interpretatie van de historische oorsprong van de rechtssubjectiviteit roept saillante vragen op, die het kader van deze tekst echter te buiten gaan.⁹⁵

4.4.1.5 Samenvatting

Immink beschrijft het ontstaan van het Frankische koningschap dus als metamorfose van de *populus*. Waar de *populus* voorheen bestond uit vrije boeren en heren die hun vrijheid ontleenden aan de onafhankelijkheid die verschaft werd door het *allodium*, bestaat de *populus* voortaan uit de koning en zijn machtige getrouwen (gekwalficeerde *fideles*) die hun vrijheid ontleen aan hun relatie tot de koning. De positie van de vrije boeren wordt ernstig verzwakt en in een aantal opzichten gelijkgeschakeld met die van onvrijen. Tussen koning en de gekwalficeerde *fideles* bestaat een verhouding waarin tegelijk sprake is van wederkerigheid en ondergeschiktheid. De wederkerigheid bestaat uit het feit dat de *fideles* enerzijds onder de bescherming van het koninklijk *mundium* vallen en anderzijds raad en bijstand moeten verlenen aan de koning. De koning ontleent aan zijn *bannum* een beperkt bevelsrecht, dat samen met de koninklijke jurisdictie en het recht om belasting te heffen een zekere mate van onderschikking vestigt; zijn subjecten zijn elkaar gelijk door de persoonlijke band met de koning, dankzij welke zij bepaalde rechten kunnen doen gelden. Het *beneficium* of leengoed dat de koning uitgeeft representeert opnieuw een amalgaam van wederkerigheid en onderschikking; het moet volgens Immink niet begrepen worden als *ius in res aliena* maar als een concessie van jurisdictie in oude zin ten aanzien van allen die zich op het leengoed bevinden. Zoals bekend zijn belastingheffing en jurisdictie de grondslagen van staatsvorming; de verhoudingen tussen leenheer en leenman moeten dan ook niet in privaatrechtelijke maar in publiekrechtelijke zin worden verstaan.

⁹³ Immink 1973, p. 100.

⁹⁴ Immink 1973, p. 203.

⁹⁵ Vergelijk ook hetgeen Glastra van Loon stelt over de relatie tussen soevereiniteit en het moderne subjectbegrip, J.F. Glastra van Loon, 'Norm en handeling. Hoe regelen wij ons handelen', *Ars Aequi* (34) 1985-12, p. 697. Immink gaat nog verder terug door de relatie te leggen tussen suzeriniteit (opperleenheidschap) en subjectiviteit.

4.4.2 Straf in het monarchale tijdperk⁹⁶

Nadat Immink bijna 140 pagina's heeft besteed aan de betekenis van vrijheid in het monarchale tijdperk, werkt hij de straf in 32 pagina's nader uit. Het laatste deel daarvan reikt zelfs al vooruit naar de periode voorbij het Frankische rijk, waar hij met name de rol van de kerk gaat belichten. Voor Immink is het onderzoek naar de vrijheid de mogelijksvoorwaarde voor een goed begrip van de straf in zijn historische context. Als de betekenisverschuiving binnen het vrijheidsbegrip helder is, kan het ontstaan van de straf met naar verhouding weinig woorden in de verf worden gezet. We moeten daarbij in gedachten houden dat het manuscript postuum is uitgegeven; wellicht had Immink de tekst voor publicatie anders ingedeeld, bewerkt en/of aangevuld.

4.4.2.1 *Leges barbarorum en capitularia*

Bij zijn bespreking van het ontstaan van het publieke strafrecht belicht Immink twee bekende historische bronnen: de *leges barbarorum* en de *capitularia*. De *leges barbarorum* vormden een in opdracht van de Frankische koningen opgetekende verzameling 'wetten' zoals die golden binnen de verschillende Germaanse stammen. Voor een groot deel bestaan zij uit opsommingen van de bedragen die in geval van compositie aan (verwanten van) het slachtoffer moeten worden betaald. Immink stelt zich ten eerste de vraag tot wie deze 'wetten' waren gericht en komt al snel tot de conclusie dat zij zich voornamelijk richtten tot vrijen. Voor zover in deze *leges* lijfstraffen voorkomen gaat het om onvrijen. Vervolgens vraagt hij zich af of deze composities begrepen moeten worden als straf of als instrument om eigenrichting en vetes te voorkomen. Ook hier is de conclusie snel getrokken: het gaat in eerste instantie niet om op te leggen straffen maar om vrijwillige overeenkomsten die het recht op wraak inperken:

La nature des compositions prévues par les lois barbares se résume donc ainsi: les compositions représentent un système de caractère non pénal qui est destiné à limiter dans la mesure possible l'exercice par les libres du droit de vengeance.⁹⁷

Terwijl in de *leges barbarorum* dus nauwelijks straffen zijn opgenomen, is dat wel het geval in de *capitularia*. Capitularia zijn een vorm van wat wij nu bestuurs- of ordeningsrecht zouden noemen; zij leggen verplichtingen op aan de *fideles*. De koning heeft kennelijk een – weliswaar bescheiden – bevelsrecht verworven (zijn *bannum*), op grond waarvan hij regels uit kan vaardigen waar zijn *fideles* zich aan moeten houden. Schending van zo'n verplichting is een schending van de fideliteit en een aantasting van het gezag van de koning. Die schending is strafbaar gesteld: men moet bijvoorbeeld 60 sous betalen. Dat is geen manier om wraak af te kopen maar het voldoen aan een door de koning opgelegde boete. Voor Immink ligt hier de oorsprong van de overheidsstraf.

Naast de boetestraf kent het monarchale tijdperk ook de zogenaamde 'mise extra sermonem regis', het verlies van de bescherming van de koning (het *mundium*). Immink vergelijkt dit 'buiten de bescherming van de koning plaatsen' met de hiervoor behandelde 'mise hors la paix' (vredeloosheid). De vredeloosstelling betekende het verlies van de bescherming van

⁹⁶ Immink 1973, p. 208-226.

⁹⁷ Immink 1973, p. 211. Zie ook idem, 'De zoenprocedure', in: P.W.A. Immink en A. Johanna Maris, *Registrum Guidonis. Het zogenaamde register van Guy van Avesnes Vorst-Bisschop van Utrecht (1301-1317). Met aansluitende stukken tot 1320*, Utrecht: Kemink 1969 (aan te halen als Immink 1969a), p. 26-29. Immink wijst daar op het feit dat de verschuiving van wraak en vete naar strafrecht eeuwen in beslag neemt. In die overgangperiode is sprake van een tussenoplossing: de zoendwang, met een eigen jurisdictie, die ook na de opkomst van het 'echte' strafrecht nog lange tijd naast de hoge jurisdictie (halsrechtspraak) voortbestaat.

het stamverband, 'la paix populaire', zoals we zagen volgens Immink geen straf maar een vorm van gecoördineerde wraak. Het verlies van het 'mundium royal' heeft volgens hem echter wel een strafkarakter, nu daarin de verticale relatie tussen koning en subject aan de orde is.⁹⁸

4.4.2.2 Jurisdictie en procesvorm⁹⁹

Naast zijn bespreking van de *leges barbarorum* en de *capitularia*, wijdt Immink zich aan het procesrecht. In Oudgermaanse tijden stond het een vrije vrij om zich al dan niet aan het oordeel van een tribunaal te onderwerpen. Wie zich daarentegen in Frankische tijden aan dat oordeel wil onttrekken zal een gerechtelijk duel moeten aangaan. Bovendien zal degene die na het tot stand komen van een verzoening alsnog handelt in strijd met die verzoening bestraft worden (bijvoorbeeld door het afhakken van de hand). De vrijwillige jurisdictie uit het allodiale tijdperk verschuift geleidelijk naar een meer monopolistische rechtsmacht, waarbinnen uiteindelijk (maar dan spreken we over het eind van de late middeleeuwen) afspraken over het afkopen van wraak verboden worden. De vorst kan tegen die tijd niet meer aanvaarden dat zijn 'vrede' geschonden wordt en zijn gezag als soeverein aangetast, zonder dat die schending tot een reactie van zijn kant leidt; de compositie van de wraak wordt dan ook uiteindelijk geheel verdrongen door het lijfstraffelijk recht.

Bij afwezigheid van een overheid of in geval van een zwakke overheid is de rechtsorde binnen de stam aangewezen op min of meer vrijwillige jurisdictie. Een ander gevolg van het ontbreken van gezagsverhoudingen is dat de procesvorm in essentie bemiddelend is.¹⁰⁰ De rechter is geen vertegenwoordiger van het gezag maar een *primus inter pares* die alleen besluiten kan uitvoeren die door de verzamelde rechtsgenoten zijn genomen. Deze rechter – De Monté ver Loren spreekt van de rechter in oude zin¹⁰¹ – heeft geen onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van zijn gelijken. Hij kan niet los van hen zelfstandig feiten gaan vaststellen, geen objectieve waarheid 'vinden' die hij vervolgens als werkelijkheid op zou kunnen leggen aan partijen. Een vrij man kan zich beroepen op zijn onschuldseed, op de getuigenis van andere vrije mannen (eedhelpers) die zijn onschuld bevestigen, en kan zich uiteindelijk aan het oordeel van het gerecht onttrekken door een duel te eisen. *Partijen zijn niet alleen elkaars gelijken maar ook de gelijken van de rechter*. Zich te moeten onderwerpen aan een onderzoek zou een schending zijn van de eer van een vrij man. Het proces waar vrijen elkaar het vuur aan de schenen leggen moet dan ook zo zijn ingericht dat die eer wordt beschermd. De aanleiding tot het proces is vaak de aantasting van de eer door de wederpartij; in beginsel is wraak de meest aangewezen (en eervolle) weg om de eer te herstellen. Verzoening spreekt niet vanzelf, kan niet worden opgelegd en moet dus worden bevochten.

⁹⁸ Van Bemmelen 1967, p. 14, onderscheidt tussen vrede als rechtsbescherming van de stam en zogenaamde bijzondere vredes, die uiteindelijk leiden tot het verbod van eigenrichting. Anders dan Immink benadrukt hij meer de continuïteit tussen de vrede binnen stamverband en de door een overheid afgedwongen vrede.

⁹⁹ Immink 1973, p. 214-225.

