

Historisch vooruitzicht

Franke, M.E.; Jordaans, J.P.; Smits, J.M.; Valk, W.L.

Citation
Franke, M. E., Jordaans, J. P., Smits, J. M., & Valk, W. L. (1994). *Historisch vooruitzicht*. Kluwer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/36805

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/36805

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Historisch vooruitzicht

Opstellen over rechtsgeschiedenis
en burgerlijk recht

BW-krant jaarboek 1994

Redactie

M.E. Franke
J.P. Jordaans
J.M. Smits
W.L. Valk



Gouda Quint — Arnhem

1994

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Historisch

Historisch vooruitzicht: opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht /
red.: M.E. Franke... [et al.]
Arnhem: Gouda Quint. — (BW-krant jaarboek, ISSN 0924-1345; nr. 10)
Ook tekst in het Engels.
ISBN 90-387-0276-0 NUGI 691 / 692
Trefw.: recht; geschiedenis / burgerlijk recht

© 1994, Prof. mr. J.A. Ankum, Prof. mr. W.D.H. Asser, Prof. dr. R.C. van Caenegem, Mr. J.M.J. Chorus, Prof. dr. D.G. Kleyn, Mr. P.C. Kop, Prof. mr. J.H.A. Lokin, Mr. M.C.J. Lommen, Prof. mr. P.W. Pestman, Prof. dr. P.G. Stein Q.C., F.B.A., Prof. mr. J.Th. de Smidt, Prof. dr. A. Wijffels, Prof. mr. W.J. Zwalve.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurset 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

Dat de rechtsgeschiedenis en het burgerlijk recht nauwe betrekkingen met elkaar onderhouden, is genoegzaam bekend. Is het enerzijds onmogelijk om de moderne civielrechtelijke regels te begrijpen zonder die te plaatsen tegen hun historische achtergrond, anderzijds zal ook de rechtshistoricus bij de beoefening van *zijn* discipline terug moeten grijpen op hedendaagse begrippen wil hij de resultaten van zijn arbeid toegankelijk kunnen maken voor de hedendaagse jurist.

De redactie heeft dertien rechtshistorici van naam gevraagd te schrijven over de verwevenheid van beide vakgebieden. Zij gaan in op zowel voor de civilist als voor de historicus belangwekkende aspecten van de rechtsbeoefening. Aldus levert dit boek tevens een bijdrage aan de recent weer opgelaaide discussie over de manier waarop de rechtsgeschiedenis aan de Nederlandse Universiteit moet worden bedreven: als doel op zichzelf of als hulpmiddel bij het leren begrijpen van het eigen positieve recht. Dit aspect komt ook aan de orde in het interview met Prof. mr. R. Feenstra, die zich er gedurende zijn 35-jarige professorale carrière meermalen over heeft uitgelaten.

Vier van de in dit tiende jaarboek gepubliceerde artikelen (namelijk die van Asser, Ankum, Kop en Lommen) zijn bewerkingen van voordrachten gehouden op het congres Ius Nullo Tempore Continetur ter gelegenheid van het afscheid van mr. J.M.J. Chorus als hoogleraar historische ontwikkeling van het recht aan de Rijksuniversiteit Leiden. Tevens is opgenomen de tekst van het op diezelfde dag — 2 november 1993 — door mr. Chorus gegeven afscheidscollege.

Leiden, juli 1994 De redactie

Inhoud

Meijers en Van Oven, daar zeiden ze Meneer tegen
Interview met Prof. mr. R. Feenstra 9

De opschortende voorwaarde naar Romeins recht
en volgens het Nederlandse Burgerlijk Wetboek
J.A. Ankum 19

Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?
W.D.H. Asser 41

De 'heren van het recht': rechters, politici en geleerden
R.C. van Caenegem 55

Privaatrecht voor rovers en moordenaars
Jeroen M.J. Chorus 73

Reële kontrakte en *pacta sunt servanda*
Duard Kleyn 89

De dynamiek van de lijdelijkheid
P.C. Kop 113

Het NBW en de pandektistiek
J.H.A. Lokin 125

De klassieke noodzaak van ons zakelijk bezitrecht
Thijs Lommen 141

Over een lapje grond dat door een man verpacht wordt.
Wat steekt daar achter?
P.W. Pestman 157

The influence of Roman Law on the common law
Peter Stein 165

Een 'Inleidinge'
J.Th. de Smidt 171

Is rechtsgeschiedenis privaatrechtsgeschiedenis?
Alain Wijffels 177

De zaak North Western Bank v. Poynter
W.J. Zwalve 185

Meijers en Van Oven, daar zeiden ze Meneer tegen

Interview met Prof. mr. R. Feenstra

De redactie spreekt Professor Robert Feenstra (Batavia 1920) thuis, in zijn werkkamer, van de Leidse Hout slechts gescheiden door zijn tuin en het wegdek van de Van Slingelandtlaan. Een interview met een pragmaticus.

I

Nee, lange dagen maak ik niet meer. 's Morgens zit ik hier pas vanaf zo'n half negen. En 's avonds werk ik doorgaans niet — nu ja, ik corrigeer wel eens een drukproef.

Wie ik in mijn eigen studietijd in Amsterdam de meest inspirerende hoogleraar vond? Daar hoef ik niet lang over na te denken. Dat is Van Apeldoorn. Die is jullie hoogstens bekend als de grote NSB-er, of in de tweede plaats als auteur van een inleiding tot het recht. Met de oorspronkelijke versie daarvan ben ik groot geworden. Hij heeft mij in het eerste jaar het meest geïnspireerd, niet alleen voor de rechtenstudie, maar ook voor de rechtsgeschiedenis. Want hij gaf zowel inleiding als oudvaderlands recht. Hij was eenvoudig een uitstekend docent. Een type dat het nu misschien niet meer zo goed zou doen, iemand die heel klassiek zijn betoog opbouwde, niet van het een op het ander springend, niet bijzonder levendig, maar zeer indringend, en door de inhoud van wat hij zei, heel overtuigend. Van hem heb ik college gehad voordat de Duitsers het land binnenvielen. Diegenen die hem in de oorlog hadden, herinneren zich alleen dat hij Hitler citeerde, voor zover ze nog op college kwamen. De meesten kwamen helemaal niet meer.

