

INHOUD

Beknopte en selectieve bibliografie	11
Hoofdstuk 1. Inleiding	15
1. Waarom een ‘geschiedenis’ van het strafrecht?	17
2. Rechtsgeschiedenis: een onmogelijk vak?	19
3. De zin van de rechtsgeschiedenis	20
4. Een geschiedenis van het ‘strafrecht’	22
5. De ‘grote’ verklaringstheorieën van de strafrechtsgeschiedenis	24
5.1 Het belang en het uitgangspunt van de verschillende theorieën	24
5.2 De rationalistische verklaringstheorieën	25
5.3 De Germaanse school	27
5.4 De dwang- of machtstheorieën	27
5.5 De civilisatietheorieën	32
Hoofdstuk 2. De bronnen van het strafrecht	35
1. De lokale rechtsregels van de 15de tot de 18de eeuw	37
2. De vorstelijke ordonnantiën van de 15de tot de 18de eeuw	37
3. De rechtspraak, de rechtsleer en het Romeinse recht tot aan de Franse Revolutie	38
4. De strafwetgeving in de 19de en de 20ste eeuw	43
4.1 De ‘cahiers de doléances’ in 1788-1789	43
4.2 De eerste strafrechtelijke hervormingen (1789-1791)	43
4.3 De strafwetgeving in 1791	44
4.4 De verdere strafwetgeving tussen 1791 en 1808	46
4.5 Oude wijn in nieuwe zakken. De ‘Code d’instruction criminelle’ (1808) en de ‘Code pénal’ (1810)	47
4.6 Een variant op de variant. Het Belgische strafwetboek van 1867	50
4.7 Van ‘homo economicus’ naar ‘homo criminalis’ en ‘homo sociologicus’	53

Hoofdstuk 3. De criminele justitie	57
1. Van een privaat naar een publiek strafrecht	59
1.1 Wraakrecht en familiale solidariteit voor de 11de eeuw	59
1.2 De uitbouw van een publiek strafrecht vanaf de 11de eeuw	60
1.3 Een volwaardig publiek strafrecht vanaf 1500	62
2. De (on)gebondenheid van de strafrechter aan de strafwet	63
2.1 De probleemstelling	63
2.2 Het overwicht van de rechter	63
2.3 Het overwicht van de wetgever	65
2.4 Naar een evenwicht tussen wetgever en rechter	68
3. Het strafrechtelijke apparaat in de Habsburgse Nederlanden (1482-1795)	70
3.1 Inleiding	70
3.2 De ordinare rechtbanken	71
3.3 De extraordinaire rechtbanken	74
3.4 De kerkelijke strafrechtspraak	76
4. Het strafrechtelijke apparaat na de Franse Revolutie	78
4.1 De gerechtelijke hervormingen tot 1795	78
4.2 De gerechtelijke hervormingen onder het Directoire, het Consulaat en het Keizerrijk (1796-1815)	80
4.3 Het strafrechtelijke apparaat onder het Hollandse en het Belgische bewind	81
Hoofdstuk 4. De misdrijven in het algemeen	83
1. De strafbare gedraging	85
1.1 Een menselijke gedraging?	85
1.2 De commissiedelicten, omissiedelicten en commissiedelicten door omissie	87
2. De strafrechtelijke schuld	90
2.1 De begrippen ‘schuldstrafrecht’ en ‘strafrechtelijke schuld’	90
2.2 De strafrechtelijke toerekenbaarheid	90
2.3 De strafrechtelijke verwijtbaarheid	91
2.3.1 Het opzet en de voorbedachte rade	91
2.3.2 De onachtzaamheid	92
2.3.3 Het toeval	93
3. De strafbare poging	94
3.1 Het begrip en de invoering van de strafbare poging	94
3.2 De onvoltooide poging	96
3.3 De voltooide poging	101
4. De strafbare deelneming	104
4.1 Het begrip en de soorten van strafbare deelneming	104

4.2	De deelneming door het geven van zijn toestemming	105
4.3	De deelneming door het geven van raad	106
4.4	De deelneming door het geven van een mandaat	110
4.5	De deelneming door het geven van een bevel	111
4.6	De deelneming door het verschaffen van hulp	111
5.	De strafuitsluitingsgronden	114
5.1	Het begrip en de indeling van de strafuitsluitingsgronden	114
5.2	Het wettelijke voorschrift en het overheidsbevel	114
5.3	De noodweer	116
5.4	De noodtoestand	118
5.5	De krankzinnigheid en aanverwante toestanden	119
5.6	De dwang of overmacht	121
5.7	De dwaling in rechte en in feite	122
5.8	De jeugdige leeftijd	123

Hoofdstuk 5. De straffen 125

1.	De functies van de straf	127
1.1	De vergelding voor het aangedane leed	127
1.2	De afschrikking	132
1.3	De verbetering van de misdadiger	134
1.4	De beveiliging van de maatschappij	138
2.	De verschillende straffen	139
2.1	De straffen in de late middeleeuwen en de nieuwe tijd	139
2.2	De straffen sinds de Franse Revolutie	141
3.	De ultieme sanctie. De doodstraf in de loop van de tijden	144
3.1	In Gods naam...	144
3.2	De doodstraf in vraag gesteld	147
3.3	Gewoon een kopje kleiner	151
3.4	Voor en tegen de doodstraf in de 19de eeuw	158
3.5	De getemperde doodstraf	168
3.6	De doodstraf in het Belgische parlement tussen 1830 en 1867	174
3.7	De theoretische dood (1868-1914)	192
3.8	Voor de verraders: de dood met de kogel (1914-1950)	203
3.9	Naar een wettelijke grondwettelijke afschaffing van de doodstraf	215
3.10	Samenvatting bij wijze van besluit	224

Hoofdstuk 6. Enkele misdrijven en hun bestraffing in het bijzonder 231

1.	“Gesleept, gehanghen ende begraeven ghelyck een beeste”	233
1.1	De criminalisering van de zelfmoord in de 14de tot de 17de eeuw	233
1.2	Een jurisprudentiële ommekeer in de 18de eeuw	236

1.3	De zaak-Duermael en de wettelijke decriminalisering van de zelfmoord	237
1.4	De invloed van de verlichte denkers	243
1.5	De secularisering van de waanzin	245
1.6	Het verhullen van de dood	246
1.7	De privatisering van de justitiële repressie	247
2.	Op de schok met de duivel. Heksenprocessen in Vlaanderen en Europa	250
2.1	Definitie van een heksenproces	250
2.2	Chronologie en geografie van de heksenprocessen	255
2.3	Heksenprocessen: vrouwenprocessen?	256
2.4	Op zoek naar een (sociologische) verklaring	258
2.5	De theorie getoetst aan de praktijk. Heksenprocessen in Olsene tussen 1661-1670	261
2.5.1	Twee tovenaars in Machelen: vader en zoon Dhondt	261
2.5.2	Joos Verpraet, tovenaars en weerwolf	262
2.5.3	Ook Maeyken de Smet danste op de tovenaarshoek	264
2.5.4	Elisabeth de Smet gaat in hongerstaking... en redt haar leven	265
2.5.5	Jacques van Steenbrugge verdedigt zich ten volle... maar wordt toch levenslang verbannen	266
2.5.6	Tanneken Viaene procedeert zich letterlijk en figuurlijk kapot	269
2.5.7	De laatste stuiptrekkingen. De processen van de zussen Dhanens	276
2.5.8	Hekserij: een multifunctioneel begrip	277
2.5.9	Enkele conclusies	298
3.	De pers voor het gerecht. Drukpersmisdrijven in de prille Belgische staat	299
3.1	Maatregelen ter beheersing van de pers tot 1830	299
3.2	De Belgische perswetgeving in een notendop	306
3.3	België boven	312
3.4	Democratie liefst met een kleine 'd'	318
3.5	Over de kerk geen kwaad woord	322
3.6	Van vieze plaatjes en schunnige teksten	326
3.7	Persoonlijke afrekeningen en andere vuile was	332
3.8	Vorsten hebben lange tenen	336
Hoofdstuk 7. De strafrechtspleging		345
1.	De strafrechtspleging in de 16de tot de 18de eeuw	347
1.1	De burgerlijke vordering voortvloeiend uit een misdrijf	347
1.2	De civiele en de criminele strafprocedure	348
1.3	Het verloop van een crimineel strafproces	351
1.3.1	Het voorbereidende onderzoek	351
1.3.2	De ondervraging van de verdachte en de regeling van de verdere procesgang	354

1.3.3	Het enkwest of het eigenlijke onderzoek	357
1.3.4	De ondervraging van de verdachte onder tortuur	359
1.3.5	Het eindvonnis en zijn executie	362
2.	De strafprocedure vanaf de Franse Revolutie	365
	Persoonsnamenregister	371
	Plaatsnamenregister	381

BEKNOPTE EN SELECTIEVE BIBLIOGRAFIE¹

- E. Aerts e.a. (eds.), *De centrale overheidsinstellingen van de Habsburgse Nederlanden (1482-1795)*, Brussel, 1995.
- E. Aerts en M. Wijnants (eds.), *Heksen in de Zuidelijke Nederlanden (16de-17de eeuw)*, Brussel, 1989.
- A. Allard, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Gent, 1878.
- E.J. Broers, *Beledigingszaken voor de Staatse Raad van Brabant 1586-1795*, Tilburg, 1996.
- R. Briggs, *Heksenwaan. De sociale en culturele geschiedenis van hekserij in Europa*, Kampen, 2000.
- J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Parijs, 2000.
- J.M. Carbasse, *La peine de mort (Collection 'Que sais-je?')*, Parijs, 2002.
- Y. Cartuyvels, *D'où vient le code pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle*, Parijs-Brussel, 1996.
- E. Costa, *La peine de mort: de Voltaire à Badinter*, Parijs, 2001.
- S. Christiaensen, *Tussen klassieke en moderne criminele politiek: leven en beleid van Jules Lejeune*, Leuven, 2004.
- J. Dauwe en J. Monballyu (eds.), *J. de Damhouder, Practycke ende handbouck in criminele zaeken, verchiert met zommeghe schoone figuren ende beilden ter materie dienende*, Anast. druk naar de editie Leuven 1555, Roeselare, 1981.
- M. Debaere, *De pers voor de jury. Persprocessen voor het Hof van Assisen van Brabant 1830-1847*, Licentiaatsverhandeling K.U.Leuven, 1987.
- B. De Ruyver, *De strafrechtelijke politiek gevoerd onder de socialistische Ministers van Justitie E. Vandervelde, P. Vermeylen en A. Vranckx*, Antwerpen, 1988.
- A. Desjardins, *Les cahiers des Etats généraux en 1789 et la législation criminelle*, Parijs, 1883.
- C. Devos, *Kindermoord in de provincie Brabant in de periode 1832-1900*, Licentiaatsverhandeling K.U.Leuven, 1986.
- G. Dupond, *Maagdenverleidsters, hoeren en speculanten. Prostitutie in Brugge tijdens de Bourgondische periode (1385-1515)*, Brugge, 1996.