¹⁰⁰ Denis Salas, *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris: PUF 1992, p. 36-45 en 60-72 over het bemiddelende procesmodel in zijn algemeenheid en over het bemiddelende proces van de feodale middeleeuwen. Zie over de Oudgermaanse procesvorm zeer verhelderend C.L. Hoogerwerf, *Het Haarlemse stadsrecht (1245)*, Amsterdam: Cabeljauwpers 2001, p. 46-84. Hoogerwerf bespreekt de Germaanse elementen van het Haarlemse stadsrecht, mede onder verwijzing naar P.W.A. Immink, 'Getuigen' in het oude Friese recht', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1963, p. 427-463.

¹⁰¹ Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 9-10.

Het ontstaan van overheidsgezag brengt nieuwe procesvormen te weeg. Naast pogingen de vrijwillige jurisdictie een dwingender karakter te geven, door compositie verplicht te stellen, ontstaat in carolingische tijden het zogenaamde 'Rügeverfahren'. De procesvorm van het 'Rügeverfahren' is niet bemiddelend maar inquisitoir; de rechter is geen *primus inter pares* maar vertegenwoordiger van de koning.¹⁰² Hij is niet afhankelijk van wat rechtsgenoten aanbrengen (beschuldiging of onschuldseed) maar heeft onderzoeksbevoegdheid.¹⁰³ De term *inquirere* komt volgens Immink – afgezien van het canonieke recht – voort uit administratieve procedures, in het bijzonder inzake de belastingheffing. Onderzoeksbevoegdheden veronderstellen, evenals het opleggen van straf, een vorm van subordinaat die geheel vreemd is aan het bemiddelend proces uit voor-statelijke of zwak-statelijke tijden. Het ontstaan van de straf valt dan ook samen met het ontstaan van inquisitoire procesvormen, die oorspronkelijk alleen denkbaar waren in de relatie tussen een heer en zijn onvrijen.

4.4.2.3 De rol van de kerk en de godsvrede: het verbod van eigenrichting¹⁰⁴

De oorsprong van ons strafbegrip ligt volgens Immink in de impact van het monarchale principe op de gemeenschap van Germaanse vrijen, waarbij de invloed van de Romeinse traditie op de legitimatie en ontwikkeling van met name het Karolingische koningsschap niet mag worden onderschat. De symboliek van de kroning van Karel de Grote in het jaar 800 bevestigt het ideaal van het keizerlijke Rome onder de vlag van de *populus christianus*. Maar wanneer de koningen aan het einde van het eerste millennium hun macht beginnen te verliezen, treedt de kerk naar voren als voornaamste motor van de ontwikkeling van centraal publiek gezag. Ook de kerk zoekt continuïteit met de Romeinse imperiale traditie, door de positie van de paus uit te bouwen en te versterken ten koste van de macht van de reeds verzwakte koningen.

In dat kader bespreekt Immink de godsvrede als relevante factor voor de ontwikkeling van het publieke strafrecht. In het zuiden van Frankrijk ontstaat aan het einde van het Frankische tijdperk een beweging die in zekere zin als voorloper van het verbod van eigenrichting kan gelden. Immink onderscheidt de godsvrede in eigenlijke zin, die zich richt op bescherming van bepaalde categorieën goederen en personen (klerken, arbeiders, kooplieden, koopwaren, kerken, kunstvoorwerpen, landbouwwerktuigen etc.) en de zogenaamde *trêve de Dieu* (wapenstilstand van Godswege), die zich richt tegen de uitoefening van de vete, door wraakoefeningen op bepaalde dagen en gedurende bepaalde perioden te verbieden. Beide vormen van godsvrede waren aldus gericht op het terugdringen van gewelddadige handelingen die punitieve reacties zoals wraak en vete oproepen. Voor de Germaanse vrije was eigenrichting niet zozeer een (voor)recht maar vooral een – wellicht aangename - plicht, rechtstreeks verbonden met zijn status als vrij

¹⁰² Vergelijk R.C. van Caenegem, *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Brussel 1956, p. 35-50 en J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces*, Amsterdam: Noord-Hollandsche 1939, p. 7. Zie ook Immink 1963 over de introductie van getuigen in oude zin naast (en als) eedhelpers, hetgeen hij duidt als een vroege transformatie van het Oudgermaanse proces onder invloed van de Frankische koningen.

¹⁰³ Verhelderend inzake de overgang van het oude naar het nieuwe procesrecht Michel Foucault, 'La vérité et les formes juridiques', idem, *Dits et Écrits* (II) 1970-1975, Edition Daniel Defert, François Ewald, avec la collaboration de Jacques Lagrange, p.538-648, in het bijzonder onderdeel III.

¹⁰⁴ Immink 1973, p. 226-241.

en eervol man.¹⁰⁵ Het ombuigen van deze plicht tot een voorrecht en nog later tot een strafbare handeling heeft vele eeuwen geduurd, en volgens Immink heeft de beweging van de godsvrede daarbij een cruciale rol gespeeld.

Interessant is vooral welke autoriteit deze godsvrede afkondigde en – daarmee verbonden – de vraag hoe de erin belichaamde verboden werden gehandhaafd. Volgens Immink waren het in eerste instantie de regionale kerkelijke autoriteiten zoals bisschoppen en aartsbisschoppen die specifieke godsvrede(n) uitvaardigden. Aanvankelijk beperkten de reacties op schending van de godsvrede zich dan ook tot spirituele sancties als excommunicatie. Omdat de kerkelijke autoriteiten – na verzwakking van het koningschap – een buitengewoon machtige positie innamen, konden zij het zich permitteren de seculiere *principes* in hun diocesis te betrekken bij de afkondiging van een godsvrede. Op die manier wisten zij de inzet van wereldlijke heren te verkrijgen voor de handhaving van hun verboden tot eigenrichting; de machtsverhoudingen waren zodanig dat zij op dit punt steeds vaker de loyaliteit van de lokale *principes* konden bedingen:

C'était donc en vertu d'une décision synodale que les laïcs notables – principes et nobles – se voyaient contraints à se conformer aux dispositions d'une paix ou d'une trêve de Dieu, à l'accomplissement desquelles ils avaient eux-mêmes coopéré et qu'ils avaient confirmées par serment.¹⁰⁶

De loyaliteit van deze *principes* was intussen tweërlei: enerzijds hadden zij zich verbonden om zich aan de beperkingen te houden die een bepaalde godsvrede of *trêve de Dieu* hen voorschreef; anderzijds waren zij gehouden binnen hun territorium dezelfde beperkingen af te dwingen. Dat laatste versterkte uiteindelijk hun machtspositie binnen hun eigen territorium aanmerkelijk, omdat zij via de handhaving van deze specifieke verboden van eigenrichting een soort van dwingende jurisdictie verkregen over de *nobles* (vrijen) die zich op hun territorium bevonden. Langs deze weg wist de kerk de uitbreiding van steeds dwingender jurisdictie voor de lokale *principes* in te zetten voor de pacificatie van de *populus christianus*.

Zoals vele anderen merkt ook Immink op dat de kerk vanaf het einde van de elfde eeuw in velerlei opzichten de directe voorloper is van de moderne staat en van het publieke strafrecht. De moeizame overgang van een militante vrijheid, die zich alleen als onafhankelijkheid laat denken, naar een gepacificeerde en gesubjecteerde vrijheid is uiteindelijk – volgens Immink – mede mogelijk gemaakt door de rol van de kerk. In die zin meent Immink dat de inventieve politiek van deze kerk continuïteit heeft geschapen tussen het Frankische koningschap en de staat in moderne zin. Hoewel de godsvrede(n) vanaf eind 12^e eeuw aan belang inboette(n), benadrukt hij dat de kerk op dit punt in feite weet te verwezenlijken wat de Frankische koningen nastreefden zonder erin te slagen: het vergaand terugdringen van de eigenrichting van de vrije Germaanse man.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Over de wraak als plicht M.W. Stein-Wilkeshuis, 'Wraak en verzoening in middeleeuwse Friese en Scandinavische rechtsbronnen', in: H.A. Diederiks/H.W. Roodenburg (red.), *Misdaad, zoen en straf*, Hilversum: Verloren 1991, p. 17.

¹⁰⁶ Immink 1973, p. 233.

¹⁰⁷ Over godsvrede ook Berman 1983, p. 88-95, over de rol van de kerk als voorloper van de staat in moderne zin Berman passim, Raoul C. van Caenegem 1977, p. 111-121.

5. Vrijheid en straf

In dit hoofdstuk wil ik de betekenis van Immink's onderzoek naar de wortels van straf en strafrecht nog eens nader bezien en de relevantie van zijn inzichten voor het hedendaagse strafrecht bespreken. Daarbij is het doel van dit essay constructief: wat kunnen wij vandaag de dag leren van zijn onconventionele visie op ontstaan en ontwikkeling van het publieke strafrecht? Ik zal Immink's positie daartoe in een breder kader plaatsen en zijn inzichten in de problematiek van vrijheid en straf vergelijken met die van anderen.

Omdat de overgang van vrijheid als onafhankelijkheid naar vrijheid in gebondenheid, zoals hierboven geschetst, direct is gerelateerd aan het ontstaan van het publieke strafrecht zal ik om te beginnen Immink's analyse van het vrijheidsbegrip hernemen. In dat kader moet nog het nodige worden gezegd over de eer als sleutelbegrip voor een goed verstaan van de status en maatschappelijke positie van een vrij man voor en tijdens de middeleeuwen. Immink heeft daarover in 1961 een boeiend essay geschreven dat aparte bespreking verdient (5.1). In aansluiting daarop zal ik uitgebreid ingaan op de militante vrede van de Oudgermaanse samenlevingen en de gepacificeerde vrede die samenhangt met het ontstaan van staat en strafrecht (5.2). Vervolgens zal ik Immink volgen in zijn onvoltooid gebleven essay over 'Recht, vrijheid en democratie', waarin hij de transformatie beschrijft die het vrijheidsbegrip na de middeleeuwen ondergaat. Ik zal dat doen onder verwijzing naar het werk van Montesquieu, die net als Immink verband legt tussen straf, vrijheid en overheid. (5.3).