Ik sta in mijn bewondering voor Van Apeldoorn niet alleen. Ook andere studenten vonden hem een bijzonder goed docent. Ik had een joodse jaargenoot, de latere hoogleraar verzekeringsrecht in Rotterdam, Leo Mok, die hem in 1979 nog publiekelijk als een groot leermeester heeft genoemd. Ik heb Van Apeldoorn herdacht in het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, het enige echte in memoriam dat over hem verschenen is.

Zeker, de colleges van Paul Scholten waren ook heel bijzonder. Er werd gerespondeerd, en dat was toen een uitzondering. Enkele mensen, niet altijd de meest prijzenswaardige, zaten op de eerste rij. Die zeiden altijd iets. Maar Scholten gaf ook aan anderen beurten. Ik zat in hetzelfde dispuut — B.E.E.T.S. — als zijn jongste zoon Ynso en zat met hem in dezelfde bank.

Wij pretendeerden dat alleen wij in een bepaalde bank in de Agnietenkapel mochten zitten, in de Beetsbank. De oude Scholten wist natuurlijk precies wie wij waren.

Maar om nou te zeggen dat ik door Paul Scholten gevormd ben... Dat ik college van Scholten had, dat was pas in mijn derde of vierde jaar. Ik heb hem dus wel gehoord, en zijn colleges ook bijzonder gewaardeerd. Hij stelde vragen, dat was heel levendig. Het was ook het enige college dat ik verder nog gevolgd heb. Ik had, voor zover ik niet onderduiken moest, ook geen zin om colleges te volgen. Maar ik ben niet verder gegaan in het burgerlijk recht, een echte leermeester was Scholten dus niet voor mij.

II

Van Apeldoorn maakte me enthousiast voor het vak, meer dan Hoetink, die Romeins recht gaf. Diens invloed heb ik eerst later ondergaan.

Hoetink gaf niet zo inspirerend college. Wat hij zei was interessant, maar het werd door weinigen gewaardeerd. Ik schreef het braaf op, en keek het thuis na, dan kreeg het achtergrond. Maar echt iets overbrengen op enthousiaste wijze, nee. Ik ben in 1940-1941 nog een soortement student-assistent van Hoetink geweest. Ouderejaars studenten werden ingeschakeld bij het geven van wat we nu werkgroepjes zouden noemen. Maar Hoetink is toen snel opgepakt. Ik ben wel door hem geïnspireerd om deel te nemen aan een rechtshistorische prijsvraag. Dat bestond toen, door de Faculteit uitgeschreven. Later heb ik, samen met Fischer, in Leiden er zelf een laten uitschrijven, maar daar heeft nooit iemand op geantwoord. Hoetink heeft mijn tekst zelf niet meer kunnen nakijken, omdat hij toen al geschorst was. Mijn antwoord is door anderen beoordeeld, in de oorlog, en ik heb er nog de gouden medaille van de Universiteit van Amsterdam mee gewonnen.

Na de oorlog ben ik eerst naar Zwitserland geweest, heb daar een semester gestudeerd, nominaal in Bern, de facto in Lausannne. Daar had ik ook een inspirerende leermeester, Philippe Meylan, van wie ik in de eerste plaats Frans heb geleerd. In de tweede plaats waardeerde ik zijn bijzonder levendige wijze van college geven. Hij doceerde het Romeinse recht met teksten in de hand, met alle moderne apparatuur die daar bij hoorde, zoals dat toen in de mode was. Maar dat was later, toen ik zelf al aan mijn proefschrift bezig was.

III

Toen ik terugkwam, in mei 1946, heeft Hoetink gevraagd of ik zijn assistent wilde worden. Ik zou ook bij Hoetink promoveren, maar dat is toen niet doorgegaan omdat hij er weinig aan deed. Hij was een buitengewoon intelligente, veelzijdige man, die absoluut niet alleen jurist was, niet alleen een geleerde. Hij had een zeer brede belangstelling. Hij was hoofdredacteur van de Winkler Prins. Hij liet me daarvoor stukjes nazien en bewerken. Van hem heb ik heel veel geleerd, ook buiten het recht. Vooral methodologisch heb ik veel aan hem gehad. Dat klinkt ook wel door in mijn Leidse intreerede. Iets als anachronistische begripsvorming, in de geschiedenis in het algemeen en in de

rechtsgeschiedenis, daar was hij van bezeten — hoewel dat niet helemaal de goede uitdrukking is: Hoetink was uitermate flegmatiek, en zelfs, als ik dat zo zeggen mag, een beetje lui. Als ik voor mijn proefschrift bij hem kwam, dan arriveerde ik 's avonds tegen acht uur, en dan was hij ononderbroken zelf aan het woord tot twaalf uur. Dat was erg de moeite waard, maar voor het proefschrift bleef dan nog een half uurtje over. Uiteindelijk heeft hij het niet eens gelezen voordat de drukproeven er waren. Intussen was ik toen al naar Fischer overgestapt.

Fischer was benoemd tot buitengewoon hoogleraar oudvaderlands recht in Amsterdam, hij was gewoon hoogleraar in Leiden. Hij gaf een privatissimum met een man of vijf, zes. Dat was heel goed. Ik zat daar als assistent van Hoetink bij. Hij deed het op een uitermate concrete, degelijke manier. Hij nam dan een speciaal onderwerp, zoals de geschiedenis van bezit geldt als volkomen titel, of van de overdracht van roerend goed, vooral in het oudvaderlandse recht, maar in ruimer verband gebracht. Daar heb ik echt het handwerk geleerd: hoe je omgaat met bronnen, hoe je rustig moet interpreteren — anders dan Hoetink, die meer keek naar de principiële vragen.

Maar of zij nu leermeesters waren, in de oude betekenis van het woord — nee, niet echt. Wat de algemeen-culturele en methodische aspecten van het vak betreft, heb ik me wel altijd de leerling van Hoetink gevoeld. Ik sta daarin wel niet geheel maar toch tamelijk alleen. Zijn ideeën hebben weinig ingang gevonden. Een school van Hoetink bestaat niet, evenmin als van Fischer trouwens, van Van Apeldoorn nog minder. De voornaamste leerling van Van Apeldoorn was overigens Fischer, die in 1934 bij hem gepromoveerd is. Strikt wetenschappelijk gezien ben ik dus de kleinzoon van Van Apeldoorn. Als je dat verder doortrekt kom je terecht bij Rengers Hora Siccama, die hoogleraar was in Utrecht en die ook een omstreden rol heeft gespeeld in de oorlog. Maar dat was een grand seigneur.