1. Alleen boeken zijn opgenomen.

- L. Dupont, *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van de Belgische strafrechtsbedeling*, Antwerpen, 1979.
- M.S. Dupont-Bouchat, X. Rousseaux, G. Le Clercq, *La Belgique criminelle: droit, justice, société (XIV-XXe siècles)*, Louvain-la-Neuve, 2006.
- C. Fijnaut (ed.), *Gestalten uit het verleden. 32 voorgangers in de strafrechtswetenschappen, de strafrechtspleging en de criminologie*, Antwerpen, 1993.
- M. Foucault en F. Tulkens, *Généalogie de la défense sociale en Belgique, 1880-1914*, Brussel, 1988.
- A. Goossens, *Les inquisitions modernes dans les Pays-Bas méridionaux*, Brussel, 1997-1998.
- S. Heyvaert, *Twelve men good and true: een doorlichting van de juryrechtspraak aan het hof van assisen van Brabant tussen 1831-1850*, Licentiaatsverhandeling K.U. Leuven, 1988.
- E. Hubert, *La torture aux Pays-Bas autrichiens pendant le XVIIIe siècle*, Brussel, 1897.
- J. Imbert, *La peine de mort (Collection 'Que sais-je?')*, Parijs, 1995.
- A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit: XVIe-XVIIIe siècle*, Parijs, 1970.
- A. Laingui en A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Parijs, 1979-1980.
- P. Lascoumes, P. Poncela en P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du droit pénal*, Parijs, 1989.
- P. Lenders, *Vilain XIV*, Leuven, 1995.
- J. Monballyu (ed.), *Filips Wielant verzameld werk. I. Corte instructie in materie criminele*, Brussel, 1995.
- G. Macours, *Ne crimina impunita maneat. De 18de-eeuwse Frans-Nederlandse uitleveringspraktijk*, Kortrijk, 1996.
- L. Maes, *Vijf eeuwen stedelijk strafrecht. Bijdrage tot de rechts- en cultuurgeschiedenis der Nederlanden*, Antwerpen, 1947.
- R. Martinage en J.P. Royer (eds.), *Les destinées du jury criminel*, Rijsel, 1990.
- R. Martinage, *Histoire du droit pénal en Europe (Collection 'Que sais-je?')*, Parijs, 1998.
- W. Meeuwis, *De vierschaar. De criminele rechtspraak in het Oude Antwerpen*, Kapellen, 1992.
- P. Nefors, *Goswin de Fierlant en de problematiek van het gevangeniswezen, landloperij en bedelarij*, Licentiaatsverhandeling K.U. Leuven, 1987.
- A. Neys en T. Peters, *Tralies in de weg: het Belgische gevangeniswezen: historiek, balans en perspectieven*, Leuven, 1994.
- E. Pouillet, *Histoire du droit pénal dans le duché de Brabant, depuis l'avènement de Charles-Quint jusqu'à la réunion de la Belgique à la France, à la fin du XVIIIe siècle*, Brussel, 1867-1870.

- E. Poulet, *Histoire du droit pénal dans le duché de Brabant, en réponse à la question ... : Faire l'histoire du droit pénal dans le duché de Brabant, depuis l'avènement de Charles-Quint jusqu'à la réunion de la Belgique à la France, à la fin du XVIIIe*, Brussel, 1870.
- E. Poulet, *Essai sur l'histoire du droit criminel dans l'ancienne principauté de Liège*, Brussel, 1874.
- P. Poulet, *Les institutions françaises de 1795 à 1814: essai sur les origines des institutions belges contemporaines*, Parijs, 1907.
- W. Prevenier en B. Augustijn (eds.), *De gewestelijke en lokale overheidsinstellingen in Vlaanderen tot 1795*, Brussel, 1997.
- H. Remy, *Des principes généraux du Code pénal de 1791*, Parijs, 1910.
- E. Rogiers, *De juryrechtspraak in de provincie Brabant in de periode 1880-1900*, Licentiaatsverhandeling K.U.Leuven, 1985.
- P.F. Smets, *Le combat pour l'abolition de la peine de mort: Hugo, Koestler, Camus, d'autres: textes, prétextes et paratextes*, Brussel, 2003.
- S. Steylemans, *Risquons-tout: het proces van het republicanisme. Politieke processen voor de assisenhoven van Antwerpen en Brabant 1848-1849*, Licentiaatsverhandeling, K.U.Leuven, 1988.
- F. Stevens, F. Van Hemelrijck en K. Verachtert, *Vrijheid, gelijkheid of de dood. 1 oktober 1795. Brussel op een keerpunt*, Brussel, 1995.
- S. Top, *De historische Baekelandt en zijn bende in het volkslied en de literatuur: bijdrage tot de bronnenstudie van de Baekelandt-volkssage*, Doctoraalscriptie K.U. Leuven, 1974.
- M. Triest en L. Gils, *Met de duivel naar bed. Heksen in de lage landen*, Leuven, 2002.
- R.C. Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Brussel, 1954.
- R.C. Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Brussel, 1956.
- J. Van den Broeck, *De rechtsleer in de Zuidelijke Nederlanden tijdens de 18de eeuw (Iuris Scripta Historica, XV)*, Brussel, 2001.
- L. Vandekerckhove, *Van straffen gesproken. De bestraffing van de zelfdoding in het oude- Europa*, Tielt, 1985.
- M. van de Vrugt, *De criminele ordonnantiën van 1570. Enkele beschouwingen over de eerste strafrechtscodificatie in de Nederlanden*, Zutphen, 1978.
- F. Van Hemelryck, *De criminaliteit in de ammanie van Brussel van de late middeleeuwen tot het einde van het Ancien Régime (1404-1789)*, Brussel, 1981.
- F. Van Hemelryck, *Misdadigers tussen rechter en beul, 1400-1800*, Antwerpen-Amsterdam, 1984.
- F. Van Hemelryck, *Ellendelingen voor galg en rad, 1400-1800*, Antwerpen-Amsterdam, 1984.
- F. Van Hemelryck, *Het gevecht met de duivel. Heksen in Vlaanderen*, Leuven, 1999.

- F. Van Hemelryck, *Marginalen in de geschiedenis. Over beulen, joden, hoeren, zigeuners en andere zondebokken*, Leuven, 2004.
- C. Van Rhee, F. Stevens en E. Persoons (eds.), *Voortschrijdend procesrecht. Een historische verkenning*, Leuven, 2001.
- D. Van Ysacker, *Hekserij in Brugge. De magische leefwereld van een stadsbevolking 16de-17de eeuw*, Brugge, 1987.
- M. Vrolijk, *Recht door gratie. Gratie bij doodslagen en andere delicten in Vlaanderen, Holland en Zeeland (1531-1567)*, Hilversum, 2004.
- D. Weber, *Homo criminalis. Belgische parlementsleden over misdaad en strafrecht 1830-1940*, Brussel, 1996.



Hoofdstuk 1

INLEIDING



1. WAAROM EEN ‘GESCHIEDENIS’ VAN HET STRAFRECHT?

Dit handboek is opgevat als een cursustekst voor de studenten van de rechtsfaculteit van de K.U.Leuven die in het masterprogramma het keuzevak (straf)rechtsgeschiedenis volgen. Het is de neerslag van meer dan dertig jaar onderzoek en onderwijs in de strafrechtsgeschiedenis en de verrijkende discussies met vele generaties studenten tijdens en buiten de colleges of op het examen. Het hoopt te beantwoorden aan wat de Leuvense faculteit in de Rechtsgeleerdheid aan haar studenten in de rechten als academische vorming wenst aan te bieden.

Artikel 5 van het decreet van 12 juni 1991 betreffende de universiteiten in de Vlaamse gemeenschap bepaalde dat academisch onderwijs “het op het wetenschappelijk onderzoek gestoeld onderwijs is dat in zijn geheel bijdraagt tot de algemene menselijke vorming en voorbereidt op de zelfstandige beoefening van de wetenschap of toepassing van de wetenschappelijke kennis”. Om dat te verwezenlijken streeft de Leuvense rechtsfaculteit al jaren drie doelen na in haar onderwijs:

- Beginselenonderwijs. Hierbij ligt de klemtoon op de methodologische diepgang en wordt aangeleerd hoe de verschillende beginselen van het recht totstandkwamen en samen bijdragen tot concrete oplossingen.
- Het bevorderen van de zelfwerkzaamheid en zelfredzaamheid van de student. Dat geschiedt door hem te trainen in een aantal juridische vaardigheden, zoals het opsporen, vergaren en verwerken van rechtsbronnen, het opbouwen van een logische argumentatie, het kunnen beantwoorden van tegenargumenten en dat alles, zowel mondeling als schriftelijk, kunnen rapporteren. Daarnaast moeten algemene vaardigheden, zoals analytisch en synthetisch vermogen, inzicht, logisch en kritisch redeneren, het zoeken naar een praktische en liefst creatieve oplossing en besluitvaardigheid worden bijgebracht. Ten slotte moeten menselijke kwaliteiten zoals objectiviteit, loyaliteit, discretie, het kunnen omgaan met mensen en macht en motivatie, worden aangeleerd.
- Het ontwikkelen van een brede algemene ontwikkeling van de persoonlijkheid en van de kritische houding van de aanstaande jurist, wat gebeurt door het aanbieden van een brede, algemene multidisciplinaire vorming. In dat kader programmeert de faculteit Rechten een aantal metajuridische reflectievakken, zoals rechtsfilosofie, rechtssociologie, rechtsfilosofie, rechtstheorie, rechtseconomie en rechtsgeschiedenis, waarin het recht wordt benaderd als een sociaal verschijnsel. Hierbij wordt van de docent verwacht dat hij telkens wijst op de oorsprong en de historische context van een bepaalde regelgeving, op het beoogde evenwicht tussen de maatschappelijke belangen en op hun feitelijke draagwijdte.