5.1 *Honor* en vrijheid in oude zin: de aristocratische samenleving

In '*Honor*, heerlijkheid en koningsgezag' onderzoekt Immink de betekenis van het middeleeuwse begrip *honor*, dat zowel eer, ambt, als leen kon aanduiden. In aansluiting op zijn werk over de reikwijdte van het voormoderne begrip van de *populus*,¹⁰⁸ wijst hij om te beginnen op het feit dat alleen een vrij man 'eer' kon bezitten. De Oudgermaanse samenleving is volgens Immink een aristocratische samenleving; *honor* in de zin van eer kwam de mens niet van nature toe maar hing samen met de status van vrij man. Bovendien kleefden aan de middeleeuwse eer - anders dan aan ons moderne eerbegrip - geen ethische connotaties. Het ging in feite om maatschappelijk aanzien, om het vermogen zich maatschappelijk te kunnen doen gelden; de mate van eer werd bepaald door (1) militaire en (2) economische macht en/of (3) door de mate waarin men een aanspraak op gehoorzaamheid kon doen gelden.

In Oudgermaanse tijden was de eer verbonden met de maagschap (clan, patrilineaire verwantschapsgroep), met de familie of met de *comitatus* en met de noodzaak om het voortbestaan van familie/clan/*comitatus* door middel van eigenrichting veilig te stellen. Schending van de eer (aantasting van de militaire of economische macht) moest ongedaan worden gemaakt door de afgenomen eer 'terug te halen' (wraak), dan wel door betaling van een vergoeding door de agressor (compositie). Omdat alleen vrije mannen eer konden hebben sloot het feit dat iemand onder gezag stond van een heer het bezit van eer al bij voorbaat uit. In Frankische tijden komt daar in zoverre verandering in, dat ook die heren die onder het gezag van de koning staan desondanks *honor* in de zin van eer kunnen hebben. Immink bespreekt *honor* in oude zin, waarbij het gaat om het

¹⁰⁸ Hierboven par. 4.4.1.2.

maatschappelijk aanzien van vrijen die hun vrijheid danken aan de onafhankelijkheid van enig boven hen staand gezag. In de loop van het Frankische tijdperk ontstaat *honor* in nieuwe zin, die de vrije te danken heeft aan de koning; Immink spreekt van de monarchisering van de *honor*.¹⁰⁹ De zogenaamde *honorati* uit het Frankische tijdperk waren deels degenen die de hoge ambten bekleedden binnen de monarchie (de graven, de hertogen en de hofmeiers) en deels de gekwalificeerde *fideles* die bijvoorbeeld een *beneficium* uit handen van de koning hadden ontvangen. De ambten zelf werden ook wel aangeduid met de term *honor*, evenals het leengoed. Juist omdat *honor* in de zin van eer het maatschappelijk aanzien betreft, hangt het sterk samen met het ambt en/of het leengoed dat het vermogen bepaalt om zich maatschappelijk te doen gelden.

Hierboven is de maatschappelijke positie die met eer wordt aangeduid omschreven als een vorm van militaire of economische macht, dan wel de aanspraak op gehoorzaamheid. Immink meent dat de hoogste vorm van eer bestaat uit het gezag om te gebieden en te verbieden. Dit gezag moet dan begrepen worden vanuit een historische context waarin gezagsuitoefening verbonden is aan een 'heer', die jurisdictie uitoefent binnen zijn 'heerlijkheid' en aldus een vorm van 'Herrschaft' vertegenwoordigt.¹¹⁰ Als deze heren de hoogste vorm van eer bezitten, mag het geen verbazing wekken dat zij zich tot het uiterste verzetten tegen de aantasting daarvan. De pogingen van de Frankische koningen om eigenrichting onder de heren terug te dringen vormen precies zo'n aantasting van de eer. Dit kan verklaren waarom het hen niet lukt om het gerechtelijk duel als voorrecht van de heren daadwerkelijk af te schaffen: het verbod van eigenrichting is een aantasting van de eer van een vrij man. Die eer moeten wij dan niet subjectief verstaan. Het gaat hier niet om een – voor ons overdreven – gevoel van eigenwaarde van een individu, maar om het maatschappelijk aanzien van degenen die bepaalde posities bekleedden binnen de middeleeuwse samenleving.

De vrijheid in oude zin (politieke zeggenschap dankzij wederzijdse onafhankelijkheid) hangt direct samen met de hier geschetste eer in oude zin (maatschappelijk aanzien). Die samenhang biedt ook de mogelijkheid om de vrijheid in oude zin te relativiseren: deze is geen absolute vrijheid, maar een graduele. Hoe groter de eer van een vrij man, des te sterker kan hij zich doen gelden binnen de stamvergadering. Paradoxaal genoeg impliceert precies het ontbreken van gezagsrecht binnen de verhouding tussen vrijen dat machtsverhoudingen een grote rol spelen. Honor in oude zin kan dan ook begrepen worden als een indicatie van economische en militaire macht, meestal gebaseerd op allodiale gezagsrechten die immers het surplus verschaffen dat de basis vormt voor economische en militaire macht.

5.2 Militante vrijheid en gepacificeerde vrijheid

Het cruciale verschil tussen wraak en straf ligt in de afwezigheid van overheidsgezag. Daarmee verbonden zijn het verschil tussen coördinatie en subordinitie, tussen gelijkheid in onafhankelijkheid en gelijkheid in onderwerping, tussen vrijheid als onafhankelijkheid en vrijheid dankzij gebondenheid. In tijden waarin de hegemonie van nationale staten zowel intern als extern aan erosie onderhevig is kan het buitengewoon interessant zijn opnieuw te onderzoeken hoe samenlevingen zich organiseerden zonder overheidsgezag. Voor strafrechtjuristen, politiek filosofen en rechtstheoretici is inzicht in de rol van de

¹⁰⁹ Immink 1967, p. 100.

¹¹⁰ Immink 1967, p. 93.

punitieve rechtshandhaving in niet-statelijke verbanden om die reden hoogst interessant (zie ook par. 6.2).

Om de relevantie van Immink's werk te kunnen belichten is allereerst van belang om te onderscheiden tussen machts- en gezagsverhoudingen. Aan het begin van de vorige eeuw werkte Weber dit onderscheid uit door gezag (*Herrschaft*) te kwalificeren als geïnstitutionaliseerde macht. Dat wil zeggen dat als macht het vermogen is anderen te dwingen te doen wat men wil, gezag de bevoegdheid veronderstelt om de ander te bevelen en gehoorzaamheid te eisen.¹¹¹ Voor Weber was macht een economische kwestie en gezag een politieke aangelegenheid. Daar komt bij dat *Herrschaft* voor Weber de vanzelfsprekende veronderstelling was van iedere samenleving; een universele eigenschap van menselijk samenleven. De normering van puur economische macht door de institutie van *Herrschaft* vindt bij Weber nadere uitwerking in zijn bespreking van charismatische, traditionele en rationele *Herrschaft*. Hoewel het onderscheiden van deze vormen van *Herrschaft* analytisch zeer interessant kan zijn, hebben zij het onderzoek naar andere tijden en andere tradities geen goed gedaan. Zo wordt het beeld van de islamitische conflictbeslechting door de *qadi* nog steeds bepaald door noties als irrationaliteit en een discretionaire bevoegdheid die in feite neerkomt op willekeur. Sinds Weber is dat beeld bijgesteld, maar het is natuurlijk gemakkelijker om voort te borduren op dergelijke stereotypen dan zich te verdiepen in de complexiteit van het beslissingsproces in voluntaire jurisdicties.¹¹² De discussie over de vraag of bijvoorbeeld gesegmenteerde samenlevingen (georganiseerd op basis van patrilineaire verwantschapsgroepen) nu wel of geen *Herrschaft* kennen wordt bemoeilijkt wanneer het *Herrschaft*-begrip zo wordt opgerekt dat het toch eigenlijk weer met macht gaat samenvallen.¹¹³ De identificatie van macht met gezag leidt er bovendien toe dat samenlevingen zonder gezagsverhoudingen ineens ook samenlevingen zijn zonder machtsverhoudingen. Die mogelijkheid kan als lachwekkend worden afgedaan en roept – paradoxaal genoeg – tegelijk associaties op met de utopische luchtspiegelingen van Marx en Engels over de vestiging van een samenleving zonder staat en zonder recht.¹¹⁴ De totalitaire gevolgen van het geloof in een samenleving zonder machtsverhoudingen zijn bekend.

Wanneer Immink claimt dat in de Oudgermaanse samenleving geen sprake is van gezagsverhoudingen *tussen de vrijen onderling* is daarmee niet beweerd dat er geen sprake is van machtsverhoudingen. Integendeel. Vanuit de culturele antropologie is bekend dat in samenlevingen zonder overheidsgezag twee bronnen van macht beschikbaar zijn: economische en militaire macht. Wanneer we spreken van *economische macht* doelen we op de macht van degenen die anderen aan zich verplichten door hen dingen te geven. De Engelse antropoloog Sahlins beschrijft in zijn *Stone age economics* de structurerende kracht van de wederkerigheid als economisch principe dat niet-statelijke samenlevingen in vorm houdt: de basis van de sociale organisatie is de gift. Het loont de moeite hier een wat

¹¹¹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*, 5^e druk, met tekstkritisch commentaar, heruitgave Johannes Winckelman, Tübingen: Mohr 1976, p. 28. Over de betekenis van Webers onderscheid voor het recht in niet-statelijke samenlevingen Wesel 1985, p. 23-24.

¹¹² H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law* (second edition), Oxford: Oxford University Press 2004, 176.

¹¹³ Wesel 1985, p. 25-27 over de discussies midden jaren '60 van de vorige eeuw over de universaliteit van *Herrschaft*.