IV

Wat er veranderd is in de jaren dat ik in Leiden hoogleraar was? Toen ik in 1952 van Utrecht naar Leiden kwam, viel mij op, in één woord, de grote homogeniteit die bestond in de faculteit. In Utrecht was verdeeldheid. Het grote probleem in Utrecht was dat enkele mensen daar in de oorlog erg goed waren geweest, en dat andere minder goed geweest waren. Dat bleef een tegenstelling. Je had altijd het idee dat er geen groot samenhangend geheel was. In Leiden was er veel meer eenheid. Daar gold het oude Middeleeuwse principe dat er nooit gestemd werd. Dat is nog heel lang zo gebleven, misschien wel tot de WUB. De minderheid volgde de meerderheid. Dat bevordert het beeld van een eenheid natuurlijk. Er werd wel heel hard gediscuteerd. Ja, en we konden ook met alle professoren nog aan de grote groene tafel zitten, waar jullie nu zitten met de examenuitslag. In Utrecht had je twaalf hoogleraren, hier iets meer. Er was een zeer hechte geest van samenwerking.

Toen ik wegging, in 1985, had ik het idee dat het een heleboel kleine koninkrijkjes waren geworden, ook al door de fysieke scheiding van Graven-

steen, Rapenburg en Hugo de Grootstraat. Die ontwikkeling begon al met het Gravensteen, dat ik verbouwd heb zien worden. Ik heb daar het cement nog ingelopen.

Ik vond na Utrecht Leiden een grote vooruitgang, maar dat is met de bril van de Amsterdammer bekeken. In beide plaatsen moest ik wennen. In Leiden zaten veel meer Amsterdammers, meer dan in Utrecht. En, wat ik graag zeg — tot ergernis van velen —, Van Oven, Meijers en Fischer waren Amsterdammers. Hoetink was wel Leienaar, maar in mijn ogen toch wel een halve Amsterdammer, omdat hij weer de leerling van Meijers en Van Kan was geweest. Maar Meijers en Van Oven waren er niet meer toen ik kwam. Cleveringa was er nog, die ging later naar de Raad van State.

V

Ik vond het plezierig om onderwijs te geven. Maar niet het grote hoorcollege, daar ben ik nooit echt goed in geweest. Wel de kleine werkgroep, dat heette in 1952 niet zo — de privatissima, die deed ik met groot genoegen. Het grote college, dat ging helemaal niet goed in het eerste jaar. Het was ook moeilijk de opvolger van Van Oven te zijn. Van Oven gaf enorm levendig college. Hij stelde vragen; hij wist waar iedereen zat. Die technieken heb ik nooit beheerst. Ik had een assistente van hem geërfd; die vond dat ik het anders moest doen, zoals Van Oven. Ze is niet lang gebleven.

Ik had buiten het reguliere onderwijs natuurlijk ook andere privatissima, zoals voor het lezen van middeleeuwse juridische handschriften. Dat bestaat nog steeds.

Ja, er was inderdaad ook dat rechtsvergelijkende privatissimum. Dat deden we met verschillende hoogleraren. Het was het initiatief van Jan Drion, in 1961, als ik het me goed herinner, drie jaar voor zijn dood dus. Huib Drion was er ook, maar die speelde daar geen vooraanstaande rol. Jan Drion was de grote meester in die tijd. Hij was de meest inspirerende van het gezelschap. Voor Engels recht had je toen nog Geert de Grooth. En voor het Oosteuropese recht zat Szirmai erbij, in 1948 uit Hongarije gevlucht, de voorganger van Feldbrugge. En we hadden nog een specialist voor het Chinese recht, dat was Van der Valk. Dat was het oorspronkelijke team. Later is Fokkema gekomen; hij heeft min of meer de leiding overgenomen, in 1965. Dat was de laatste daad van Jan Drion: het benoemingsvoorstel van Fokkema. Als lector. Dat gaf problemen, want Fokkema was niet gepromoveerd. Daar heeft Jan Drion toen nog een hele knappe brief over geschreven. Twee dagen later is hij doodgegaan. Blok, die is er in 1964 bijgekomen. En later ook Feldbrugge, in plaats van Szirmai. Maar de bloeitijd was toch in het begin.

Er waren weinig studenten, maar je kreeg natuurlijk wel de beste. Of het de ideale vorm van onderwijs is, weet ik niet — met vijf hoogleraren, en dan moest je moeite doen om evenveel studenten te vinden! Op elke bijeenkomst moest één van ons een verhaal vertellen. De discussie ontspon zich dan vaak boven het hoofd van de studenten.

Het heeft mij enorm geïnspireerd: ik had het historische gedeelte, de

gemeenschappelijke grondslagen blootleggen was mijn taak. Jan Drion was ook historisch uitstekend onderlegd, die kon de vraagstelling dus goed maken. Het ging helemaal niet alleen om het Romeinse recht, maar juist ook om de latere ontwikkeling van het Europees privaatrecht. Het eerste onderwerp was — ook weer, net als bij Fischer — bezit geldt als volkomen titel. Romeins recht speelt daar natuurlijk een geringe rol bij, en toen moest ik weer putten uit mijn niet-romeinsrechtelijke verleden. Want dat heb ik ook gehad, mijn proefschrift bevat grotendeels niet-Romeins recht, deze oriëntatie dankte ik vooral aan Fischer. Van het begin af aan heb ik de rechtsgeschiedenis Europees willen opvatten; Franse, Duitse en Italiaanse bronnen en literatuur heb ik steeds op grote schaal verwerkt. Veel van mijn latere artikelen zijn voortgekomen uit inleidingen gehouden bij die privatissima. Het onderwerp dat me het meest geboeid heeft, was de ongerechtvaardigde verrijking. Daar heb ik ook veel over geschreven.

VI

Het verlies van de kennis van het Latijn bij de rechtenstudent? Och, dat is te overkomen. Ik heb vanaf het begin gezien dat dat een verloren zaak was. Als je maar goede vertalingen maakt. Daar heb ik me veel mee bezig gehouden: de tekstenboeken en nu de nieuwe vertaling van het Corpus Iuris. Hopelijk dit jaar verschijnen de eerste tien boeken van de Digesten. Eén boek, Boek IX, voornamelijk over de Lex Aquilia, heb ik samen met Spruit vertaald; de vertalingen van de andere boeken heb ik allemaal als redacteur kritisch gelezen.