Het vak rechtsgeschiedenis draagt bij tot het verwezenlijken van deze doelen. Het toont vooreerst, beter dan welk ander vak, aan dat het recht zich voortdurend vormt en wijzigt onder invloed van ideologische, politieke, sociaal-economische, culturele en andere factoren die in de maatschappij op een bepaald ogenblik overheersend zijn. Het recht is geen statisch, maar een dynamisch fenomeen. Het is een instrument waarmee rechtscheppende instanties van een verschillend niveau en karakter knelpunten in de samenleving proberen op te lossen. Naargelang die knelpunten of de opvattingen hier-

omtrent veranderen, wijzigt het recht. Belangrijk daarbij is dat men inziet dat het recht zelden of nooit een neutrale rol speelt bij het oplossen van die knelpunten. Nu eens dient het recht om in te gaan op gewenste maatschappelijke veranderingen, dan wordt het aangewend om bestaande instellingen en de daaraan ten grondslag liggende waardeoordelen tegen ondergravende maatschappelijke invloeden te beschermen. Kortom, het recht is een instrument tot verandering en behoud. Nu eens werkt het emancipatoir ter bevordering van de belangen van de maatschappelijk benadeelde groepen, dan weer conservatief ten voordele van de gevestigde belangen. De rechtsgeschiedenis toont dat ondubbelzinnig aan. Het besef dat er in het recht altijd bepaalde belangen worden nagestreefd, moet de jurist bij elke toepassing van het recht doen reflecteren over de redelijkheid en de billijkheid van de toegepaste rechtsregel. Rede en hart, verstand en gevoel, zijn de pijlers waarop elk menswaardig recht wordt gebouwd. Meestal leiden rede en hart samen tot een en dezelfde oplossing. Soms botsen gevoel en verstand en dan zal de jurist dikwijls moeten kiezen voor het gevoel boven de rede. De beroemde literator Pieter Corneliszoon Hooft (1581-1647), die rechten studeerde, drukte dat uit in zijn devies: "Niet zonder hoofd, nooit zonder hart."

De rechtsgeschiedenis draagt ten tweede bij tot de vorming van het juridische denkvermogen van de aanstaande jurist. Dat gebeurt vooreerst door het aanleren van of het verschaffen van een beter inzicht in vigerende rechtsregels en rechtsfiguren. Terzelfder tijd wordt er geoefend in de klassieke juridische redeneringen, zijnde de redeneringen *a contrario*, *a fortiori* en *per analogie*. Iedere rechtstoepassing is immers de toepassing van een norm uit het verleden in het heden met verantwoordingsplicht in de toekomst. Zonder rekening te houden met de historisch gevormde rechtsnorm, in een nabij of ver verleden, is geen rechtsbeoefening mogelijk. Een van de grote doelstellingen van het recht, namelijk rechtszekerheid, kan trouwens alleen bereikt worden door gebruik te maken van het verleden. Door het lezen en interpreteren van juridische teksten uit een andere tijd en soms in een andere taal kan de toekomstige en gediplomeerde jurist zijn rechtskundig begrippenarsenaal verfijnen en aanvoelen dat er voor éénzelfde probleem meerdere oplossingen mogelijk zijn. In die zin is rechtsgeschiedenis rechtsvergelijking in de diepte.

Ten slotte draagt de rechtsgeschiedenis bij tot de algemene culturele bagage van de jurist. Elke jurist moet, net zoals iedere andere intellectueel, een ruime cultuur bezitten: cultuur in verband met zijn vak, onder andere de geschiedenis ervan, cultuur rondom zijn vak, bijvoorbeeld kennis van de actuele politiek, en een brede, algemene cultuur. Tot deze algemene cultuur behoort zeker de geschiedenis van het volk waarin hij leeft en werkt. Via de rechtsgeschiedenis, die een deel is van de algemene geschiedenis, maakt hij kennis met deze geschiedenis. Hij leert er hoe economische, sociale, politieke, intellectuele en culturele factoren de vroegere maatschappij beïnvloedden, wat de waarde is van de producten (kunstvoorwerpen, huizen, fabrieken, documenten) die de vroegere tijden hebben nagelaten en hoe het beschavingsproces uiteindelijk heeft plaatsgevonden. Hij die alleen de techniek van het huidige recht kent, kan zich wellicht een master in de rechten noemen, maar geen jurist en zeker geen academische jurist. Wie het recht om het recht beoefent, is slechts een geraffineerde vakidiot aan wie de echte universitaire vorming is voorbijgegaan.

2. RECHTSGESCHIEDENIS: EEN ONMOGELIJK VAK?

Rechtsgeschiedenis is een deel van de geschiedenis. Het woord ‘geschiedenis’ gebruiken wij in een dubbele betekenis. Het betekent zowel wat geschied is (wat gebeurde in het verleden) als de weergave daarvan in de geschiedschrijving en de beleving daarvan door de lezer van dit geschiedverhaal. In zijn tweede betekenis is ‘geschiedenis’ dus de kennis van het verleden die door (wetenschappelijk) onderzoek werd verworven: wat de Grieken ‘historia’ noemden. In die tweede betekenis gaat de ‘geschiedenis’ ervan uit dat de historicus de gebeurtenissen van het verleden kan achterhalen en deze in een verhaal aan de moderne lezer kan meedelen. ‘Geschiedenis’ is dan de brug tussen het verleden en het heden.

Deze laatste stelling is op zichzelf problematisch. Tussen de werkelijkheid in het verleden en de mens die daarop terugblijkt (de lezer van het geschiedverhaal) zijn er immers meerdere filters geplaatst die niet alle licht doorlaten en bovendien het beeld kunnen vervormen. Dat komt vooreerst omdat het verleden ons alleen kenbaar is door wat datzelfde verleden ons heeft nagelaten. Zijn er geen bronnen, dan kan men over bepaalde feiten uit het verleden niets vertellen. Deze (ken)bronnen zijn ten tweede soms zeer partijdig. Ze zijn dikwijls niet opgesteld om als een objectief getuigenis voor de toekomst te gelden. Integendeel, sommige bronnen, zoals memoires of heldenverhalen, willen soms doelbewust de geschiedenis vervalsen en bepaalde mythen scheppen. Ten derde is het beeld dat de geschiedschrijver presenteert, bewust of onbewust, beïnvloed door zijn individuele of maatschappelijke vooroordelen of zijn subjectiviteit: een historicus kan zich nooit aan zijn eigen haren uit het moeras van de eigen tijdgeest trekken. En ten slotte garandeert niets dat de indruk die de lezer krijgt uit het door de geschiedschrijver opgestelde verhaal, in overeenstemming is met het beeld dat de historicus voor ogen stond. De brug tussen het verleden en het heden is dus heel wankel.

Maar rechtsgeschiedenis is niet zomaar geschiedenis. Het is de geschiedenis van iets, namelijk van het ‘recht’. Nu weet elke eerstejaarsstudent in de rechten al dat het woord ‘recht’ op zichzelf een veelvuldig begrip is dat zo goed als niet te omschrijven is. In zijn eenvoudigste (objectieve) vorm wordt het recht door de juristen omschreven als: “het geheel van regels dat door één of andere overheid is opgelegd”. Daaronder vallen dan de abstracte normen of de gedragsregels die door wetgevers of rechtsgeleerden uit het verleden zijn vastgesteld en in boeken zijn opgetekend (‘library law’), maar ook de concrete (rechts)praktijk van de vroegere hogere en lagere rechtbanken en van andere rechtstoepassers, zoals de notarissen en ambtenaren (‘law in action’). Al deze rechtspractici hebben duizenden kilometers archieven achtergelaten, die allemaal zouden moeten worden nagegaan wil men een duidelijk beeld hebben van het oude recht. In de praktijk is dat onmogelijk.

Met dat alles is alleen het, zeer ruime, ‘object’ van de rechtsgeschiedenis omschreven, namelijk ‘het recht in het verleden’. Maar er is meer. De activiteit van de rechtshisto-

ricus of het subject van de rechtsgeschiedenis levert ook problemen op. Deze activiteit bestaat uit het, op een wetenschappelijke wijze, verwerven van kennis van het recht in het verleden door dit recht systematisch te registreren, te ordenen, te beschrijven, te begrijpen en te verklaren. De eerste drie activiteiten (registreren, ordenen en beschrijven) zijn voor elk van de drie deelsectoren van de rechtsgeschiedenis (norm, praktijk en idee) vrij duidelijk. Zij komen overeen met die descriptieve taak die de meeste moderne rechtswetenschappers zich (maar) voor het geldende recht toemeten. Maar ware kennis omvat ook een verklaring. Na een antwoord op de vraag van ‘het hoe’ vergt een meer volwassen stadium van de wetenschap ook een oplossing voor de vraag van ‘het waarom’. Hierbij kan niet worden stilgestaan bij het presenteren van het recht als een op zichzelf staand logisch systeem, te vinden in (wet)boeken en rechterlijke beslissingen, los van de maatschappelijke context. De ware rechtsgeschiedenis schetst het recht van het verleden tegen de achtergrond van de toenmalige maatschappij en cultuur, of beter: toont de interdependentie aan van het recht met politieke, sociale, economische, ideële, culturele en andere maatschappelijke factoren.