¹¹⁴ Bazelmans 1996, p. 42 schrijft over de invloed van wat hij noemt het '19^e eeuwse liberaal-organische beeld van de Vroeggermaanse samenleving' op het werk van met name Engels en orthodox-marxistisch onderzoek in de voormalige DDR.

langer citaat in voegen waarin Sahlins het beroemde essay van Marcel Mauss uit 1925 over de gift als basis van sociale organisatie vergelijkt met Hobbes *Leviathan*:

Like famous philosophical predecessors, Mauss debates from an original condition of disorder, in some sense given and pristine, but then overcome dialectically. As against war, exchange. The transfer of things that are in some degree persons and of persons in some degree treated as things, such is the consent at the base of organized society. The gift is alliance, solidarity, communion – in brief, peace, the great virtue that earlier philosophers, Hobbes notably, had discovered in the State. But the originality and the verity of Mauss was exactly that he refused the discourse in political terms. The first consent is not to authority, or even to unity. It would be **too?** literal an interpretation of the older contract theory to discover its verification in nascent institutions of chieftainship. The primitive analogue of social contract is not the State, but the gift.¹¹⁵

De gift, het uitwisselen van goederen en mensen, kan leiden tot een tijdelijk soort van leiderschap. In de literatuur over Melanesië wordt in dat geval gesproken van *Big men*: machtige mannen, of in termen van Immink: *principes*. Kloos schreef daarover 'Zo'n Big Man is een politieke ondernemer of entrepreneur, die goederen investeert om via een veelheid van relaties en volgelingen macht te verwerven'.¹¹⁶ Het is natuurlijk een hachelijke zaak om Melanesische *Big Man* te vergelijken met vroegmiddeleeuwse *principes*; de vergelijking gaat in veel opzichten niet op. Desondanks is het interessant te signaleren dat beider status is gebaseerd op economische macht die bestaat uit een surplus waarmee zij anderen aan zich kunnen verplichten.¹¹⁷

Als het weggeven vanuit de eigen rijkdom machtsverhoudingen schept, zijn de machtigen degenen die in staat zijn een surplus te produceren of te bemachtigen waar zij van kunnen uitdelen. In de Oudgermaanse samenlevingen waren dat vooral degenen die dankzij hun *allodium* anderen voor zich konden laten werken. Het surplus dat hen macht en aanzien (eer) bezorgde, werd dus door anderen geproduceerd. Hoewel tussen deze machtige heren geen gezagsverhouding bestond (zij erkenden geen bevelsrecht boven zich), was dus wel sprake van - wisselende - machtsverhoudingen.

Militaire macht betreft de fysieke en mentale macht van een krijger die in situaties van oorlog anderen achter zich weet te krijgen. Binnen de culturele antropologie heeft wel de neiging bestaan om statenloze samenlevingen te romantiseren door het consensuele aspect te benadrukken. Zelfs Sahlins lijkt daar in bovenstaand citaat toe te neigen, waar hij het bestaan van vrede als stabiele en duurzame uitkomst van de reciprociteit als economisch basisbeginsel bepleit. Of dit een realistisch perspectief is mag betwijfeld worden; wraak, vete en stammenoorlogen lijken meer de default-positie te zijn. Alleen door steeds weerkerende onderhandeling, bemiddeling en verzoening blijven zij binnen aanvaardbare grenzen. Zelfs al zouden wraak, vete en oorlog een uitzondering zijn, dan nog blijft het risico permanent aanwezig dat zich een keten van geweldpleging

¹¹⁵ Marshall Sahlins, *Stone Age Economics*, London: Tavistock 1974, p. 169. Het gaat om Marcel Mauss, 'Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives', *L'Année Sociologique*, seconde serie 1923-1924.

¹¹⁶ Peter Kloos, *Culturele antropologie. een inleiding*, Assen: Van Gorcum 1976, p. 94.

¹¹⁷ Bazelmans 1996, p. 55 schrijft over het mede uit archeologisch onderzoek blijkende 'belang van de vrijgevigheid van de patroon, heer of leider om een aanhang te verwerven'. Bazelmans gaat uitgebreid in op wat hij noemt 'de antropologie van het geschenk: de erfgenamen van Marcel Mauss', p. 57-108.

ontwikkelt.¹¹⁸ Tacitus laat overigens steeds weer weten hoe gewelddadig de Germaanse heren waren ingesteld; liever dan hun grond te bewerken of van hun vrije tijd te genieten, demonstreerden zij hun persoonlijke krachten door het voeren van oorlogen.¹¹⁹

Tussen militair en politiek gezag in de zin van *Herrschaft* bestaat in veel gevallen een direct verband: wie kan beschikken over een surplus dat door anderen wordt geproduceerd heeft tijd en middelen om zich in de strijd te begeven. Zo konden in de middeleeuwen alleen die heren die een groot surplus wisten te genereren zich een harnas, paarden en wapens permitteren. Ridderschap (militaire macht) veronderstelde dus economische macht.¹²⁰

Het ontstaan van een overheid leidt tot nieuwe verhoudingen tussen de Germaanse heren onderling, die gelijkenis gaan vertonen met die van de horigen ten opzichte van hun heer. Het is immers zo dat één van hen een duurzaam gezagsrecht weet te vestigen ten aanzien van de anderen. Terwijl de *machts*verhoudingen tussen de heren onderling waren gebaseerd op hun vermogen uit te delen en/of zich met succes in militaire avonturen te storten, is de *gezags*verhouding tussen heer en horigen gebaseerd op het vermogen een surplus op te eisen. Het ontstaan van een overheid die een – weliswaar beperkt – bevelsrecht claimt over de vrije heren en boeren is dus een omwenteling van revolutionaire aard. Anders dan *Big Men* of *principes* (tijdelijke leiders) ontlenden overheden hun gezag niet aan het vermogen om te geven, maar aan de macht om te krijgen (anderen te dwingen een deel van hun productie af te staan). De afdracht van dit surplus (belastingen) vormt samen met de verplichte jurisdictie (heerlijke, koninklijke of kerkelijke) de basis van het overheidsgezag. Zij vormen een duurzame vorm van gezagsuitoefening die niet gebaseerd is op tijdelijk en persoonlijk leiderschap, maar op institutionalisering van een gezagsverhouding die geheel vreemd is aan de niet-statelijke samenleving.

Het onderscheid tussen statelijke en niet-statelijke verhoudingen heeft grote gevolgen voor de rechtshandhaving. In een statelijke rechtsorde heerst een gepacificeerde vrede: de overheid claimt een geweldsmonopolie, verbiedt eigenrichting en vestigt een verplichte jurisdictie. Deze vrede kan eenzijdig worden afgedwongen en schakelt alle rechtsgenoten gelijk als subjecten van een overheid, die hen beschermt tegen onderling geweld. De straf is een onderdeel van deze gepacificeerde vrede. Het is een van de instrumenten die een overheid ten dienste staan om deze vrede af te dwingen. Straffen impliceert dan ook een verticale relatie tussen straffer en bestrafte, die van fundamenteel andere aard is dan de horizontale relatie tussen de wraaknemer en diens slachtoffer. In een niet-statelijke rechtsorde is sprake van een permanent fragiele vrede, die steeds opnieuw bevochten moet worden. Deze vrede is niet militant omdat hij gehandhaafd wordt door punitieve interventies, maar omdat punitieve handelingen hier altijd het risico lopen juist een einde te maken aan de vrede (begin van een vete of stamoorlog). Wraak en straf zijn twee

¹¹⁸ Zo verklaart Hoebel het belang van wraak en vete: zelfs als zij zich maar sporadisch zouden voordoen heeft de mogelijkheid om ertoe over te gaan op zichzelf afschrikkende werking: Adamson E. Hoebel, 'Feud: concept, reality and method in the study of primitive law', in: A.R. Desai, *Essays on Modernization of Underdeveloped Societies*, Bombay: Tacker & Co 1971, p. 500-512.

¹¹⁹ *Germania* cap. 14: "En tot het beploegen van het land en het geduldig afwachten van de jaarlijkse opbrengst zou men hen niet zo gemakkelijk kunnen overhalen als tot het uitdagen van de vijand en tot het zich oogsten van wonden", Tacitus 1992.

¹²⁰ In Oudgermaanse tijden gold hetzelfde voor de heer en zijn *comitatus*, die onderhouden werden door het surplus dat de onvrijen op het *allodium* produceerden, Bazelmans 1996, p. 45.

vormen van punitief handelen die verwijzen naar fundamenteel alternatieve manieren om het gezamenlijk leven te organiseren.

5.3 Vrijheid in oude zin en vrijheid in moderne zin.

In deze paragraaf aandacht voor een postuum gepubliceerd essay van Immink, oorspronkelijk voorzien van de titel 'Vrijheid, recht en democratie'.¹²¹ In deze onvoltooide tekst, waaraan met name het deel over democratie ontbreekt, spreekt Immink zich uit over de ontwikkelingen die leidden tot ons moderne vrijheidsbegrip. Voor het gemak noem ik dat hier verder 'vrijheid in moderne zin'. Het lijkt daarbij vooral te gaan om de individuele vrijheid om te doen en te laten wat wij willen. De Engelse filosoof Berlin sprak in dat verband van negatieve vrijheid (freedom from), die hij stelt tegenover de positieve vrijheid (freedom to). Die laatste vorm van vrijheid heeft volgens Berlin historisch gezien de oudste papieren en het is dan ook die laatste vorm van vrijheid waar het bij Immink meestal om gaat.¹²² Wie het werk van Immink wil aanbevelen bij hedendaagse strafrechtsjuristen kan echter niet heen om de vraag hoe dit historisch gezien oorspronkelijker vrijheidsbegrip zich verhoudt tot ons moderne vrijheidsbegrip, dat cruciaal is voor de relatie tussen het moderne strafrecht en de rechtsstaat.

Om de geest te scherpen zal ik de aanzet van Immink inzake deze nieuwe vorm van vrijheid vergelijken met werk van Montesquieu, wiens gedachten over politieke vrijheid zoals verwoord in *De l'esprit des lois* nog steeds als fundament van de rechtsstaat worden aangehaald. Montesquieu thematiseert daarbij net als Immink de relatie tussen straf en vrijheid en de relatie van beide met de politieke organisatie van de samenleving.¹²³ Daar komt bij dat Montesquieu zijn bewondering voor de Engelse constitutie verbindt met een bepaalde interpretatie van Tacitus' *Germania*, een geschrift dat welhaast de constitutie van Immink's werk mag heten. Voordat ik hieronder Immink's latere werk vergelijk met dat van Montesquieu, volgt nog een kort verweer tegen de kritische bedenkingen van Van den Bergh, die beide heren van historisch onbenul lijkt te beschuldigen. In zijn bespreking van Immink en diens werk merkt hij op, dat Immink net als Montesquieu een heel kaartenhuis lijkt op te trekken vanuit enkele fragmenten van Tacitus' *Germania*. Van den Bergh¹²⁴ verwijst naar de kritiek van Sjöholm. Deze meent: 'Mit leichter Übertreibung lässt sich sagen, dass die gesamte germanistische Wissenschaft der Romantik auf dieses Tacitus-zitat und auf Montesquieu's Auffassung von der Freiheitsrolle der Deutschen in der Geschichte gründet'.¹²⁵ Het gaat hier om hoofdstuk

¹²¹ Immink 1967.