Naar mijn mening wordt de betekenis van het vertalen van teksten onderschat. In de eerste plaats natuurlijk de moeite die het kost. Maar in de tweede plaats, ik wil het benadrukken, de betekenis die het kan hebben om de waarde en de invloed van het Romeinse recht aan te tonen. In het onderwijs heb ik het altijd heel belangrijk gevonden om Romeinsrechtelijke teksten te behandelen, met vragen, zoals tot nu toe is gebeurd. Mijn huidige opvolger ziet daar geloof ik weinig in, maar wat mij betreft is dat essentieel. Dat maakt het onderwijs in het Romeinse recht het meest interessant. Die teksten hebben ook in de loop der eeuwen steeds een andere betekenis gekregen; het loont de moeite dat nader uit te zoeken. En je kunt daar dan dingen omheen vertellen, over de invloed die ze gehad hebben. Ja, teksten lezen vind ik heel belangrijk.

VII

De vraag waartoe de bestudering van het Romeinse recht dient, in hoeverre de rechtsgeschiedenis in het teken moet staan van het belang ervan voor het geldende recht, heeft mij van het begin af aan beziggehouden. Mijn Leidse intreerede gaat erover. De discussie wordt nog steeds gevoerd, onlangs nog in Ars Aequi, door Ankum en Zwalve. Of er een uitweg uit het dilemma is? Ach, ik ben een man van compromissen. Ik heb geprobeerd die uitweg op mijn manier te vinden. Er is geen algemeen abstract antwoord op de vraag waartoe de bestudering van het Romeinse recht dient. Ieder zal op zijn eigen manier een oplossing moeten zoeken.

Enigszins teruggekomen op de ideeën die ik in mijn oratie heb ontwikkeld, ben ik wel. Ik heb daar het een en ander over gezegd in mijn afscheidscollege. Ik blijf erbij dat er geen 'klassiek systeem' van Romeins recht is, van Justiniaanse en latere smetten ontdaan, dat de moderne jurist ten voorbeeld zou kunnen worden gehouden. Ik houd ook vol dat de onderzoeksmethode er een moet zijn van een terugwerken in de geschiedenis van de interpretatie van de ons overgeleverde bronnen van het Romeinse recht, van het heden tot in de twaalfde eeuw. Af en toe levert dat 'bijprodukten' op: ook voor de moderne jurist nuttig.

Wat ik echter meer en meer ben gaan inzien, is dat men niet kan volstaan met het traditionele rijtje: Glossatoren, Postglossatoren in de middeleeuwen, Humanisten in de zestiende eeuw, de zogenaamde Usus modernus Pandectarum in de zeventiende en achtttiende eeuw, maar dat meer aandacht moet worden besteed aan de leer van het natuurrecht. Voor de meesters van de zogenaamde Late Scholastiek van de zestiende eeuw, voor Hugo de Groot en de bekende natuurrechtelijke auteurs van de zeventiende en achttiende eeuw, en ook de auteurs van een lichter genre werken, zoals de *Summae confessoriae,* de zogenaamde biechtliteratuur, had ik destijds te weinig aandacht. Al deze auteurs hebben hun invloed gehad op de interpretatie van de begrippen en regels van het Romeinse recht; kennisneming van hun werk is dan ook absoluut noodzakelijk. Een dergelijke 'Europese privaatrechtsgeschiedenis' — bij gebrek aan beter, zal ik die term toch maar gebruiken — ligt juist ook voor de Nederlandse rechtshistoricus voor de hand: wij zijn in Nederland bevoorrecht wat betreft de beschikbaarheid van bronnenmateriaal, vooral voor wat betreft de buitenlandse secundaire literatuur. Er is geen land waar de rechtsgeschiedenis werkelijk Europees wordt beoefend. In Frankrijk kennen ze alleen de Franse literatuur, in Duitsland alleen de Duitse. Dat was in de vorige eeuw misschien zelfs wel beter.

VIII

Mijn kritiek op de gedachte dat men een 'klassiek systeem' van Romeins recht zou moeten onderwijzen, wordt niet door iedereen gedeeld. Ankum vindt van wel, terwijl Zwalve daar tegenin gaat. Volgens hem is het de tragiek van Van Oven geweest, dat hij het verband tussen het Romeinse recht en het moderne recht bij het klassieke recht heeft gezocht. Op dat punt ben ik het met Zwalve volkomen eens. Anderzijds vind ik dat hij het allemaal veel te simplistisch gesteld heeft, met name de tegenstelling historisch of dogmatisch de rechtsgeschiedenis beoefenen; hij denkt dan voornamelijk aan Romeins recht. Daar ben ik tussen haakjes ook tegen: het gaat hier om rechtsgeschiedenis in het algemeen, niet alleen om Romeins recht. Ik heb de beide vakken gegeven: oudvaderlands recht en Romeins recht. Het Romeinse recht heeft wel een belangrijkere invloed gehad, maar die andere wortels moet je niet verwaarlozen. Het gaat daarbij niet alleen om wat vaak nog 'Germaans recht' genoemd wordt, maar ook om de invloed van het natuurrecht. Dat valt in de discussie tussen Ankum en Zwalve helemaal weg.

Dus ik ben het met Zwalve wel eens tegen Ankum dat het geen misstap is om juist de latere ontwikkeling te beklemtonen, anderzijds stelt Zwalve het wel wat simplistisch voor. Eigenlijk wil Zwalve helemaal geen echt-historische benadering meer, althans niet in de colleges, en dat kan volgens mij niet. Daar heeft Ankum terecht op gewezen.

IX

Ja, en dan de vraag hoe het in Leiden zou moeten in het onderwijs. Dat systeem van twee keer rechtsgeschiedenis, eerst ideeëngeschiedenis in het eerste jaar en dan gedifferentieerd naar studierichting erop terugkomen in het derde jaar, dat vind ik in beginsel een goed idee. Het zou jammer zijn wanneer dat verloren ging. Ik heb bij de invoering van dat systeem aan het eind van de jaren zeventig ook een vrij belangrijke rol gespeeld.