Bij dat alles mag men niet vergeten dat rechtsgeschiedenis zelf een vorm is van de historie of de geschiedenis in de tweede betekenis. Deze wetenschap van de geschiedenis heeft nu haar eigen opdracht die zich kenmerkt doordat deze wetenschap zich niet alleen bezighoudt met het feitelijke van een bepaalde maatschappij, maar ook met het element verandering in die maatschappij. Het dynamische aspect van het verleden, ‘hoe het geworden is’, krijgt in de moderne geschiedschrijving evenveel of soms meer aandacht dan het statische aspect van het verleden of ‘hoe het eens was’. Rechtsgeschiedenis veronderstelt dus aandacht voor de verandering of de beweging van het recht, en deze ontwikkelingsgang moet, voor zover dat mogelijk is, in zijn totale maatschappelijke context worden gesitueerd. Terecht stellen sommigen zich de vraag of deze opdracht geen al te zware, om niet te zeggen een onmogelijke opgave is.

3. DE ZIN VAN DE RECHTSGESCHIEDENIS

Over de (on)zin van de rechtsgeschiedenis is al veel geschreven. Grosso modo zijn hierin vier strekkingen te onderscheiden. Er is vooreerst het standpunt dat de rechtsgeschiedenis enkel wordt beoefend ter wille van de ‘weten’-schap, om te voldoen aan een aan de mens ingeboren onlesbare kennisdorst. Rechtsgeschiedenis dient zich dan aan als een weten om te weten of een ‘l’art pour l’art’. Deze stelling laat toe om de student in de rechten lastig te vallen met allerlei ‘wetenswaardigheden’ of ‘rariteiten’ uit het verleden die het gevoel voor de relativiteit van het vigerende recht eerder smoren dan bevorderen.

Een mooi voorbeeld van een dergelijke wetenswaardigheid is de in Frankrijk alom bekende liefdesgeschiedenis van Abélard en Héloïse. Pierre Abélard (1079-1142), afkomstig uit de streek van Nantes, was in Parijs een zeer geprezen leraar die voor zijn onderwijs jongeren aantrok uit heel Europa. In 1118 werd hij verliefd op de wondermooie Héloïse (1101-1164), het nichtje van een kanunnik van de Notre-

Dame van Parijs. Nadat hij bij haar een buitenhuwelijks kind had verwekt, besloten de verliefden te huwen. Op voorstel van Héloïse deden zij dat in het geheim om de carrière van Abélard niet te schaden. Het huwelijk raakte toch bekend en Héloïse vluchtte met haar kind naar een klooster. Haar familieleden konden de schande niet verwerken en wreekten zich op Abélard door hem het lichaamsdeel af te snijden “waarmee hij de feiten had begaan waarover ze zich beklaagden”. Er restte Abélard niets anders dan zelf in een klooster binnen te treden. Na moeilijkheden met zijn oversten werd hij verbannen naar Nogent-sur-Seine, waar hij onder de naam Paraclet een nieuwe abdij stichtte. Intussen was Héloïse zelf abdis geworden van een klooster in Argenteuil. Toen zij dit klooster in 1129 moest verlaten, bood Abélard haar zijn abdij aan. Na meer dan tien jaar scheiding zagen zij elkaar terug. Bij Héloïse ontvlamde onmiddellijk opnieuw de liefde... die Abélard spijtig genoeg niet meer kon beantwoorden. Noodgedwongen moest hij zich nog alleen met onderwijs bezighouden. Na zijn overlijden in 1142 liet Héloïse hem in Paraclet begraven. Twintig jaar later stierf ze zelf en werd ze in hetzelfde graf begraven. De Franse revolutionairen brachten beiden over naar Parijs, waar zij werden begraven op het kerkhof van Père-Lachaise. Nu nog is het daar een van de meest bezochte graven.

Tegen de rechtsgeschiedenis als een opstapeling van wetenswaardigheden reageert een tweede strekking, die verkondigt dat de rechtsgeschiedenis moet bijdragen tot het inzicht in de maatschappelijke en politieke problemen van onze tegenwoordige tijd. Als onderwijsvak heeft de rechtsgeschiedenis dan de volgende doelstellingen:

- rechtsgeschiedenis draagt bij tot het inzicht in nu geldende rechtsregels en rechtsfiguren;
- rechtsgeschiedenis is goed voor de vorming van het juridische denkvermogen van de (toekomstige) jurist door het aanleren van juridische begrippen en het interpreteren van allerlei rechtsteksten;
- rechtsgeschiedenis toont, net zoals de rechtsvergelijking, de relativiteit van het nu geldende recht aan. Zij doet inzien dat de oplossing van een aantal juridische problemen ook anders kan of meestal op dezelfde wijze gebeurt.

Een derde strekking gaat iets verder. Rechtsgeschiedenis is niet alleen een middel om zich in het heden te oriënteren, maar ook een vak dat ons normen moet verschaffen voor ons hedendaags handelen. Deze (politiek-)pedagogische opvatting legt er de nadruk op dat men uit het verleden ‘lessen voor het heden’ kan trekken. Zo moet de studie van het ontstaan van de westerse, democratische rechtstaat ons behoeden voor de uitwassen van een politiestaat, zoals deze in Duitsland vanaf 1933. De geschiedenis van de heksenprocessen en Jodenvervolgingen moeten ons behoeden voor een ‘zijnsstrafrecht’ en een te sterk afbouwen van de vrije meningsuiting. Geschiedkundige kennis moet in dat kader directe gevolgen hebben voor de toekomst: de fouten moeten hersteld en voor de toekomst vermeden worden. Deze pedagogische houding kan nuttig zijn, maar is niet zonder gevaar. Zonder het soms zelf te beseffen laat de rechtshistoricus zich hierbij leiden door zijn eigen politieke, religieuze, sociaal-economische of andere subjectieve waarden. Meestal treedt hij hierbij zeer belerend op.

Een laatste en vierde strekking stelt ten slotte radicaal dat de geschiedschrijving in dienst moet staan van ‘de politieke revolutie naar meer sociale gelijkheid tussen de burgers’. Het beoefenen van de geschiedenis is dan alleen zinvol indien zij bijdraagt tot de sociale emancipatie, tot de bevrijding van koloniale onderdrukking, tot de overwinning van het proletariaat en meer algemeen tot het realiseren van een meer sociaal rechtvaardige maatschappij. Deze strekking is marxistisch geïnspireerd. Zij kenmerkt zich niet in de eerste plaats door uit te gaan van een ideologisch standpunt (want dat doet iedereen, zij het soms onbewust), maar door de explicitering van haar uitgangspunt en de keuze van haar doel. Bewust streeft zij naar een bewustwording van eigen waarden, tot mondigheid, tot bevrijding van knellende banden van het verleden, tot gelijkberechtiging van allen die van de samenleving deel uitmaken. Emancipatie vooral dus van degenen die onderworpen waren aan de heerschappij – materieel, intellectueel – van de cultuurdragers in het verleden. Deze visie van de geschiedschrijving is dus machtsgeoriënteerd. De geschiedenis van de instellingen wordt er beschreven in termen van machtsuitoefening van bovenuit, als vormen van controle, disciplineren en beheersing van de lagere klassen. Hoewel deze strekking soms zeer interessante ideeën oplevert, moet er zeer zorgvuldig mee worden omgaan.

4. EEN GESCHIEDENIS VAN HET ‘STRAFRECHT’

In de college-uren die aan het vak rechtsgeschiedenis in het mastercurriculum zijn toegemeten, is het uiteraard onmogelijk om een, zelfs maar summier overzicht te geven van de historische context van het volledige vigerende recht. ‘Ratione temporis’ dringt zich dus een selectie op. Om de bovengenoemde doelstellingen te realiseren is het bovendien niet noodzakelijk om de historische wortels van alle moderne rechtsinstellingen uiteen te zetten. In een academische opleiding is het bijbrengen van een geesteshouding en een methode van wetenschapsbeoefening veel belangrijker dan het massaal overdragen van nieuwe resultaten van die wetenschapsbeoefening.

Op grond hiervan beperken wij ons hier dan ook tot slechts één thema, namelijk de ontwikkeling van het Belgische strafrecht gedurende zes eeuwen, van 1400 tot 2000. ‘Strafrecht’ wordt hier begrepen in zijn ruime betekenis (materieel en formeel strafrecht). Criminologische en historische verklaringen worden als achtergrond meegegeven. Met ‘België’ bedoelen wij het huidige België, zijnde de regio die tijdens de Franse en later Belgische Revolutie tot een eenheid groeide uit de vroegere Zuidelijke Nederlanden en het prinsbisdom Luik. Nu en dan zal er verwezen worden naar de gelijktijdige evolutie in het naburige Frankrijk. De keuze is niet toevallig. Tussen het Franse en het Belgische recht bestaat er tot op de dag van vandaag een nauwe juridische verwantschap. Het Franse recht rond 1800 kende bovendien bij ons maar ook op andere plaatsen in Europa en de rest van de wereld een dergelijke uitstraling dat het als het ware gold als een Europees ‘ius commune’.