¹²² Isaiah Berlin, 'Two concepts of liberty', in: idem, *Four essays on liberty*, Oxford New York: Oxford University Press 1969 (herdruk 1958), p. 118-173. Zie ook Hannah Arendt, *The Human Condition*, Chicago London: University Press of Chicago 1958, over het moderne karakter van de negatieve vrijheid. Met name in de klassieke oudheid was de privé-sfeer onvrij (in negatieve en positieve zin), terwijl de publieke sfeer dan juist het podium is waarop de vrijen hun politieke zeggenschap beoefenen (dus wel vrijheid maar uitsluitend in positieve zin). Over de relatie tussen positieve en negatieve vrijheid Hildebrandt 2002, 429-443 en 520-524.

¹²³ Zie R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990, in het bijzonder hoofdstuk 3.

¹²⁴ Van den Bergh 1979, p. 34.

¹²⁵ Elsa Sjöholm, *Rechtsgeschiede als Wissenschaft und Politik*, Berlin: Schweitzer 1972, p. 9. Sjöholm schrijft over de politieke opportuniteit van bepaalde rechtshistorische visies op de herkomst van de jury.

11 van de *Germania*, waarin Tacitus schrijft dat over kleinere zaken de *principes* beslissen en over belangrijke zaken allen (dat wil zeggen alle vrije mannen). Het is goed mogelijk dat deze consensuele besluitvorming door de germanistische school is geromantiseerd,¹²⁶ maar bij Immink is daar – anders dan Van den Bergh lijkt te suggereren – geen sprake van. Zijn werk maakt eerder inzichtelijk hoezeer de collectieve besluitvorming van de *populus* onder druk staat van de hierboven besproken militante vrede; de jurisdictie van het stamding is een vrijwillige en moet voortdurend bevochten worden op de wraakplicht van de verschillende clans en *comitates*. Hoewel Montesquieu in *De l'Esprit des lois* spreekt over de Germaanse inspiraties van de consensuele besluitvorming in het Engelse parlement,¹²⁷ gaat het te ver om daaruit de conclusie te trekken dat Montesquieu zijn politieke positie op historische argumenten wilde baseren. Om zijn standpunt inzake de Oudgermaanse besluitvorming te begrijpen, moet dit in de context van het toenmalige Franse debat worden geplaatst, waar de adel en de koningsgezinden elkaar met historische argumenten om de oren sloegen.¹²⁸ Ten aanzien van de kritiek van Van den Bergh is overigens al opgemerkt dat de inzichten van Immink in grote lijnen bevestigd worden door onderzoek in meer recente niet-statelijke samenlevingen.¹²⁹

Voor de goede orde zal ik eerst nog eens de ontwikkeling samenvatten van Imminks vrijheid in oude zin, oftewel de politieke zeggenschap.¹³⁰ Daarna zal ik dit vrijheidsbegrip vergelijken met dat van Montesquieu, om vervolgens Immink het woord te geven onder verwijzing naar 'Vrijheid, recht en democratie'.

In de niet-statelijke Oudgermaanse samenleving heeft de vrijheid een aristocratisch karakter; zij is gebaseerd op de eer in oude zin van de vrije heren en boeren die de *populus* vormen en geen gezag boven zich erkennen. Deze vorm van aristocratische vrijheid sluit de straf als vorm van punitieve handhaving uit: straf is niet denkbaar tussen gelijken. In de Frankische samenleving heeft de vrijheid (in de zin dus van politieke zeggenschap) een monarchaal karakter. Zij is gebaseerd op de tegelijk asymmetrische en wederzijdse betrekkingen tussen koningen en gekwalificeerde *fideles* (*principes*). Die laatsten ontnemen hun vrijheid dan ook aan hun relatie tot de koning. Ook deze monarchale vrijheid is verbonden met eer, in het bijzonder de eer van de *principes* die deel uitmaken van de *populus*; de vrijheid van vrije boeren die geen directe relatie hebben met de koning is volgens Immink immers in een aantal opzichten gelijkgeschakeld met de onvrijheid van de horigen. Monarchale vrijheid leidt uiteindelijk tot de paradoxale situatie dat de straf uitsluitend door gelijken mag worden opgelegd (trial by peers, zie bijvoorbeeld de Magna Carta uit 1215, art. 39). Dit was het privilege van de hoge adel in de latere middeleeuwen, dat verbonden was met het voorrecht een gerechtelijk duel aan te gaan.

Voortbordurend op deze ontwikkelingen ontstaat met de opkomst van het absolute koningschap een situatie waarin niet alleen de vrije boeren maar ook de machtige heren hun participatie aan het gezag verliezen. Vanaf dat moment is er voor Immink nog maar

¹²⁶ Zie Bazelmans 1996, p. 41-43 over deze romantisering, ook Böckenförde over de manier waarop de Germanisten Tacitus gebruikten om zich te verzetten tegen zowel het uit Frankrijk afkomstige rationalistisch natuurrecht als tegen absolutisme dat zich legitimeert met het 'vreemde' Romeinse recht. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlin: Duncker & Humblot 1961, p. 74.

¹²⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, (1748) 1973, XI, 6.

¹²⁸ Over deze kwestie Hildebrandt 2002, p. 433-438.

¹²⁹ Hierboven par. 3.1.

¹³⁰ Hierboven par. 4.3.1.4.

één vrije: de vorst.¹³¹ Pas de opkomst van de moderne democratie, die de politieke zeggenschap bij alle leden van de politieke gemeenschap legt, brengt weer vrijheid voor anderen dan de vorst.

Montesquieu geeft een bredere betekenis aan vrijheid. Hij beschrijft deze niet als politieke zeggenschap maar spreekt over de vrijheid van de individuele mens om binnen de grenzen van de wet te leven. Het gaat Montesquieu om veiligheid en zekerheid, om bescherming tegen geweld van anderen en tegen willekeur van de regerende vorst. Om die reden is het strafrecht voor hem de lakmoesproef van de gematigde regeringsvorm. Het strafrecht beschermt deze vrijheid immers langs twee kanten: als instrument tegen criminaliteit en als instrument van bescherming tegen overheidsop treden. Zonder deze vorm van individuele vrijheid is politieke zeggenschap voor Montesquieu niet bestaanbaar. Tegelijkertijd is vrijheid voor Montesquieu, evenmin als voor Immink, van nature aanwezig in de mens. Vrijheid moet worden georganiseerd. Daarbij benadrukt hij het belang van de heerschappij van de wet en de onafhankelijkheid van de rechter als mogelijksvoorwaarden voor het scheppen van vrijheid. Daarmee lijkt Montesquieu – in termen van Immink – een nieuwe betekenisverschuiving binnen het vrijheidsbegrip te verwoorden. De overgang van aristocratische vrijheid naar monarchale vrijheid, culminerend in het volledig verlies van politieke zeggenschap tijdens het absolutisme, wordt gevolgd door de overgang naar een meer omvattend vrijheidsbegrip waarin de zeggenschap over het eigen leven op gelaagde wijze vorm krijgt. Enerzijds veronderstelt zeggenschap over het eigen leven een politieke ordening waarin de permanente machtsstrijd van de militante vrede is gepacificeerd: om zich te kunnen wijden aan het individuele leven moet de vrees voor de gewelddadige invasie van anderen worden weggenomen. Voor Montesquieu zijn die anderen bovendien niet alleen rechtsgenoten maar evenzeer de overheid. Anderzijds maakt deze zeggenschap over het eigen leven de weg vrij voor een nieuwe vorm van politieke zeggenschap. Anders dan de aristocratische, monarchale of feodale zeggenschap wordt deze nieuwe politiek niet gedicteerd door de wisselende machtsverhoudingen van *principes* die elkaar bevechten of naar de gunst van de koning moeten dingen om hun positie te veilig te stellen. In de gematigde regeringsvorm, die de voorkeur heeft van Montesquieu, wordt de macht van de soeverein intern verdeeld, waardoor een systeem van checks and balances ontstaat. De relaties tussen rechtsgenoten onderling worden dan niet meer bemiddeld door hun persoonlijke relatie tot de vorst maar door hun gezamenlijke onderwerping aan de onpersoonlijke wet. Om zeker te zijn dat de wet regeert – en niet degene die hem uitvaardigde – moet de vraag wat de wet in concreto betekent dan in handen liggen van een ambt dat niet onder controle staat van de koning. Daarmee blijkt het verhaal van Montesquieu meer te omvatten dan de simpele stelling dat politieke vrijheid bestaat in het inperken van de macht van de overheid. Enerzijds bepleit Montesquieu een specifieke manier om de macht van de overheid in te perken (de macht moet niet worden afgeschaft maar intern worden verdeeld), anderzijds is het de overheid zelf die haar gezag verleent aan verzet tegen de eigen machtsuitoefening. Dat laatste kennen wij als de paradox van de rechtsstaat.