Je moet van het begin af aan meteen alles relativeren. Dat is naar mijn idee bij uitstek de taak van de rechtshistoricus. Naast elkaar positief recht, rechtsvergelijking en rechtshistorie: enerzijds beoefenaars van het positieve recht, anderzijds mensen die de regels daarvan meteen 'in Frage stellen'. Zoals ik het ook in mijn boekjes die bij ideeëngeschiedenis werden gebruikt, heb gedaan. Men moet er in het begin aan raken en niet alle vergelijking en historie uitstellen. Maar ik ben zelf natuurlijk opgegroeid met het andere systeem: veel rechtsgeschiedenis, zowel Romeins recht als oudvaderlands recht, in het eerste jaar.

X

Meijers. Over hem wil ik inderdaad graag iets zeggen. Ik heb me indertijd nogal geërgerd aan die uitspraken in 'Acht civilisten in burger', als zou Meijers' betekenis — in vergelijking met die van Eggens of Scholten — overschat zijn. Ik heb zo het idee dat Van Dunné, die ik natuurlijk ook als student heb gehad, het vuurtje wat heeft aangestookt en mensen lelijke dingen heeft laten zeggen. Het zat ook wel een beetje in de selectie van de personen. Dorhout Mees en Petit laten zich positief over Meijers uit. Anderen, de een wat meer de ander wat minder, geven allerlei kritiek. Ik weet niet of dat nou altijd hun volle overtuiging was, zoals het nu in het boek staat. Dat is een heel persoonlijke indruk, ik zal daar verder ook geen namen bij noemen.

XI

Toen ik in Leiden kwam, was Meijers al met emeritaat. Maar invloed van Meijers heb ik zeker ondergaan. Vooral na zijn dood, omdat ik zijn historische geschriften heb uitgegeven. Dan leer je iemands werk wel heel goed kennen.

Maar ook persoonlijk heb ik hem toch vrij goed gekend. Al voor ik hoogleraar was. Toen ik in 1949 promoveerde, had Fischer tegen mij gezegd: 'Je moet je proefschrift ook maar aan Meijers sturen'. Daar had ik anders niet zo aan gedacht. Toen kreeg ik een briefje terug van Meijers, dat hij het met belangstelling had gelezen, met name omdat ik aandacht had besteed aan de statuten van bepaalde Italiaanse steden, die een rol speelden bij het recht van

reclame. Daar schreef hij laconiek bij: 'Er zijn echter nog veel meer Italiaanse bronnen op dit gebied te vinden. Wanneer U geïnteresseerd bent, moet U maar eens bij mij langs komen'. Dat was mijn introductie bij Meijers door Fischer. Toen ben ik bij Meijers thuis gekomen, al in de zomer van 1949, na mijn promotie, om die bronnen te gebruiken. Dat was de huidige Meijers-bibliotheek, die stond verspreid in dat huis aan de Rijnsburgerweg. Ik mocht er werken en bleef soms de hele dag. Dan werd ik voor de lunch uitgenodigd en famille, dat betekende vooral met mevrouw Meijers. Ik heb van het begin af aan over m'n onderzoek kunnen praten; ik heb hem dingen gevraagd. Het was erg inspirerend.

En daarna, toen ik eenmaal benoemd was in Utrecht, hebben ze me secretaris van het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis gemaakt. Dat was een creatie van Meijers. Ik ben toen ontboden door Meijers en Van Oven, die nog allebei in functie waren. Dat was begin 1950, meer dan vier jaar voor zijn dood. Vanaf dat ogenblik heb ik hem dus meegemaakt in het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, waar hij een leidende rol speelde. Van Oven schreef misschien meer, maar Meijers was toch *de* man, die alles leidde. Hij was toen de laatste overlevende oprichter van het tijdschrift. Ik moet zeggen dat ik bij die vergaderingen erg geïnspireerd werd door Meijers. We waren allemaal een beetje bang voor hem. Hij was niet zo'n makkelijke man. Van Oven was jovialer en gezelliger.

XII

Meijers was ongelooflijk veelzijdig. Dat begon al met zijn 'Ligurisch erfrecht', erfrechtstelsels die in de ogen van de toenmalige geleerden tot het 'Germaanse recht' behoorden, maar dat bestreed Meijers nu juist. Hij had een enorme bronnenkennis, ook op het gebied van de algemene en de politieke geschiedenis. Maar tegelijkertijd ook op het gebied van het geleerde recht, met name de geschriften van de professoren uit Orléans in de 13e eeuw. Dat is helemaal zijn werk. Daar weten ze in Frankrijk nog steeds niks van. De enige die daar iets van gemaakt heeft is Meijers. Hij heeft een fundamenteel artikel geschreven, in 1919 al. Dat heb ik in het Frans doen verschijnen, wat mij in het buitenland de naam bezorgde een leerling van Meijers te zijn.

Behalve dat geleerde recht beheerste hij ook heel goed het Romeinse recht, maar niet het Romeinse recht zoals Ankum het wil beoefenen. Voor hem begon het bij het Corpus Iuris, niet met wat ervoor zit. Hij had niet eens een kritische uitgave van het Corpus Iuris. Hij zei: 'Je kunt het ook doen met een latere uitgave. Daar staat het tenminste in zoals ze het in de middeleeuwen gebruikten'. Dat was natuurlijk wel gechargeerd gezegd, maar het sprak mij wel aan. En bedenk dat hij daarnaast ook op het gebied van het oud-Hollandse recht enorm veel heeft gedaan. Als ontdekker en uitgever van die manuscripten van Van Bijnkershoek en van Pauw. En dat alles naast zijn werk op het gebied van het burgerlijk recht en het i.p.r.

Het gezag dat hij in de faculteit genoot? Dat was heel groot. Hij was natuurlijk niet meer in de faculteit toen ik kwam. Iedereen tutoyeerde elkaar

in de faculteit, behalve Meijers en Van Oven, daar zeiden ze Meneer tegen. Dat was de regel indertijd. Er waren natuurlijk veel leerlingen van Meijers in de faculteit. Er werd zeer positief tegen hem aangekeken.

XIII

Ja, wat Meijers op rechtshistorisch gebied gepresteerd heeft, is eenvoudig fantastisch. Hij ging nooit van vooropgezette meningen uit, maar kwam zoekend vanuit het heden bij het verleden terecht. Want zo is het gegaan. Omdat hij het deel erfrecht van Asser bewerkte, kwam hij tot het Ligurisch erfrecht. Omdat hij internationaal privaatrecht gaf, is hij gekomen tot de geschiedenis van het i.p.r. en daarmee bij die mensen van Orléans van de dertiende eeuw. Meijers als rechtshistoricus stelt vrijwel alle anderen in de schaduw, zowel in Nederland als in het buitenland.