Het ‘publieke’ strafrecht, zijnde een strafrecht dat in handen is van de overheid en niet meer van het slachtoffer of zijn familie, was in onze gewesten vanaf 1500 definitief

doorgedrongen. In de ontwikkeling van het strafrecht vanaf die datum kan men globaal drie periodes onderscheiden:

- De periode van 1500 tot de Franse Revolutie. Het strafrecht was in deze periode gebaseerd op traditie, religie en autoriteit en functioneerde hierdoor als een handig instrument in handen van de monarchie of zijn vertegenwoordigers. De straffen waren gekenmerkt door openbaarheid en een gerichtheid op het lichaam, wat resulteerde in wrede en theatrale executies. Men kende toen al een volwaardig schuldstrafrecht met enkele reminiscenties van de middeleeuwse gevolgsaansprakelijkheid. Vanaf circa 1750 kwam er overal in Europa reactie tegen dit strafrecht. Onder invloed van de verlichting en de door haar gepropageerde, rationele wetenschapsmethode pleitten meerdere rechtsgeleerden en filosofen voor een nieuw strafrecht en een nieuwe (straf)rechtelijke organisatie. Zij formuleerden daarbij een aantal algemene beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling, die ook nu nog gelden, zoals het legaliteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het personaliteitsbeginsel, het publiciteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.
- Vanaf de Franse Revolutie tot 1880. Op basis van de verlichte beginselen zorgden de Franse revolutionairen voor de uitbouw van een nieuw strafrechtstelsel dat humaniteit hoog in zijn vaandel droeg. De Franse strafwetboeken van 1791 en 1810 en het Belgische strafwetboek van 1867 namen deze beginselen over, maar behartigden uiteindelijk de belangen van de (aan de macht zijnde) liberale burgerij. De verlichting versterkte ook het schuldstrafrecht. Nog meer dan vroeger werd de maatschappij gezien als een gemeenschap van vrije, rationele en gelijke burgers die men ten volle verantwoordelijk kon stellen voor hun daden of nalatigheden. Wie een misdrijf pleegde, handelde uit vrije wil en was daarom verantwoordelijk. Als redelijk wezen dat in staat was om steeds zijn profijt te zoeken en daarom de strafbare gedragingen te vermijden (“homo economicus”), was hij schuldig van zodra hij een misdrijf pleegde en moest hij hiervoor boeten. Eenmaal zijn straf beëindigd, keerde hij, bevrijd van elke morele smet, terug in de samenleving. Schuld en boete liggen dan ook aan de basis van alle 19de-eeuwse strafrechtcodificaties, met inbegrip van het Belgische strafwetboek van 1867 en de 19de-eeuwse strafrechtspraktijk.
- De periode vanaf circa 1880 tot heden. Vanaf circa 1870 kantelde dit mensbeeld. In plaats van een gemeenschap van vrije, rationele en gelijke burgers beschreven de nieuwe wetenschappen de maatschappij steeds nadrukkelijker als een ‘organisme’ met zwakke en sterke schakels. In dat kader ontwikkelde zich vanaf 1880 de notie van de ‘crimineel’, zijnde de gedegenereerde, geperverteerde persoonlijkheid uit de onderste laag van de samenleving die voortdurend ingaat tegen de elementaire regels van die samenleving en die zich als dusdanig afzet tegenover de normale burger. Het gevolg hiervan was dat men criminaliteit niet langer bekeek als een gevolg van een vrije keuze en verantwoordelijkheid, maar als een symptoom van een aangeboren of aangeleerde ‘criminele persoonlijkheid’. Tegenover deze ‘homo criminalis’ was het spel van schuld en boete zinloos. De gedegenereerde crimineel moest psychiatrisch worden behandeld, en indien dat niet hielp, definitief worden weggeborgen.

Deze nieuwe opvatting leidde vanaf circa 1880 tot een positiefwetenschappelijke benadering van de crimineel, een toenemende invloed van de staat op het individuele gedrag, een evolutie van formalistische vergeldingsstraffen naar meer individueel aangepaste, utilitaire doelstraffen, kortom: tot het ontstaan van de gedachte van het sociale verweer. De voorstanders van deze strekking konden het Belgische parlement niet overtuigen om een nieuw strafwetboek in te voeren. Zij lagen wel aan de oorsprong van een aantal heel belangrijke aanvullende wetten die een nieuwe repressie organiseerden waarin de gevaarlijkheid van de dader centraal stond en de eeuwenoude repressie gebaseerd op schuld en boete werd doorkruist. In het kader van de uitbouw van de sociale rechtsstaat ontwikkelde zich daarnaast een afzonderlijk ordenings- of regelingsstrafrecht. Dit strafrecht had het niet meer gemunt op het redelijke, vrije individu of de sociaal of psychologisch onmachtige, maar op de mens als speler van bijzondere sociale rollen die zich als 'homo sociologicus' diende te conformeren aan de bij de rollen horende verwachtingspatronen. Het ging daarbij niet meer om het aan de kaak stellen van een bepaalde daad, niet meer om het verbeteren van een bepaalde dader, maar om het bereiken van een bepaalde wenselijke toestand. Het gevolg van dat alles is dat ons moderne strafrecht niet één, maar drie gezichten heeft.

Bij de bespreking van het strafrecht tussen de 15de en 20ste eeuw zullen wij rekening houden met deze evolutie en proberen een goed evenwicht te vinden tussen een beschrijving van het strafrecht in zijn juridische techniciteit en een uiteenzetting over het waarom van het ontstaan, de bloei en het verval van deze rechtsregels. Wij starten met een selectieve en beredeneerde bibliografie waarin alleen boeken worden vermeld. Daarna volgen wij de klassieke indeling van het hedendaagse strafrecht, namelijk de bronnen van het strafrecht, de strafrechtelijke organisatie, de misdrijven, de straffen, enkele misdrijven en hun bestraffing in het bijzonder en de strafrechtspleging. Veel vragen zullen onopgelost blijven. Zij mogen een uitdaging vormen om zich verder te verdiepen in de strafrechtsgeschiedenis en de rechtsgeschiedenis in het algemeen.

5. DE 'GROTE' VERKLARINGSTHEORIEËN VAN DE STRAFRECHTSGESCHIEDENIS

5.1 Het belang en het uitgangspunt van de verschillende theorieën

Om tot een passende verklaring te komen voor de feiten uit het verleden houdt de (rechts)historicus, bewust of onbewust, rekening met allerlei theorieën, modellen of systemen. Deze helpen hem om doorheen de massa van feiten en details logische eenheden te vinden en zetten hem aan tot het stellen van nieuwe vragen. Maar de aanwending van deze theorieën is niet zonder gevaar. Meer bepaald geven zij de rechtshistoricus de illusie van comfort waardoor hij de indruk krijgt dat alle feiten vlot te plaatsen zijn en alle ontdekkingen te herleiden zijn tot bevestigingen of tot bewijzen van die theorieën. Een dergelijk wetenschappelijk standpunt houdt het risico in dat men er niet meer toe komt om een omgekeerde beweging te maken, namelijk dat men ervoor be-

dankt om door voortgezet arbeidsintensief empirisch (archieff)werk de bestaande theorieën of uitgangspunten te blijven toetsen of te ondergraven. Een goede rechtshistoricus houdt dus rekening met alle geformuleerde theorieën, maar blijft vraagtekens plaatsen bij historische evidenties of verworvenheden, en laat zo nodig zijn historisch materiaal spreken tegen alle theorieën in.

Over de ontwikkeling van het strafrecht in Europa en in de rest van de wereld in de bestudeerde periode bestaan er meerdere verklaring modellen. Het uitgangspunt daarbij is telkens dat er zich overal in Europa (en zijn talrijke kolonies) in de overgang van de 17de naar de 19de eeuw een zeer belangrijke verandering heeft voorgedaan in de bestraffing van onmaatschappelijk gedrag. In de middeleeuwen en de nieuwe tijd werd dit gedrag hoofdzakelijk bestraft met sancties die wij nu zonder meer wreed, barbaars of zelfs sadistisch noemen. Het afbranden van het hoofdhaar, de geseling, het brandmerken, het afsnijden of afslaan van bepaalde ledematen, het ophangen, radbraken, verbranden, vierdelen en andere lijf- of doodstraffen, werden tot diep in de 18de eeuw toegepast in het openbaar, en liefst in aanwezigheid van zoveel mogelijk volk. Zelfs het gerechtelijk onderzoek ging in die tijd gepaard met lichamelijk leed, zoals de geketende opsluiting in koude en smerige gevangenissen en de ondervraging onder tortuur. In de 19de eeuw waren de meeste van die maatregelen ‘aan den lijve’ zo goed als overal verdwenen en vervangen door gevangenisstraffen en geldboeten. Waar de doodstraf nog bleef bestaan, werd zij zo vlug mogelijk en in aanwezigheid van zo weinig mogelijk personen uitgevoerd. Met deze fundamentele verandering hebben zich sindsdien tal van filosofen, sociologen en historici beziggehouden. Zij formuleerden daarbij de meest diverse opvattingen, die wij schematisch in vier groepen kunnen klasseren.¹

5.2 De rationalistische verklaringstheorieën

Onder invloed van het vooruitgangsgeloof van de verlichting stelden de meeste 19de-eeuwse geschiedschrijvers dat de ‘wrede’ straffen en folteringen in de middeleeuwen en de nieuwe tijd een gevolg waren van de grote emotionaliteit en het (bij)geloof die toen nog bestonden bij veel mensen. De rationalisatie en de secularisatie in de 19de eeuw was volgens deze historici een grote stap voorwaarts in de menselijke beschaving en haar streven naar een rechtvaardigere en humanere samenleving. Een aantal ‘verlichte’ denkers in de tweede helft van de 18de eeuw, zoals Montesquieu, Voltaire en de Servan in Frankrijk, Beccaria en Filangieri in Italië, Howard, Romilly, Mackintosh en Bentam in Engeland en von Sonnenfels in Oostenrijk, hebben volgens hen de Europese wetgevers van het einde van de 18de en de 19de eeuw ervan overtuigd dat criminelen menselijk moesten worden behandeld, dat het volk van de executies moest worden weggehouden en dat de arbitraire wreedheid moest worden vervangen door

1. Een goede samenvatting van de verschillende theorieën is te vinden bij D. Garland, *Punishment and the Modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford, 1990, en bij R.J. Evans, *Rituals of retribution. The capital punishment in Germany, 1600-1967*, Oxford, 1996, 1-24.

een rationele aanpak waar geen plaats meer was voor fysieke wreedheid. In deze rationalistische visie wordt de geschiedenis van het strafrecht dan zo beschreven en geconstrueerd dat men er een permanente ontwikkeling kan waarnemen van slecht naar goed en van goed naar beter. Vroeger zou vooral wreedheid, willekeur en rechtsonzekerheid hebben geheerst, terwijl de hedendaagse behandeling van misdadigers bovenal, en zonder enige discussie, mild, matig en humaan wordt voorgesteld.