Nu terug naar Immink. *La liberté et la peine* houdt op aan het begin van de late middeleeuwen. In *Vrijheid, recht en democratie* gaat Immink nader in op de verandering die het vrijheidsbegrip na de middeleeuwen ondergaat. Hij beschrijft daar allereerst de invloed van de humanisten, die de nadruk gaan leggen op de individuele vrijheid en daarbij vooral denken aan vrijheid als bevrijding. Het gaat hen om de innerlijke bevrijding

¹³¹ Immink 1973, p. 246.

van allerlei hiërarchische middeleeuwse denkvormen en uiteindelijk ook om de politieke bevrijding van de individuele mens die zijn vrijheid niet meer wenst te ontleen aan het monarchale beginsel, maar aan een zelfgeproclameerde zelfstandige individuele vrijheid. Immink beschrijft de strijd tussen landsheer en staten (standen) als een streven naar het 'vrij zijn van' het landsheerlijk gezag. Er ontstaat 'een soort van 'reservaat', een gebied, waarop de landsheer in beginsel niets te zeggen had'.¹³² Inbreuk daarop wettigt het opzeggen van de gehoorzaamheid jegens de landsheer (en later jegens de al te ambitieuze stadhouders). De individuele vrijheid waar het dan inmiddels om gaat is niet meer de onafhankelijkheid van de Germaanse vrijen, maar ook niet meer de politieke zeggenschap van de *principes* die delen in het Frankische koningsgezag. Nieuw is enerzijds dat de politieke zeggenschap toekomt aan alle burgers en anderzijds dat aan deze burgers een vrije ruimte toekomt waar de soeverein geen toegang heeft. Immink beschrijft hoe het koningschap zich in het verlengde van de Frankische monarchie ontwikkelt tot suzeriniteit (opperleenheerschappij) en hoe deze feodale monarchie zich later omvormt tot de soeveriniteit van de absolutistische vorstenhuizen in Europa, die de grondslag vormen van de moderne staatsvorming. Hij geeft aan dat de humanist Marsilius van Padua de soeveriniteit al in de 14^e eeuw niet in de koning zoekt maar in de *universitas civium*. Deze volkssoeveriniteit *avant la lettre* legt de positieve vrijheid (participatie aan de publieke zaak) bij iedere burger. Het zijn dan de natuurrechtelijke filosofen die de soeveriniteit in de loop van de 17^e en 18^e eeuw in gaan perken met de notie van de grondrechten, die de mens van nature zouden toekomen. Daarmee ontstaat naast de idee van positieve vrijheid voor alle burgers de nieuwe idee van negatieve vrijheid die zelfs tegenover een democratische regering kan worden ingeroepen. Immink legt dus verband tussen het humanistische ideaal van de individuele vrijheid, het natuurrechtelijke idee van grondrechten en het revolutionaire idee van de volkssoeveriniteit en concludeert dat de vrijheid aan het begin van de 19^e eeuw 'nu eensdeels participatie in de soeveriniteit, anderdeels een absoluut aan het individu voorbehouden gebied van rechten, gevrijwaard voor overheidsinmenging' is geworden. Waarbij we in gedachten moeten houden dat Immink de absolute monarchie in casu als voorwaarde ziet voor deze wending in de richting van democratie: pas als een vorm van soeveriniteit is gevestigd kan de staat zich zo organiseren dat alle burgers daaraan hun individuele vrijheid ontleen.¹³³

Als we de vrijheid in moderne zin van Montesquieu vergelijken met Immink's moderne vrijheid, lijkt Montesquieu meer georiënteerd op wat wij inmiddels de rechtsstaat noemen, terwijl Immink zich meer richt op de democratie. Montesquieu is geen pleitbezorger van volkssoeveriniteit, hetgeen voor hem niet meer zou zijn dan het inwisselen van de ene despoot voor de andere; alleen een krachtige staat die in zijn constitutie de macht al heeft verdeeld kan vrijheid organiseren en daarmee de voorwaarden scheppen voor deelname aan de publieke zaak.¹³⁴ Die nadruk op het belang van een sterke staat voor het inperken van de macht van diezelfde staat, vinden we bij Immink op een andere manier terug. Bij zijn bespreking van de moderne democratie merkt hij op 'Hoe paradoxaal het ook moge klinken: de wortels van de moderne democratische staat liggen in de absolute monarchie'.¹³⁵ Anders dan Montesquieu gaat Immink expliciet in op de volkssoeveriniteit als grondslag van een nieuwe politieke gemeenschap: geen aristocratische 'democratie' zoals de Grieken en de Germanen, maar

¹³² Immink 1967, p. 21.

¹³³ Immink 1967, p. 11 en 28.

¹³⁴ In die zin heb ik wel eens bepleit dat juist Bodins soeveriniteitsbegrip de mogelijkheidsvoorwaarde is voor Montesquieu's evenwicht van machten. Hildebrandt 2002, p. 266 noot 765, p. 271, noot 785.

¹³⁵ Immink 1967, p. 11.

een democratie van burgers die een vrije ruimte weten te bevechten tegenover hun overheid. Dat laatste geeft aan dat ook voor Immink de individuele vrijheid als negatieve vrijheid verbonden is met de positieve vrijheid die inherent is aan de democratie. De vraag is dan hoe deze aandacht voor negatieve vrijheid zich laat rijmen met de formele definitie van Immink, die zich beperkt tot positieve vrijheid (participatie aan de macht)? Mij dunkt dat zich hier het onvoltooide karakter openbaart van Imminks werk. Van het hier besproken essay ontbrak het deel over democratie. Het is niet onmogelijk dat hij al schrijvend nog tot andere conclusies zou zijn gekomen ten aanzien van zijn formele vrijheidsbegrip (een andere formele definitie – of misschien de erkenning dat ook formele definities niet de eeuwigheid hebben?).

6 Stedelijk en transnationaal straf(recht)?

Immink richt zijn onderzoek grotendeels op de overgang van niet-statelijke punitieve rechtshandhaving in Oudgermaanse tijden naar de straf van de Frankische monarchie. In deze paragraaf aandacht voor twee andere overgangssituaties waarin mengvormen van straf en (compositie van) wraak de toon lijken te zetten. In par. 6.1 wordt de overgang van de landsheerlijke rechtsorde naar het stadsrecht aangekaart; in par. 6.2 de overgang van nationale naar transnationale rechtshandhaving. In beide gevallen is het analytische onderscheid dat Immink maakt tussen wraak en straf verhelderend, juist omdat statelijke en niet-statelijke elementen in de punitieve handhaving worden vermengd. Om die reden is hier ook het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht van belang en het door Immink vaak herhaalde inzicht dat dit onderscheid geen betekenis heeft in een voor-statelijke rechtsorde.

6.1 Stedelijk boeterecht uit de vroege middeleeuwen

6.1.1 *Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht*

Eén van de rode draden in Immink's werk is de nadruk die hij legt op het publiekrechtelijke karakter van de (wortels van de) straf. De receptie van het Romeinse recht heeft ertoe geleid de oorsprong van de straf te zoeken in de delictuele aansprakelijkheid en daarmee in het privaatrecht. Ook wraak wordt gewoonlijk als een private aangelegenheid voorgesteld, hetgeen continuïteit suggereert tussen wraak en delictuele aansprakelijkheid. De grote verdienste van Immink is dat hij helder maakt dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht de staat veronderstelt en ten aanzien van wraak dus een anachronisme is;¹³⁶ wraak is *tegelijk* een kwestie van publiek belang omdat de rechtshandhaving afhankelijk is van private actoren en dus een kwestie van private handelingen. Om die reden wordt vaak gesproken over private wraak. Deze private handelingen hebben echter een publieke betekenis. Aan het slot van zijn essay over 'honor, heerlijkheid en koning' merkt Immink op dat de termen publiek- en privaatrecht vaak op verwarrende wijze worden gebruikt. Zo wordt de term publiekrechtelijk gebruikt wanneer statelijk wordt bedoeld waartegenover privaatrechtelijk dan als niet-statelijk (in die zin van voor-statelijk) moet worden begrepen. Private wraak zou dan een kwestie zijn van privaatrecht. Privaatrecht duidt echter op 'rechtshandelingen als koop en verkoop, schenking, verbintenisscheppende overeenkomst', hetgeen de staat veronderstelt die in geval van private wraak nu juist ontbreekt.¹³⁷

¹³⁶ Vergelijk W.C. van Binsbergen, *Inleiding Strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, die op p. 12 weliswaar opmerkte dat 'van een scherpe onderscheiding (...) tussen publiek- en privaatrecht geen sprake was', maar op p. 15 noemde hij het zoenen van wraak of vete toch weer in oorsprong een 'privaatrechtelijke rechtsinstelling'. Ook Van Caenegem 1956, p. 1 meent dat 'het misdaadrecht is van de privaat- in de publiekrechtelijke sfeer getrokken'. Verhelderend daarentegen R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding*, Deventer: Kluwer 1993, p. 1: 'zolang er geen 'staat' in de moderne zin van het woord is, kan men niet – of althans minder gemakkelijk – de tegenstelling tussen 'overheid' en 'burgers' maken, die aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht ten grondslag ligt'.

¹³⁷ Immink 1961, p. 110-111.

6.1.2 Wraak in oude zin en wraak in moderne zin

Verwarring kan ook ontstaan ook wanneer de term wraak wordt gebruikt voor punitieve interventies door privé personen binnen statelijk verband. In dat geval zal het vrijwel altijd gaan om een strafbaar feit. Wie op dit moment in Nederland moord, verkrachting of vernedering van een familielid wreekt door de dader of diens familie te doden of te mishandelen negeert het verbod van eigenrichting en pleegt zelf een strafbaar feit. Deze strafbare handeling zal waarschijnlijk zijn ingegeven door de behoefte aan wraak in de zin van genoegdoening of vergelding. Over de psychologie van wraak en straf laat Immink zich niet uit. Hij bekijkt de straf niet vanuit het perspectief van psychologische behoeften van individuele personen of groepen, maar vanuit de constitutie van de samenleving. Daarmee doet hij naar mijn mening geen onrecht aan de emotionele kant van de wraak, maar toont hij – integendeel – dat wraak veel meer omvat dan de particuliere gevoelens van rechtsgenoten. Het lijkt mij zinvol hier te onderscheiden tussen wraak in oude zin, wanneer de wraakplicht deel uitmaakt van de handhaving van de rechtsorde en wraak in moderne zin, wanneer wraak een verboden vorm is van eigenrichting die de constitutie van de samenleving in gevaar brengt. Een samenleving van vrijen kent geen straf, een samenleving met een effectief geweldsmonopolie kent geen wraak in oude zin.