De invloed die ik van Meijers onderging, dat kwam toch vooral door die vertaling van zijn geschriften. Hoewel dat niet altijd een even aangename taak was. Hij was ongelooflijk slordig. Het stikte van de fouten. Dat geldt ook voor de geschriften over het moderne recht. Hij citeerde soms de data en de vindplaatsen van de arresten uit het hoofd. Voor rechtshistorische studie is die slordigheid heel vervelend. Als je de boeken zelf had, kon je het nazien, maar anders... Maar ja, het was zo fantastisch wat hij allemaal deed. En niet alleen juridisch — ook zuiver historische feiten heeft hij in een ander licht weten te plaatsen. Hij was heel begaafd. Hij had een enorme kennis van zeer vele dingen en een oorspronkelijke mening. Aan de andere kant was hij enorm bescheiden. Hij stond open voor alles.

XIV

Maar zijn *invloed* als rechtshistoricus, die acht ik niet zo erg groot. Er zijn wel rechtshistorische proefschriften bij hem geschreven, hoewel dat eigenlijk niet tot zijn competentie behoorde, onder andere een heel goed proefschrift over de ontwikkeling van de executele door de broer van de grote Pitlo, R.W.H. Pitlo. Maar school als rechtshistoricus kon hij uiteraard niet maken, het was z'n leeropdracht niet. Er zijn natuurlijk, naast mij, wel mensen die van hem geleerd hebben. Dat zijn er niet veel, behalve mijn eigen leerlingen, die natuurlijk geïndoctrineerd zijn. Maar mensen die zeggen: Meijers is mijn voorbeeld, nee.

Ja, in het buitenland, daar wordt hij nog als *de* Nederlandse rechtshistoricus gezien. Anderen kennen ze helemaal niet. Invloed heeft hij internationaal dus wel, maar vooral op het gebied van het geleerde recht. Dat Ligurische recht is door niemand aanvaard. Maar hij heeft een aantal van de daarvoor gebruikte rechtsbronnen uit België, Frankrijk, Zwitserland en Oostenrijk uitgegeven. Daardoor wordt hij algemeen erkend. Ja, ik getuig graag van die invloed van Meijers op mij.

Welk boek ik aan studenten zou voorschrijven als ik volkomen vrij zou zijn in mijn keuze? Ik ben geneigd om niet een modern boek te nemen, want dat is te veel aan mode onderhevig. Ik zal ook niet de Digesten nemen of de Instituten van Gaius of Justinianus. Maar iets waar ik in mijn Utrechtse tijd veel uit geciteerd heb op college: het Discours Préliminaire van Portalis. In prachtig Frans geschreven. Het is de toespraak die hij heeft gehouden bij de *présentation* van de Code Civil. Over recht in het algemeen en de codificatie in het bijzonder doet hij daar allerlei aartsberoemde uitspraken, die veel geciteerd worden. Wat dat betreft is het wel wat afgezaagd om het te noemen. Veel studenten zullen het tegenwoordig niet meer in het Frans kunnen lezen. Ik weet niet of het ooit in het Nederlands vertaald is (het interview vond plaats voor de verschijning van de vertaling van Van Roermund, Tanghe en Willekens, *red.*), maar dan zal het veel van zijn charme verloren hebben. Het zijn van die prachtige, korte, kernachtige zinnen.

Ik ben het Frans ook gaan waarderen omdat ik veel in die taal geschreven heb. En door het vertalen van Meijers. Meijers schreef niet bepaald erg helder. Bij de vertaling gaat zich dat wreken. Die Fransman met wie ik de door anderen gemaakte vertalingen besprak, vroeg dan: 'Is het nou A of B?' En dan kon het dat allebei zijn. Meijers had soms misschien juist bedoeld dat het A of B zou kunnen zijn. Het Frans dwingt tot een heldere formulering. Je kunt niet zoals in het Duits alles afzwakken met 'wohl' of 'etwa'. In het Frans is het hom of kuit. Ja, jullie begrijpen dat ik nogal gallofiel ben.

De opschortende voorwaarde naar Romeins recht en volgens het Nederlandse Burgerlijk Wetboek

*J.A. Ankum**

1. Deze korte studie, die de uitwerking vormt van de voordracht die ik op 2 november 1993 in Leiden heb gehouden ter gelegenheid van het terugtreden van mijn vriend Jeroen M.J. Chorus als hoogleraar in de historische ontwikkeling van het recht, is gewijd aan enkele aspecten van de opschortende voorwaarde in het Romeinse recht en in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek sinds 1992. Nu onze wetgever in 1992 de terugwerkende kracht van de voorwaarde heeft afgeschaft en de regeling van de voorwaarde daardoor meer op de Romeins-rechtelijke heeft doen lijken, leek mij 'de voorwaarde' een geschikt onderwerp voor een vergelijkende behandeling, zoals die door de organisatoren van het afscheidscolloquium op 2 november bedoeld was. Wij beperken ons tot de opschortende voorwaarde, door de Romeinse juristen aangeduid met de term *condicio*. Hieronder wordt naar Romeins en modern Nederlands recht verstaan de bepaling, toegevoegd aan een rechtshandeling, waardoor het intreden van de rechtsgevolgen daarvan afhankelijk wordt gemaakt van het geschieden van een toekomstige onzekere gebeurtenis. De ontbindende voorwaarde leent zich veel moeilijker voor een vergelijking tussen de genoemde rechtssystemen. De Romeinen hebben deze nauwelijks toegepast en kennen geen technische term ter aanduiding ervan.[1] Bij de bedingen krachtens welke de koop ongedaan gemaakt kan worden, maakten de Romeinse juristen meestal gebruik van de volgende constructie: de koopovereenkomst wordt zuiver gesloten en aan de koopovereenkomst wordt een *pactum* (afspraak) toegevoegd tot ontbinding van de koop onder een opschortende voorwaarde.[2] Daar de resultaten van dergelijke afspraken zeer dicht staan bij die van de ontbindende voorwaarde in het moderne recht, zouden die in de behandeling moeten worden betrokken. Dit is binnen het kader van een kort opstel niet op

* Prof. mr. J.A. Ankum is hoogleraar in het Romeinse recht, de historische ontwikkeling van het recht en de juridische papyrologie aan de Universiteit van Amsterdam.