Deze naïeve, zelfgenoegzame, eurocentrische en zelfs nationalistisch getinte² geschiedschrijving staat haaks op een kritische en dus wetenschappelijke houding tegenover het toen geldende strafstelsel. Bij de weergave van de zogenaamde primitieve fase steunt zij bovendien doorgaans op historische roddelpraat in plaats van op verantwoord historisch onderzoek. Spijtig genoeg is zij niet alleen bij vele moderne juristen, maar ook bij sommige hedendaagse strafrechtshistorici terug te vinden. Intussen is nochtans al herhaaldelijk aangetoond dat de historische evolutie een product is, niet alleen van de menselijke geest, maar ook van de onderliggende materiële ontwikkeling en dat een vooruitgang in de tijd, niet altijd een verbetering inhoudt. De rationalistische visie kreeg trouwens harde klappen te verduren in de 20ste eeuw toen meerdere autoritaire regimes, te beginnen met die van het revolutionaire Rusland en gevolgd door die van nazi-Duitsland, Vietnam, Cambodja, Irak, Chili, Servië, Roemenië en zelfs de Verenigde Staten, bij hun justitiële repressie allerlei fysieke straffen gebruikten, eerst tegen vreemdelingen, maar ook nadien tegen hun eigen inwoners, en dat op een schaal en met een raffinement die de praktijk van de middeleeuwen en de nieuwe tijd verre overtreffen. Het volstaat daarbij niet te poneren dat al deze voorbeelden uitingen waren van een tijdelijk terugvallen in een middeleeuws barbaarendom of geïnspireerd waren door geseclariseerde religies zoals het communisme of het fascisme. Ook in staten waar dergelijke totalitaire regimes niet aan de macht kwamen, vindt men immers praktijken van buitenmatig fysieke straffen. Zo kan de blijvende toepassing van de doodstraf in de Verenigde Staten van Amerika maar moeilijk worden omschreven als een, met 'onze' volwassen kijk op de zaken tegengestelde, irrationele spontaneïteit van de Amerikanen. En ook in onze eigen Belgische geschiedenis zijn sporen te vinden van ongebreideld fysiek geweld uitgaande van de justitiële repressie, zoals het ongemeen harde optreden van de politie en het leger tijdens de werkstakingen in 1893-1896 en de justitiële repressie na de Tweede Wereldoorlog tegen de collaborateurs.

Onder de rationalistische visie zijn ook de opvattingen van de socioloog Max Weber (1864-1920) te klasseren, die veel invloed had op de geschiedschrijving, en meer specifiek op de geschiedenis van het strafrecht. In zijn verschillende werken verdedigde hij onder meer de stelling dat de magisch-religieuze wereldbeschouwing, waarin alles vanuit bovennatuurlijke criteria werd beoordeeld, vanaf 1500 geleidelijk werd vervangen door een natuurwetenschappelijke-technologische wereldbeschouwing waarin de mens centraal stond. De belangrijkste gevolgen van het doordringen van deze secula-

2. De Nederlanders zouden bijvoorbeeld nog milder hebben gestraft dan de Belgen, Fransen of Duitsers!

risatie waren het feit dat de mensen steeds minder vertrouwen hadden in bovennatuurlijke elementen en de kerk voortdurend macht verloor.

5.3 De Germaanse school

Een aantal rechtshistorici wees er al vrij vroeg op dat de straffen in het oude Europa verre van organisch, spontaan en direct, maar in hoge mate geformaliseerd en zelfs geritualiseerd waren. Dat inspireerde een aantal Duitse rechtshistorici, zoals Karl von Amira (1848-1930) en Bernard Rehfelt (1902-1968), tot een nieuwe verklaringstheorie. Steunend op de (Duitse) volkskunde die in de 19de eeuw sterk nationalistisch was gekleurd, stelden zij dat de aloude middeleeuwse straffen een uitdrukking waren van de eeuwenoude Germaanse volksaard of volksziel. Zo was de doodstraf volgens von Amira een van de middelen waarmee de Germaanse stammen hun raszuiverheid in stand wisten te houden. Personen die onzuiver van ras of gedegenereerd waren, werden in het belang van de meerderheid ritueel opgeofferd aan de Germaanse god die door het misdrijf was vertoerd. De vuurdood was in die zin een zoenoffer voor de vuurgod en de ophanging een zoenoffer voor de windgod Wodan. De Germaanse gewonterechten zouden dan, ondanks het christendom en de receptie van het Romeinse recht, deze rituelen hebben overgenomen. Hans von Henting voegde eraan toe dat de criminaliteit sociobiologisch of genetisch bepaald was. Bepaalde volkerengroepen (zoals de Slaven) zouden meer geneigd geweest zijn tot criminaliteit dan andere. Het spreekt vanzelf dat deze theorieën veel succes hadden bij de nazi's en hun geestesgenoten. Het doden van krankzinnigen, zigeuners, Joden en andere raciaal ongewenste personen werd aldus gerechtvaardigd.

Deze Germaanse interpretatie van de strafrechtsgeschiedenis vond nochtans geen enkele steun in de historische bronnen. Vrij vlug was het duidelijk dat het om een 'Hineininterpretierung' ging of een aanpassen van de historische feiten aan de actuele politieke situaties. Buiten Duitsland had de Germaanse school maar weinig succes. Na de Tweede Wereldoorlog werden de thema's die de nazistische geschiedschrijving bij voorkeur had behandeld, zoals de hekserij, lange tijd gemeden uit vrees voor verdenking van nazistische sympathieën.

5.4 De dwang- of machtstheorieën

Onder de dwang- of machtstheorieën verstaat men het geheel van opvattingen die onder invloed van het marxisme poneren dat het strafrecht een handig instrument was (en is) in handen van een kleine sociaal-economische elite die hiermee haar eigen belangen beschermde. Meer bepaald wordt de ontwikkeling van de strafrechtsbedeling er beschreven in termen van machtsuitoefening of vormen van controle, disciplineren en beheersing van bovenuit. Vanuit deze visie wordt historisch onderzoek verricht op macro- en microniveau.

Zij die het dichtst aansluiten bij een marxistisch schema, beschrijven de strafrechtsbedeling als de uitbouw van een staatsapparaat ter controle van zowel sociale conflicten

als van elk individueel afwijkend gedrag. De strafrechtsbedeling wordt er vanuit macroniveau gezien als een onderdeel van een ruim beheersingssysteem waarvan ook sociale en economische mechanismen deel uitmaken, zoals onderwijs, huisvesting en de volkshygiëne. Het strafrecht, de instellingen voor maatschappelijke beveiliging en de bestraffing zijn er instrumenten van de ‘ene’, bezittende klasse om de ‘andere’, bezitloze klasse te onderdrukken. De straffen dienen alleen de belangen van de heersende groep(en).

Een typisch voorbeeld hiervan is de studie *Punishment and social structure* uit 1939 van Georg Rusche en Otto Kirchheimer. In dat werk proberen de auteurs de veranderingen in het straffen van misdadigers over lange termijn uit te leggen aan de hand van sociaal-economische ontwikkelingen. Zij stellen daarbij uitdrukkelijk dat menslievende gevoelens hierbij geen enkele belangrijke rol speelden. Met humane verhalen werden alleen de ware economische drijfveren verdoezeld. In de middeleeuwen werden de conflicten tussen personen aanvankelijk tussen henzelf geregeld met private wraak of de afkoop ervan met een geldsom. Met de opkomst van de moderne staat vanaf de 14de eeuw kwam hierin verandering. Het private karakter van het strafrecht werd omgezet in een instrument tot dominantie. De plaatselijke heren en centrale vorsten wilden hun macht steeds verder uitbreiden en voerden het begrip ‘openbare vrede’ in. Zij straffen daarbij diegenen die hierop een inbreuk maakten met een geldsom of een vervangende lijfstraf. Daar nu het grootste gedeelte van de bevolking in armoede leefde en niet kon betalen, werden de fysieke straffen (geseling, brandmerk, verminking, doodstraf) uiteindelijk de meest voorkomende straffen, die ter afschrikking liefst in het publiek werden uitgevoerd. In een tijd dat er grote werkloosheid was, werd doelbewust gekozen voor een strafpolitiek die min of meer neerkwam op een soort genocide: “As the price for labor decreased, the value set on human life became smaller and smaller. The hard struggle for existence moulded the penal system in such a way as to make it one of the means of preventing too great an increase of population.”

In de mercantilistische periode vanaf de 16de eeuw was er een tekort aan arbeidskrachten voor de manufacturen. Daarom werden de lijfstraffen vervangen door dwangarbeid op galeischepen, in kolonies of in fabrieksmatige ‘correctiehuizen’ zoals de rasp- en spinhuizen in Holland, de ‘Bridewells’ in Engeland en de ‘Hôpitaux Généraux’ in Frankrijk. De verwording van deze werkhuisen tot doelloze opbergplaatsen voor allerlei sociale onaangepasten en de latere opkomst van de cellulaire gevangenis in de tweede helft van de 19de eeuw, verbonden Rusche en Kirchheimer aan de vrije (arbeids)markt en het arbeidsoverschot binnen het kapitalistische, industriële productiesysteem. Door de industrialisatie had men plots veel minder arbeidskrachten nodig en viel meteen de economische fundering van de vroegere correctiehuizen weg. Fabrieksbazen en werkloze arbeiders beschouwden gevangenisarbeid nu als een oneerlijke concurrentie. Gevangenisarbeid viel bovendien zelf steeds moeilijker winstgevend te exploiteren. Dat leidde tot een hervorming van het gevangeniswezen, waarin de nieuwe cellulaire gevangenis, onder het mom van een zedelijke verbetering van de gestraften, alleen nog dienden om de mogelijke andere delinquenten af te schrikken. De nutteloze arbeid moet alleen voorkomen dat de eenzaam opgesloten personen gek werden. Op de tredmolens in Engeland traptten de gevangenen geheel zinloos hun li-

chamen in de vernieling. Alleen in Noord-Amerika, waar er arbeidskrachten te kort waren, werd nog zinvolle economische arbeid aan gevangenen gegeven.