6.1.3 Het punitieve karakter en het strafkarakter van private satisfacties

Vraag is hoe we deze onderscheidingen kunnen hanteren in een samenleving die positieve vrijheid probeert te combineren met een geweldsmonopolie. Historisch gezien is dat het oogmerk geweest van de Frankische monarchieën tijdens de vroege middeleeuwen. Dat zij daarin niet ten volle zijn geslaagd hebben we gezien in par. 4.4. In deze paragraaf zullen we onderzoeken hoe de middeleeuwse steden aanvankelijk hun straf- of boeterecht organiseerden, nu ook hier sprake was van een poging de vrijheid van de poorters te combineren met het geweldsmonopolie van de landheer. Het stadsrecht beoogde oorspronkelijk immers een gemeenschap te stichten van gelijken (poorters) met een zelf verkoren stedelijke overheid, die overigens meestal via de schout verbonden was met het gezag van de graaf. Dit betekende dat in het stadsrecht een bijzondere vorm van strafrecht werd ontwikkeld, waarbij de poorter (de voorloper van de burger) een veel sterkere positie had dan andere subjecten (onderdanen) van landheer of koning. Daarin was dan ook plaats voor interessante varianten op wat daarvoor weergeld en vredegeld heette. De vergelijking met de *leges barbarorum* dringt zich op. Later ontstond binnen de steden een patriciaat of regentenstand, die zich door coöptatie aanvulde en zich steeds minder aantrok van de gelijkheid van de poorters. Zo ontstond ruimte voor de overgang van dergelijke – nog op weer- en vredegeld gelijkende – boeten naar het moderne lijfstraffelijk recht.

In een tekst over het rechtskarakter van geldelijke sancties in het Haarlemse stadsrecht van 1245 vraagt Veen zich af of deze sancties nu wel of niet als straf en wel of niet als publiekrechtelijke sancties moeten worden begrepen. Hij verwijst daarbij een aantal keren naar Immink's positie en zijn tekst raakt precies de hierboven genoemde problematiek van het onderscheid tussen publiek(recht) en privaat(recht).¹³⁸ Hij richt zich op de geldelijke sancties uit het stadsrecht van 1245, de stichtingsoorkonde(n) van de stad Haarlem. Het gaat hier dan ook om het strafrecht van poorters die zich in vergaande mate aan de onderwerping van hun landheer hebben onttrokken en zich ten opzichte van elkaar als gelijken wensen op te stellen.

¹³⁸ Veen 1998. Over het Haarlemse stadsrecht Hoogerwerf 2001. Dank aan Jan Reijntjes die mij wees op de tekst van Veen en het proefschrift van Hoogerwerf.

De geldelijke sancties waar het om gaat duidt Veen verder aan als satisfacties, die hij omschrijft als boetes 'die al of niet krachtens een gerechtelijke veroordeling door individuen of hun families worden betaald wegens gedrag dat hun rechtens te verwijten is'.¹³⁹ Veen onderscheidt tussen private satisfacties, te betalen aan (verwanten van) het slachtoffer en publieke satisfacties, te betalen aan de overheid (schout en graaf). Nadat hij vaststelt dat de publieke satisfacties publiekrechtelijk van karakter zijn, stelt hij zich de vraag of de private satisfacties, die naar zijn oordeel deels uit schadevergoeding bestaan en deels uit wat de Amerikanen *punitive damages* noemen, als privaatrechtelijk of als publiekrechtelijk moeten worden begrepen en in hoeverre daarbij sprake is van straf. Bij de beantwoording van die vraag gaat hij in op het verband met begrippen als vergelding, (speciale en generale) preventie en genoegdoening. Wat Veen in het bijzonder interesseert is de verhouding tussen onrechtmatige daad en strafbaar feit. Als ik hem goed begrijp stelt Veen – anders dan Immink – straf gelijk aan punitieve sancties. Het strafkarakter van sancties ligt wat hem betreft in hun punitieve karakter en dat verwijst naar extra leedtoevoeging die gericht is op vergelding, preventie en genoegdoening. Interessant is dat hij daarbij onderscheid maakt tussen genoegdoening voor het slachtoffer en genoegdoening voor de overheid. In het eerste geval gaat het om dat deel van de private satisfactie dat de onstoffelijke schade van (verwanten van) het slachtoffer betreft. In het tweede geval gaat het om de deuk in de rechtsorde die als immateriële schade van de gemeenschap wordt begrepen. Genogdoening is bij Veen dus vergoeding van immateriële schade. Het is niet helemaal duidelijk of en waarin de genoegdoening voor de overheid, wegens inbreuk op de rechtsorde, verschilt van vergelding. Veen meent overigens dat behalve genoegdoening ook vergelding en preventie deel uitmaken van de doelen van de private satisfactie voorzover daarbij sprake is van extra leedtoevoeging boven de 'gewone' schadevergoeding. Kort gezegd hebben deze private boetes, te betalen aan de (verwanten van) het slachtoffer, volgens Veen een strafkarakter (en daarmee ook een publiekrechtelijk karakter?).

Wat mij betreft is Immink's begripsvorming hier verhelderend. Voorzover sprake is van een overheid die punitieve sancties oplegt – eventueel ten behoeve van slachtoffers – kan heel wel sprake zijn van een straf. Wanneer het initiatief tot de vordering en/of de tenuitvoerlegging van het vonnis echter volledig bij de slachtoffers ligt rijzen twijfels. *Afhankelijk van de mate waarin de overheid zich de zaak aantrekt* verschuift het zwaartepunt van privaat- naar publiekrechtelijke handhaving en dus van punitive damage naar straf, waarbij aangetekend dient te worden dat in beide gevallen de overheid een rol speelt (anders dan in de Oudgermaanse samenleving). De vraag is zelfs of het zin heeft de private satisfactie als een privaatrechtelijke sanctie te kwalificeren. Zoals Hoogerwerf in zijn studie van het Haarlemse stadsrecht aangeeft, is er op dat moment geen onderscheid tussen een civiel en een strafproces. De bemoeienis van de graaf (via de schout die hem als rechter in oude zin vertegenwoordigt) impliceert publiekrechtelijke interventie, maar het proces voor het stedelijk gerecht is nu juist een mengvorm van wat Hoogerwerf noemt Germaans procesrecht en moderner overheidsrecht.¹⁴⁰ Germaans procesrecht stamt uit de Oudgermaanse samenleving zonder staat. De mengvorm is bijvoorbeeld zichtbaar in de rol die de onschuldseed en de moderne getuige in het proces kunnen spelen. Enerzijds kan de beklaagde zich door middel van een onschuldseed zuiveren (waarna in beginsel vrijspraak volgt), anderzijds kan de klager bewijs aanbieden in de vorm van getuigen. In het ene geval is geen sprake van een onderzoek naar de materiële

¹³⁹ Veen 1998, p. 458.

¹⁴⁰ Hoogerwerf 2001, p. 47.

waarheid, in het andere geval juist wel. Accusatoire en inquisitoire elementen zijn hier op intelligente wijze op elkaar afgestemd. De accusatoire elementen van het proces (geen klager geen rechter, onschuldseed en eedhelpers), de op te leggen private satisfacties en de zoendwang die onder omstandigheden kon worden opgelegd,¹⁴¹ duiden samen met de inquisitoire elementen (waarheidsvinding), de publieke satisfacties en het bestaan van de doodstraf op eenzelfde prudente transformatie van private naar publiekrechtelijke rechtshandhaving die zich eerder voordeed tijdens de groei van de Frankische monarchie. Dat betekent dat beide satisfacties weliswaar punitief zijn maar dat daarmee nog niet vaststaat dat het ook straffen zijn. Het verschil tussen deze oplossing en die van Veen is dat de mate waarin het zwaartepunt verschuift *niet afhangt van de punitiviteit van de reactie maar van de wijze waarop de overheid zich met die reactie bemoeit*. Van een 'echte' straf is eerst sprake als de overheid zich die reactie heeft toegeëigend en gemonopoliseerd in combinatie met het verbod van eigenrichting. Voor Immink zou het geen probleem zijn om de private satisfactie als een deels punitieve interventie te zien, gericht op genoegdoening jegens het slachtoffer, vergelding van onrecht en preventie van soortgelijke delicten. Daarmee is het echter nog geen straf. De straf komt bij Immink eigenlijk voort uit wat wij nu de bestuurlijke boete zouden noemen: de bestraffing van schending van door de overheid gestelde regels.¹⁴² Straffen is een deelverzameling van het overkoepelende begrip punitieve interventies, waarbij de verticale relatie als typisch voor de straf wordt aangemerkt. Dit betekent overigens niet dat de private satisfacties waar Veen over schrijft geen publiek belang dienen of geen vergelding inhouden; net als de private wraak of compositie uit een eerder tijdperk kan het oogmerk van de extra leedtoevoeging zowel genoegdoening als vergelding omvatten. Het feit dat private satisfacties worden *opgelegd* is overigens een argument om ze wel als een vorm van straf te zien. Wat betreft punitieve interventies in het algemeen ben ik geneigd om genoegdoening te zien als het element dat ziet op het rechtzetten van de verhouding tussen dader en slachtoffer, en vergelding als het element dat de verhouding tot de rechtsorde, de gemeenschap rechtzet. Dat rechtzetten bestaat dan niet in schadevergoeding maar in tenietdoen van de gewraakte handeling door de punitieve tegenhandeling. Het gaat om vergelding van leed met leed: *de talio van de private wraak en de proportionaliteit van de straf zijn dan ook de beginselen die de mateloosheid moeten bedwingen die zowel de private wraak als de overheidsstraf bedreigen*.¹⁴³ Deze extra leedtoevoeging, of punitieve tegenzet moet het vertrouwen herstellen van zowel het slachtoffer als andere rechtsgenoten wanneer zij zien hoe de dader aan den lijve ondervindt dat haar handelen een normschending was die niet geaccepteerd wordt.

6.1.4 Een privaatrechtelijke sanctie als straf

Terugkerend naar het onderscheid publiek(recht) en privaatrecht(recht), blijken punitieve interventies onder omstandigheden privaatrechtelijk of zelfs privaatrechtelijk van aard te kunnen zijn. Hun punitieve aard impliceert voor Immink niet zonder meer dat het straffen zijn, en tegelijkertijd ontnemt het feit dat dergelijke boetes onder het privaatrecht kunnen vallen hen niet bij voorbaat het strafkarakter. Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat een

¹⁴¹ Hoogerwerf 2001, p. 153-158 over zoendwang in geval van het vredegebod van de schout. Vergelijk ook Immink 1969a, p. 26-29 over de zoendwang en de daarmee samenhangende zoenjurisdictie (14^e eeuw). Deze zoenjurisdictie was een vorm van arbitrale rechtspraak, die voortbestond naast de halsrechtspraak. De zoen (compositie/weergeld) was volgens Immink geen straf maar eerder een boetedoening.