1. De term *condicio* wijst, als zij ter aanduiding van een voorwaarde wordt gebruikt, altijd op de opschortende voorwaarde.
2. Zo schrijft Ulpianus in D. 18.3.1 met betrekking tot de *lex commissoria*: 'Als een stuk grond onder een vervalbeding is verkocht, is het veeleer zo, dat de koop geacht wordt onder een opschortende voorwaarde ontbonden dan aangegaan te worden'.

verantwoorde wijze mogelijk. Wij beperken ons daarom tot de opschortende voorwaarde.

2. De behandeling van enkele kwesties met betrekking tot de opschortende voorwaarde (hierna 'de voorwaarde' genoemd) in het Romeinse recht[3] wil ik beginnen met een paar terminologische gegevens. Wanneer een opschortende voorwaarde, waarvan de vervulling nog mogelijk is, nog niet in vervulling is gegaan, schrijven de Romeinse juristen *condicio pendet*. Wanneer zij een rechtsvraag stellen die betrekking heeft op die situatie, duiden zij die aan als *pendente condicione* (terwijl de voorwaarde nog hangt).[4] Als de voorwaarde in vervulling gaat, wordt de uitdrukking *condicio deficit* (letterlijk: 'de voorwaarde ontbreekt'[5]) gebruikt. Als de voorwaarde niet in vervulling gaat of is gegaan, geven de juristen dit weer met *condicio exstat* of *impletur* dan wel *exstitit* of *impleta est*. Van een *stipulatio* waarvan de voorwaarde in vervulling treedt, zegt men *stipulatio committitur* (de stipulatie treedt in werking).

Uitdrukkelijk vooropgesteld dient te worden, dat het Romeinse recht nooit een algemene wettelijke regeling van de voorwaarde heeft gekend en dat de Romeinse juristen nooit een algemene behandeling hebben gegeven van hetgeen wij het leerstuk van de voorwaarde noemen. Wat zij wel hebben gedaan, was rechtsbeslissingen geven over concrete praktische rechtsvragen ten aanzien van bepaalde voorwaardelijke rechtshandelingen of categorieën van voorwaardelijke rechtshandelingen. De rechtshandelingen waaraan het vaakst een voorwaarde werd toegevoegd waren, evenals in het moderne recht het geval is, testamentaire makingen, de eigendomsoverdracht en overeenkomsten. Voorwaarden opgenomen in deze drie categorieën rechtshandelingen komen hierna aan de orde. Daar de afschaffing van de terugwerkende kracht van de voorwaarde de belangrijkste vernieuwing is van de regeling van deze figuur in het nieuwe BW, zullen wij, om vast te stellen in hoeverre in het Romeinse recht van terugwerkende kracht sprake is geweest, voor de te

3. Zie over de opschortende voorwaarde in het Romeinse recht: M. Kaser - F.B.J. Wubbe, Romeins Privaatrecht[2], Zwolle 1971; M. Kaser, Das römische Privatrecht (hierna RPR), München, I[2], 1970, pp. 257-258 en II[2], 1976, pp. 95-96, alsmede R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (hierna: Law of Obligations), Cape Town etc. 1990, pp. 718-731. Van de monografische litteratuur noem ik hier: W. Flume, Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 14(1936), pp. 19-85 = Gesammelte Schriften, Köln 1988, pp. 80-124; A. Masi, Studi sulla condizione nel diritto Romano, Milano 1966 (vgl. ook de bespreking van G. Wesener in Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.), 84(1967), pp. 466-471); A. Calonge, En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico, in Studi Volterra, III, Milano 1971, pp. 143-172 en W. Flume, 'Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker', in Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.), 92(1975), pp. 69-129 = Gesammelte Geschriften, pp. 182-228.
4. De Duitse rechtstaal kent nog steeds de uitdrukking 'die Pendenz der Bedingung'.
5. Ons oude BW sprak nog in art. 1294 over het ontbreken van de voorwaarde. In ons nieuwe BW komt deze term niet meer voor.

bestuderen voorwaardelijke rechtshandelingen nagaan 1) welke rechtsgevolgen deze hebben in de periode waarin de voorwaarde nog hangt en 2) of de rechtshandeling na het in vervulling gaan van de voorwaarde slechts voor de toekomst dan wel ook met terugwerking tot het het moment van de rechtshandeling rechtsgevolgen had. Als ingegaan zou worden op de vraag naar de echtheid der te bestuderen bronnen en op de interpretaties ervan door moderne romanisten zou over deze materie zonder moeite een boek kunnen worden geschreven. In het hiernavolgende ga ik zonder discussie van de klassiciteit van het overgrote deel van te bespreken Digestenplaatsen uit. Van een gedachtenwisseling met de in noot 3 genoemde auteurs zie ik af en ik beperk mij tot een eigen zelfstandige bronneninterpretatie, die vooral tot doel heeft te laten zien, hoe de klassieke juristen met de voorwaarde hebben gewerkt. Over het Justiniaanse recht volgen enkele opmerkingen aan het eind van dit nummer.

In het hierna volgende zullen achtereenvolgens voorwaardelijke testamentaire makingen (A), voorwaardelijke eigendomsoverdrachten (B) en voorwaardelijke overeenkomsten (C) worden behandeld.

A. Voorwaardelijke testamentaire makingen[6]

1. Voorwaardelijke erfstellingen

In de fragmenten der juristengeschriften vindt men gevallen, waarin iemand tot erfgenaam wordt ingesteld onder de voorwaarde dat hij het Capitool zal hebben beklommen of dat een bepaald schip binnen drie maanden uit *Asia* zal zijn aangekomen. Zowel in de juristenteksten als in de op wastafeltjes en papyrus overgeleverde testamenten zeer veel voorkomend zijn twee bijzondere typen voorwaardelijke erfstellingen, die bekend staan als *substitutio vulgaris* en *substitutio pupillaris*. De vulgair gesubstitueerde wordt als erfgenaam ingesteld onder de voorwaarde, dat de als eerste ingestelde geen erfgenaam zal zijn. De pupillair gesubstitueerde wordt ingesteld onder de voorwaarde dat het door de erflater eerst ingestelde kind als onvolwassene zal komen te overlijden. Om mijn beschouwingen niet te gecompliceerd te maken beperk ik mijn bespreking van de voorwaardelijke erfstelling tot die van de zgn. *heredes voluntarii*, dit zijn alle erfgenamen die niet behoren tot de *heredes necessarii*[7] en die de hoedanigheid van erfgenaam pas verkrijgen door de nalatenschap of hun erfdeel te aanvaarden.