De verbetering van de economische situatie in de 20ste eeuw liet toe dat het gevangenisregime werd verzacht, er meer inspanningen werden gedaan voor heropvoeding en rehabilitatie en de omzetting van gevangenisstraffen in geldboeten werd ingevoerd. De ineenstorting van de economie rond 1930 leidde in sommige dictatoriale staten tot de herinvoering van de doodstraf.

Het belang van Rusche en Kirchheimer was dat zij erop gewezen hebben dat de sociaal-economische verhoudingen een invloed uitoefenden op het strafrecht in de loop van de eeuwen. Maar in hun uiteindelijke beschrijvingen legden zij er wel de nadruk op dat het uiteindelijk toch de leden van de heersende sociaal-economische elite waren die wetens en willens en uit louter eigenbelang de belangrijkste strafveranderingen doorvoerden. Daarmee legden zij de basis van een radicaal-kritische strekking die het repressieve karakter van de gevangenisstraf in de 19de eeuw beklemtoonde. Toonaangevende figuren hierbij waren Thomas Berger en Dirk Blasius in Duitsland, David Rothman en David Garland in de Verenigde Staten en Michael Ignatieff in Engeland. Hun beschrijvingen kwamen heel dicht bij de complottheorieën van andere, radicaal-marxistische historici zoals Dario Melossi en Massimo Pavarini. In een studie van deze laatste auteurs, *The prison and the factory. Origins of the penitentiary system* (1981), was de gevangenis niets anders dan een zuivere bourgeoiscreatie, een wrede uitvinding waarmee de kapitalisten probeerden het morrende proletariaat te intimideren en gevangenen om te vormen tot gehoorzame en gedisciplineerde fabrieksarbeiders. Binnen de toenmalige kapitalistische productiewijze bestond daaraan een grote behoefte. Deze bourgeoisideologie vatten zij kernachtig samen in de zin: "Prisoners must be workers, workers must be prisoners."

Op macrovlak moet ook de recentere theorie over de 'zorgende macht' geplaatst worden. Op basis van een grootschalig, internationaal vergelijkend onderzoek, gaande van de middeleeuwen tot op heden, van welzijn, onderwijs en gezondheidszorgen, ontwikkelde de Nederlandse socioloog Abram de Swaan in zijn boek *The care of the state: Health care, education in Europe and in the U.S.A. in the modern era* (1988) de stelling dat wanneer gevestigde groepen zich sociaal-economisch bedreigd voelen, zij door een onderlinge collectieve actie spontaan hun positie trachten veilig te stellen door zelf die kwetsbare maatschappelijke groepen te beschermen. Dat leidde dan uiteindelijk tot de nationale, dwingende en collectieve verzorgingsarrangementen die wij nu kennen.

Deze verlokkelijke theorie werd ook toegepast in de geschiedenis van de strafrechtsbedeling. De economische en pragmatische belangen van de gevestigde groepen zouden de enige verklaring zijn voor de beschermende of zorgende maatregelen die de economische elite in de loop van de 19de eeuw nam tegenover (potentieel) gevaarlijke of criminele groepen. Zorg, caritas en gevoeligheid voor leed van de gevangenen in de 19de eeuw zouden aldus te herleiden zijn tot een vorm van beheersing en sociale controle van bovenuit in het belang van de economisch sterkere klassen.

Op de Swaan en zijn historische volgelingen werd veel kritiek uitgeoefend. Meer specifiek werd hem verweten dat zij absoluut geen rekening hielden met louter morele

overwegingen of humanitaire gevoeligheden die toch ook bij de elite aanwezig waren. Zo gaf de Swaan veel aandacht aan de welzijnszorg, het onderwijs en de gezondheidszorg voor de categorieën die door particuliere overlast, criminaliteit, werkschuwheid, sociale onrust en politiek verzet een potentieel gevaar betekenden voor de elites, maar had hij geen of slechts heel weinig aandacht voor diezelfde zorg die werd gerealiseerd ten aanzien van armen, zieken, invaliden, bejaarden, analfabeten en andere welzijnsbehoevenden die geen enkel gevaar betekenden voor die economisch sterkeren en de grote meerderheid van zorgbehoevenden vormden. Het klopt dus niet dat zorg, liefdadigheid en altruïsme louter werden verstrekt omwille van een berekend eigenbelang van de elites. Caritas en gevoeligheid voor andermans leed zijn niet louter te verklaren vanuit een verfijning van de macht bij de elite, maar ook vanuit hogere ethische motieven bij diezelfde elite.

Anderzijds kwamen er op microniveau gedetailleerde ontledingen van de mechanismen van machtsuitoefening. Het meest bekende voorbeeld daarvan was *Surveiller et punir: naissance de la prison* van Michel Foucault (1926-1984), dat in 1975 verscheen. Foucault begon zijn boek met een beschrijving van een openbare executie in Parijs op 2 maart 1757 van Robert-François Damiens, een jonge man die van plan was om de koning te vermoorden. Nadat meerdere stukken vlees met knijptangen uit zijn borst, armen, dij en kuiten waren weggerukt, werd zijn rechterhand afgeslagen. Vervolgens werden de wonden die door de tangen waren veroorzaakt, overgoten met een mengsel van gesmolten lood, kokende olie en zwavel, werd zijn lichaam door vier paarden uiteen getrokken, werden zijn romp en ledenmaten door vuur verteerd en werd de as ervan in de wind uitgestrooid. Tachtig jaar later (1838) stelde een zekere Léon Foucher een reglement op voor een tehuis van jeugdige gedetineerden in Parijs. Stilte, discipline, toezicht en werklust waren hier de slagwoorden. In de tussenliggende periode verdween volgens Foucault “het grote schouwspel van de fysieke straf”. Maar in tegenstelling met de rationalistische visie was dat geen vooruitgang voor de mensheid!

In het oud-regime hadden de dood- en lijfstraffen niet alleen een afschrikwekkende maar ook een juridico-politieke functie. Zij fungeerden als een langdurige ceremonie die symbolisch de (over)macht van de vorst aantoonde. Door zich op het lichaam van de misdadiger te storten, het te overheersen, te verpletteren en te vernietigen, manifesteerde de vorst zijn superioriteit tegenover de onderdaan die het had gewaagd om zich tegen zijn gezag te keren. In de dood- en lijfstraffen vertoonde, realiseerde en reactiveerde zich de vorstelijke macht.

Om die functie te kunnen vervullen was het uiteraard nodig dat het volk bij elke executie lijfelijk aanwezig was. De geënceneerde afschrikking had slechts succes wanneer een groot publiek als getuige van de strafvoltrekking optrad en er zelfs aan deelnam. Maar juist op dat moment kon het volk, gelokt door een schouwspel dat bedoeld was om te terroriseren, zich ook afkeren van de straffende macht en ter plekke in opstand komen door de terechtstelling die het onrechtvaardig vond, te verhinderen, door de veroordeelde los te rukken uit de handen van de beul, door het vonnis te verketteren en door de strafrechters of gerechtsofficieren te vervloeken. In plaats van angst en vrees voor de onoverwinnelijke macht van de vorst, ontstond dan medelijden en solidariteit

met de veroordeelde, waardoor het ceremoniële van de dood- of lijfstraf in de war werd gestuurd. In een soort spontaan carnaval werden de rollen omgedraaid zodat de autoriteiten werden bespot en de misdadiger tot held werd gemaakt. Het grote schouwspel van de straffen werd teruggekaatst door diegenen voor wie het juist bedoeld was.

De verschrikking van de lijfstraf deed ook andere illegalismen oplaaien. Op executiedagen werd er niet gewerkt, liepen de kroegen vol, werden de autoriteiten bespot, werd er gevochten en maakten allerlei dieven gebruik van de drukte rond het schavot om toe te slaan. De autoriteiten die met dergelijke 'schavotberoeringen' af te rekenen kregen, besloten daarom om het oude strafrechtstelsel op te geven. In een nieuw strafrechtstelsel wilden zij zowel de ongelimiteerde macht van de soeverein als de altijd smeulende illegalismen van het volk aan banden leggen.

De strafrechtelijke hervormers van de 18de eeuw waren er volgens Foucault dan ook niet op uit om 'minder' te straffen, maar om 'beter' te straffen, dat wil zeggen: veel algemener en veel onvermijdelijker. In het oud-regime had zowat iedere sociale laag (handwerklieden, boerenarbeiders, zwervers, bedelaars, burgerij, adel en lagere geestelijkheid) een eigen marge waarbinnen bepaalde onwettelijkheden werden geduld. Het negeren van bepaalde rechtsregels was zo diep ingeworteld dat het een voorwaarde was voor het behoorlijk functioneren van de samenleving. De opkomst van de kapitalistische productie en consumptiemaatschappij, die orde, consequentie en afhankelijkheid nodig had, maakte het voortbestaan van deze illegalismen onmogelijk. Minstens was er hiervoor een differentieel beheer nodig. 'Berekenbaarheid' en 'continuïteit' waren de nieuwe slagwoorden van de bestraffende macht, die Foucault bewust niet personaliseert. Die macht richtte zich niet meer naar het lichaam maar naar de ziel van de misdadigers. In panopticumachtige gevangenissen werd hun leven door eenzame opsluiting en stilzwijgend werken in een hoge mate gedisciplineerd en werden zij uiteindelijk genormaliseerd tot gehoorzame lichamen. Meteen werd de gevangenis het model voor de hele samenleving: in het leger, de school, de jeugdbewegingen werd de disciplinerende overgenomen in dienst van 'de' macht. Zo groeide de hele samenleving uiteindelijk uit tot één groot carceraal netwerk.