¹⁴² Hierboven par. 4.3.2 en 4.5.2.1.

¹⁴³ Zie artikel 29 van het Haarlems Stadsrecht waar in geval van doodslag, verminking en verlamming het taliobeginsel wordt bevestigd, terwijl hier al duidelijk sprake is van een door de overheid opgelegde straf.

overheid publiekrechtelijke regels via punitive damages of een privaatrechtelijk boetebeding af wil dwingen, in welk geval via een omweg genoegdoening wordt verkregen voor de inbreuk op de statelijke rechtsorde. In dat geval zou Immink vermoedelijk spreken van straf.¹⁴⁴

6.2 Strafrecht voorbij de staat?

Na de bespreking van de overgangsfase van voor-statelijke naar statelijke punitieve interventies zoals geregeld in het vroege stadsrecht, in deze paragraaf ten slotte aandacht voor de overgang van statelijk naar transnationaal 'strafrecht'. Die overgang demonstreert naar mijn mening het belang van de relatie die Immink legt tussen straf en vrijheid. Voorop staat dat de straf voor Immink het einde markeert van de vrijheid in oude zin, omdat zij de onderwerping van voorheen onafhankelijke heren impliceert. Daar komt bij dat voor Immink – en Montesquieu – de straf uiteindelijk ook een nieuw soort vrijheid mogelijk maakt doordat de straf kan worden ingezet voor het bewerkstelligen van een gepacificeerde vrede die een nieuwe vorm van zeggenschap over het eigen leven mogelijk kan maken, die in de permanente dreiging van de militante vrede niet kan ontstaan.

De verbinding tussen positieve vrijheid (freedom to, politieke zeggenschap) en negatieve vrijheid (freedom from, bescherming tegen criminaliteit en tegen repressief overheidsoptreden) die constitutief is voor de democratische rechtsstaat, wordt door Immink in zijn *Vrijheid, recht en democratie* enkele malen aangestipt. Zijn interesse ligt echter vooral bij het belang van de daaraan voorafgaande omslag binnen het positieve vrijheidsbegrip tijdens het Frankische koningschap. Die omslag maakt staatsvorming mogelijk, althans vormt de aanloop tot staatsvorming in moderne zin. Langs twee kanten worden staat en publiek belang daarbij vereenzelvigd: enerzijds heeft de staat als opdracht het dienen van het publiek belang (de res publica) en anderzijds wordt de staat verondersteld altijd te handelen in het publiek belang, waarbij de staat het publieke belang bovendien lange tijd monopoliseerde. Hoewel de moderne staatsvorming bijna overal in Europa begint met absolutisme, is die moderne staatsvorming volgens Immink de mogelijksvoorwaarde voor de democratische rechtsstaat zoals wij die kennen, waarin het strafrecht niet alleen bescherming biedt tegen medeburgers maar ook tegen de overheid zelf. Dat betekent onder andere dat overheden te allen tijde gehouden zijn te handelen in het algemeen belang, maar dat we er niet bij voorbaat van uit mogen gaan dat dit ook altijd het geval is (en dus rechtsmiddelen hebben om zulks te betwisten).

De vraag is wat er gebeurt als staat en publiek belang in vergaande mate worden losgekoppeld: enerzijds omdat steeds meer transnationale actoren publieke belangen onder hun hoede nemen, anderzijds omdat de aard van het publieke belang zich door de globalisering niet meer goed op nationaal niveau laat organiseren. Anders dan de inter- en de supranationale rechtsordes stelt het transnationale recht ons voor geheel nieuwe dilemma's, die Immink's werk een grote relevantie geven.¹⁴⁵ Die relevantie schuilt naar mijn idee in zijn nuchtere analyse van de verhoudingen tussen vrije heren tijdens de

¹⁴⁴ Zie Hildebrandt 2002, p. 120-125 over het onderscheid tussen straf, sanctie en punitieve sanctie, waarbij onder meer de sanctietheorie van W. Duk aan de orde komt. Wanneer de overheid gebruik zou maken van een privaatrechtelijk boetebeding of van punitieve privaatrechtelijke schadevergoeding om uitgevaardigde regels te doen naleven zou ik zeker van een straf willen spreken, hetgeen bijvoorbeeld relevant is voor de toepasselijkheid van het legaliteitsbeginsel en art. 6 EVRM, zie idem p. 122-123.

¹⁴⁵ Over het verschijnsel transnationaal recht Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York and London: Routledge, 1995.

overgang van aristocratische (allodiale) naar monarchale vrijheid; van publiek belang in handen van onafhankelijke private actoren naar publiek belang in handen van de monarchie. Hij richt daarbij de aandacht op een aantal punten die van belang zijn in een globaliserende wereld omdat ze zich daar in omgekeerde zin zouden kunnen voordoen: een overgang van straf naar private wraak; van verplichte naar voluntaire jurisdictie; van vrijheid in gebondenheid naar vrijheid in onafhankelijkheid; van gepacificeerde naar militante vrede; van gezags- naar machtsuitoefening en van het geweldsmonopolie naar noodzakelijke eigenrichting. Dit alles wordt relevant op het moment dat oorlog en criminaliteit zich vermengen in het fenomeen van het internationaal terrorisme (is de reactie daarop een vorm van oorlog, wraak of straf?); dat jurisdictieproblemen ontstaan rond transnationale, georganiseerde criminaliteit, transnationale organisatiecriminaliteit en extraterritoriale criminaliteit in cyberspace; op het moment dat statelijke soevereiniteit (onafhankelijkheid) aan banden wordt gelegd door internationale en supranationale regelgeving; dat wordt getracht via internationale vredesmachten vormen van duurzame vrede af te dwingen; dat unilaterale machtsuitoefening zoveel mogelijk vervangen wordt door multilaterale interventies die verdragsrechtelijk gelegitimeerd zijn; waarbij overigens duidelijk is dat vooralsnog geen sprake is van de vestiging van een geweldsmonopolie dat individuele staten en andere – transnationale – actoren zou kunnen beletten het recht in eigen hand te nemen.¹⁴⁶ Het interessante aan Imminks analyse is dat hij geen dwingend evolutionair perspectief ontwikkelt, dat wij op wereldschaal ook moeten doorlopen voordat zich een kantiaanse wereldregering kan vestigen. Zijn onderzoek kan ons wel gevoelig maken voor de historiciteit van rechtsinstituten als verplichte jurisdictie, verbod van eigenrichting en geweldsmonopolie. Met historiciteit wordt bedoeld op het feit dat dit soort instituties zich ontwikkelen binnen een historische context die uniek is en algemene uitspraken of voorspellingen in beginsel uitsluit. Niet alleen omdat het samenstel van causale factoren in iedere context weer anders ligt, maar vooral omdat de betekenis van deze instituties is verweven met allerlei andere aspecten van de betreffende samenleving. Analyse van de wordingsgeschiedenis van het strafrecht kan dan ook leiden tot het besef van de kwetsbaarheid van de natiestaat, van de rechtsstaat en van het ermee verbonden strafrecht. Hiermee begeef ik mij volgens Van den Bergh ongetwijfeld op hellend vlak. Deze rechtshistoricus merkte op dat de gedachte dat Imminks inzichten inzake de ontwikkeling van overheidsgezag van dienst kunnen zijn bij het oplossen van hedendaagse problemen, getuigde van een 'simple-minded belief in the possibilities of pure reason to extrapolate from history the inexorable laws of progress, or such confidence in the importance of law as a determining factor of development'.¹⁴⁷ Met Immink denk ik dat het hier niet gaat om deterministische theorieën over de evolutie van staatsgezag,¹⁴⁸ noch om het aandragen van oplossingen. Van belang is wel het historisch en analytisch werk dat Immink heeft verricht niet alleen als museumstuk ten toon te stellen, maar ook te durven gebruiken bij de analyse van de schuivende panelen tussen straf, wraak, oorlog en internationaal terrorisme.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Over globalisering is veel geschreven, ik beperk mij tot een verwijzing naar Jean Marie Guéhenno, *La fin de la démocratie*, Paris: Flammarion 1993 en De Sousa Santos 1995; over jurisdictieproblemen in cyberspace Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books 2000.

¹⁴⁷ Van den Bergh 1979, p. 35.

¹⁴⁸ Zie nogmaals zijn opmerkingen Immink 1973, p. 13 en 14.

¹⁴⁹ Over die schuivende panelen als voorbode van het einde van de democratie Jean-Marie Guéhenno, *La fin de la démocratie*, Parijs: Flammarion 1993.

7 Afsluiting

Immink combineert verbeeldingskracht met nauwgezetheid en speculatieve theorievorming met messcherpe begripsvorming. Daarmee loopt hij het gevaar zichzelf enigszins uit de markt te prijzen: degenen die de voorkeur geven aan verbeeldingskracht zullen hem een te analytische geest verwijten; de analytici en ook de empirici zullen hem speculatieve overmoed voor de voeten werpen. Zijn werk vraagt om interdisciplinaire uitwerking en toetsing en is in een aantal opzichten onvoltooid. Het is niet onmogelijk dat het manuscript van *La liberté et la peine* nog wachtte op integratie van zijn inzichten in de ontwikkeling die vrijheid en straf na de middeleeuwen ondergingen. Zijn vraagstelling richtte zich immers op continuïteit tussen het punitieve handelen in Vroeggermaanse tijden en onze moderne overheidsstraf. Er ontbreken nog zo'n slordige 1000 jaar. De aanzet daarvoor gaf Immink in het – onvoltooide – 'Vrijheid, recht en democratie', dat als *Vrijheid en recht* postuum is uitgegeven. Het inzicht dat in ieder geval ook daarin weer als doorslaggevend naar voren komt is dat wij onze democratische rechtsstaat mede danken aan de ontwikkeling van het monarchale beginsel (suzereiniteit) tot absolute monarchie (soevereiniteit). Wie de straf binnen het kader van de rechtsstaat wil blijven denken zal zich om die reden moeten verdiepen in de mogelijkheden om op transnationaal niveau hetzij tot staatsvorming te geraken hetzij op andere wijze de individuele vrijheid te waarborgen die nu afhangt van statelijk garanties. Dat vraagt interdisciplinaire verbeeldingskracht en ambachtelijke nauwgezetheid en om historisch besef in de lijn van rechtshistorici als Immink.