In vergelijking met de vroegere dood- en lijfstraffen pasten de gevangenissen dus beter in de nieuwe strategie van de macht. De gevangenissen creëerden een criminele klasse van geregistreerde ex-gevangenen die gemakkelijker te controleren en te beheersen waren dan de heterogene groep van handwerklieden, boerenarbeiders, zwervers, bedelaars en misdadigers, die vroeger de gevaarlijke klassen vormden. De gevangenissen bevorderden tevens een zekere vijandigheid tussen de arme werklieden en hun rebelse, misdadige klassegenoten, waardoor hun onderlinge solidariteit werd verbroken. Naast een proletariaat ging men nu een onderproletariaat van gedegeneerde onderscheiden, waarover de controle steeds vergroot werd door de kennis van onderzoeksrapporten van psychiaters, criminologen, reclasseerders, maatschappelijk werkers en andere deskundigen die binnen het uitdeinende carceraal systeem werk vonden. Dit gevangenisstelsel produceerde zelfs een voor 'de macht' politiek en economisch ongevaarlijke delinquentie, die de aandacht van de criminaliteit van de machtigen (bijvoorbeeld van hun witteboordcriminaliteit) afleidde. Het installeerde hierdoor zijn eigen duurzaamheid.

De theorie van Foucault oefende invloed uit op vele honderden filosofen, criminologen, sociologen en historici in de wereld. Marxistisch geïnspireerde historici deden hun best om zoveel mogelijk feiten aan te halen die deze visie schraagden. Andere historici verweerden zich en wezen erop dat Foucault zeer weinig en zeer selectief historisch materiaal raadpleegde, dat materiaal dikwijls naar zijn visie en buiten hun context interpreteerde en tegengesteld materiaal volledig negeerde. Zo had Foucault geen enkel oog voor de veelvoorkomende geldstraffen en het feit dat de doodstraf en sommige andere vormen van lijfstraffen ook nog lang na de Franse Revolutie bleven voortbestaan. Op basis van bestaand, maar ook nieuw onderzoek toonde Ignatieff aan dat de marxistische geschiedschrijving, waaronder zijn eigen vroegere geschriften, van drie misopvattingen uitging: vooreerst dat de staat een monopolie had over het bestraffend regelen van het gedrag, ten tweede dat het morele gezag en de daadwerkelijke macht van de staat de belangrijkste bronnen waren van de maatschappelijke orde en ten derde dat alle sociale relaties van boven werden gedictieerd en daardoor beschreven konden worden in termen van macht en onderschikking. Hij wees ook op het relatieve van het begrip ‘klassen’ en op het feit dat men in de maatschappelijke ontwikkeling niet alleen het dwangmatige, maar ook het consensuele element in overweging moest nemen.

5.5 De civilisatietheorieën

Dat ook andere dan dwang- of machtstheorieën invloed hadden op de strafrechtsgeschiedenis, is intussen gebleken door de vele strafrechtshistorici die zich lieten inspireren door de Duitse cultuursocioloog Norbert Elias (1897-1990) en zijn volgelingen. In *Über den Prozess der Zivilisation. Sociogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, dat voor het eerst in 1939 verscheen en merkwaardig genoeg slechts succes had vanaf de tweede druk in 1969, beschreef Elias het zogenaamde civilisatieproces dat een gevolg was van sociogenetische en psychogenetische factoren. In dat proces onderscheidde hij twee andere processen, namelijk het ‘proces van privatisering’ en het proces van persoonlijkheidsvorming, hiërarchisering en tussenmenselijke identificatie.

Op basis van een grondige studie van manierenboekjes uit de 13de tot 19de eeuw stelde Elias vast dat de gevoelsuitingen en omgangsvormen van de mensen in de West-Europese samenleving vanaf de late middeleeuwen geleidelijk veranderingen kenden die een zekere samenhang en structuur vertoonden. Gevoelens van haat, liefde, vrolijkheid en verdriet werden steeds minder fel en openlijk getoond. Een groot aantal menselijke activiteiten, in het bijzonder de verrichtingen van het menselijke lichaam zoals natuurlijke behoeften en seks, raakten beladen met schaamtegevoelens en werden op de duur “achter coulissen van het maatschappelijke leven” verplaatst. Voor deze evolutie zocht hij een verklaring die hij vond in de vaststelling dat de mensen in de loop van de tijden steeds afhankelijker van elkaar werden en elkaar nodig hadden. Dit leidde tot een meer berekende of rationele kijk op elkaar en een steeds groter wordende zelfbeheersing bij het temmen van de eigen driften, lusten of andere impulsen.

Om moeilijkheden met elkaar te vermijden werd de omgang met andere mensen geformaliseerd en aan allerlei beleefdheids- en andere leefregels onderworpen. Indien die regels werden verbroken ontstond een gevoel van schaamte en gêne. Dit was zeker het geval wanneer die inbreuk plaatsvond tegenover een hogere, die men meer dan elke andere nodig had. Het respect van de hogere zette het proces van hiërarchisering in gang.

Een ontwikkeling die hiervan in het verlengde lag, was de opvoering van het vermogen tot identificatie. Naarmate de zelfbeheersing sterker werd, nam de ruimte toe om zich in te leven in de gedachten en gevoelens van anderen. In toenemende mate (h)erkenden de mensen de anderen als de andere ik en waren zij in staat om zich in hun ervarings- en gevoelswereld naar die andere te verplaatsen. Deze tussenmenselijke identificatie vond eerst plaats onder de ‘mede’-mensen van de elites en drong pas vanaf de tweede helft van de 18de eeuw door naar en bij de lagere klassen.

Het proces van privatisering was een wijdvertakt proces dat op meerdere vlakken plaatsvond en meer specifiek op het vlak van de eetgewoonten, het verrichten van de natuurlijke behoeften, de slaapgewoonten, de seksualiteit, de aanvalslust en de beleving van de dood. Auteurs zoals Pieter Spierenburg, Herman Franke, Robert Muchembled en Richard Evans toonden aan dat die processen ook plaatsvonden op het terrein van de justitiële repressie.

Tot het einde van de 16de eeuw, zo betoogden zij, richtte de strafrechtelijke repressie zich vooral op het lichaam en had zij een sterk openbaar karakter. Beide aspecten vertolkten zich het best in de openbare, theatrale executies van lijf- en doodstraffen, die omwille van hun voorbeeldfunctie volgens een vast ritueel werden uitgevoerd. Het volk dat deze executies bijwoonde en de lijken zag bengelen, stond er totaal onverschillig bij. De toeschouwers hadden niets persoonlijk tegen de gestraften. Zij kwamen simpelweg voor de sensatie van het schouwspel.

Vanaf circa 1600 begonnen deze twee typische kenmerken van de preïndustriële repressie aan een terugtocht. Openbaarheid en gerichtheid op het lichaam zwakten zienderogen af. Mensen verplaatsten zich in toenemende mate in het leed en de pijn die anderen werden aangedaan, waardoor het berokkenen van leed en geweld geleidelijk aan onaanvaardbaar werden. Dat gold in het bijzonder voor de justitiële praktijken die het lichaam troffen. In toenemende mate ontstond er afkeer tegen het opsluiten in onherbergzame gevangenissen, de ondervraging onder tortuur, de openbare executies en het tentoonstellen van lijken. Deze ‘privatisering van de repressie’ was in het begin niet spectaculair, maar raakte vanaf 1770 in een stroomversnelling. Zij vond, net zoals alle andere vormen van privatisering, eerst plaats bij de elites en werd van daar overgedragen naar de lagere klassen.

Zoals Elias het al aangaf, stond deze mentaliteitsverandering niet op zichzelf. Zij hield verband met sociale processen en meer specifiek het staatsvormingsproces. De opkomst van de moderne staat leidde tot een relatieve monopolisering van het geweld in handen van de overheid, iets wat op de duur de vertrouwdheid van de burger met geweld verminderde. Overheden roeiden overall het private geweld uit, maar deden dat eerst door hun publieke monopolie op geweld duidelijk te laten zien. Dat was de be-

langrijke functie van de openbare executies in de 16de tot 18de eeuw. Op het einde van de 18de en vooral in de 19de eeuw kon de privatisering van de repressie zich doorzetten omdat de staten stabiel en meer bureaucratisch waren geworden. De overheden hadden toen minder behoefte aan een zichtbare repressie op het lichaam van de veroordeelde. Meteen opteerde men voor andere straffen zoals de gevangenis.

Reagerend op een te eenzijdig neomarxistisch denken vestigde Spierenburg ook de aandacht op de visie van Elias over macht en controle. Voor Elias was macht niet eenzijdig dominerend, maar eerder interactief. Macht was voor hem een aspect van de interactie tussen twee of meer mensen, een aspect dat aanwezig was in elke menselijke relatie. Daarom was de macht voor hem ook altijd meerzijdig. Zij werkte zowel van bovenuit als van onderaan. Groep A kon weliswaar machtiger zijn dan groep B, maar dat betekende nog niet dat groep B machteloos was. Bovendien was de hoeveelheid macht in de handen van een groep niet statisch, maar het voorwerp van wijziging waardoor bepaalde individuen of groepen, in samenloop met andere veranderingen, toegang kregen tot machtsbronnen. Zo was de voorstelling van het penitentiaire systeem als een omgeving waar macht van één kant kwam, volgens Spierenburg een loutere fictie. Steunend op Herman Franke met zijn werk *Twee eeuwen gevangen. Misdaad en straf in Nederland* (1990), wees hij op het proces van de emancipatie van de gevangenen in Nederland in de laatste honderd jaar. Naarmate de gevoeligheid voor het lijden in de samenleving toenam, werden de leedtoevoegende aspecten van het gevangenisleven steeds meer onaanvaardbaar. De gevoeligheden van sommigen buiten en binnen de gevangenis werden hierdoor een machtsbron voor diegenen die de gevangenisstraffen ondergingen en deze machtsbron won in de loop van de jaren aan belang. Zo leidden de gevangenisopstanden in het recente verleden tot het toekennen van steeds meer rechten aan de gevangenen.