Indien een *heres voluntarius* (vrijwillige erfgenaam), bijv. de vrouw, een

6. Zie daarover P. Voci, Diritto ereditario romano, II^2, Milano 1963, pp. 616-617.
7. *Heredes necessarii* (noodzakelijke erfgenamen) zijn 1) de zgn. *heredes sui*, dat zijn de personen, zoals de *filii familias* van de erflater, die door diens overlijden tot *sui iuris* (zelfstandige personen) worden en 2) de aan de erflater toebehorende slaaf, die hij bij testament heeft vrijgelaten en tot erfgenaam heeft ingesteld. Deze erfgenamen zijn van rechtswege en noodzakelijkerwijze erfgenaam. Alle andere wettelijke en testamentaire erfgenamen zijn 'vrijwillige erfgenamen'; zij worden pas erfgenaam door te aanvaarden. Voor de voorwaardelijke erfstellingen van de *heredes necessarii* gold een bijzonder regime; zie Kaser, RPR, I^2, p. 688.

broer of een vriend van de erflater, onder een voorwaarde tot erfgenaam is ingesteld, dan heeft hij, vóór de voorwaarde in vervulling gaat, geen enkel recht met betrekking tot de erfenis. Zolang de voorwaarde hangt, is de nalatenschap een *hereditas iacens* (een opengevallen nalatenschap die nog niet is aanvaard). Treedt de voorwaarde in vervulling, dan kan de voorwaardelijk ingestelde zich tot erfgenaam maken door de nalatenschap of zijn erfportie te aanvaarden.[8] Van enige anticiperende werking van de voorwaardelijke erfstelling is geen sprake. Als de voorwaardelijk ingestelde vóór de vervulling van de voorwaarde sterft, vervalt de erfstelling. Het recht om na deze vervulling te aanvaarden gaat niet op zijn erfgenamen over. Dit is in overeenstemming met de wil van de erflater. Van terugwerkende kracht van de voorwaarde is na vervulling evenmin sprake. Verkrijgingen, die door middel van de nalatenschapsslaven hebben plaatsgehad, worden sinds Julianus (± 150 na Chr.) aan de opengevallen nalatenschap, die de rol van een persoon vervulde, toegerekend en gaan bij aanvaarding door de erfgenaam die plaats had na het in vervulling gaan der voorwaarde op deze over. Als van terugwerkende kracht sprake zou zijn geweest, dan zouden de verkrijgingen vanaf het openvallen van de nalatenschap geacht zijn door de erfgenaam te zijn verworven.

2. Voorwaardelijke legaten

Wij zullen achtereenvolgens de beide hoofdtypen van de Romeinse legaten de revue laten passeren: eerst komen de voorwaardelijke vindicatie-legaten (a) en vervolgens komen de voorwaardelijke damnatie-legaten (b) aan de orde. De eerste zullen blijken tot meer rechtsproblemen aanleiding te hebben gegeven dan de tweede.

a. Legata per vindicationem

Het wezen van dit type legaten is, dat de legataris door het legaat direct eigendom, vruchtgebruik of een ander zakelijk recht verwerft zonder dat een eigendomsoverdracht of een vestiging van het zakelijk recht nodig is. Gaat het om een voorwaardelijk vindicatie-legaat, dan verwerft de legataris — tenzij hij het legaat verwerpt — het zakelijk recht op het moment, waarop de voorwaarde in vervulling gaat. De rechtsverkrijging geschiedt *ex nunc*. Als de legataris voordien overlijdt, vervalt het legaat; zijn erfgenamen verwerven niet een potentieel recht om het legaat te verkrijgen, als de voorwaarde in vervul-

8. In D.28.5.60.5 behandelde Celsus een geval, waarin bij uitzondering ten aanzien van een erfdeel met betrekking waartoe een voorwaardelijke erfstelling gemaakt is, geen aanvaarding meer nodig was. Het geval is het volgende. Een erflater had in zijn testament Titius voor ½, Seius voor ¼ en Titius voor nog ¼, in dit laatste geval onder een voorwaarde, tot erfgenamen ingesteld. Titius en Seius aanvaardden de erfdelen, waarvoor zij onvoorwaardelijk waren ingesteld. Toen de voorwaarde waaronder Titius voor ¼ tot erfgenaam was ingesteld in vervulling was gegaan, behoefde hij volgens Celsus niet nog eens te aanvaarden, daar hij zijn wil om erfgenaam te zijn reeds bij de aanvaarding van de helft van de nalatenschap geuit had.

ling gaat. Dit is in overeenstemming met de wil van de *testator*.

Door Gaius *Inst.*,2.200 weten wij, dat er over de vraag hoe de rechtstoestand was in de periode waarin de voorwaarde nog hangende was, een meningsverschil bestond tussen de rechtsscholen der Proculianen en der Sabinianen. Volgens de eerstgenoemden was de zaak *pendente condicione* een *res nullius*, een zaak die aan niemand toebehoorde. Volgens de andere school was in de tussentijd de erfgenaam eigenaar van de voorwaardelijk *per vindicationem* gelegateerde zaak. De mening van de Sabinianen is de heersende geworden.[9] In het hierna volgende beperken wij ons tot het veel voorkomende geval, waarin de eigendom van een zaak gelegateerd is. Het resultaat van beide opvattingen is, dat de vindicatielegataris na het in vervulling gaan van de voorwaarde niet in een slechtere positie verkeert, dan die, waarin hij zou hebben verkeerd, indien hij de zaak op het moment van aanvaarding door de erfgenaam zou hebben verworven. Vóór die vervulling heeft de legataris geen enkel recht ten aanzien van de voorwaardelijk gelegateerde zaak.

Volgens de Proculiaanse opvatting zijn alle handelingen, waardoor de erfgenaam als *non dominus* de zaak heeft vervreemd of belast, ongeldig. Die opvatting vinden wij nog in een tekst van Pomponius[10], waarin deze jurist schrijft, dat de erfgenaam betreffende een voorwaardelijk bij vindicatielegaat vermaakt stuk grond *pendente condicione* geen geldig onvoorwaardelijk vindicatielegaat kan maken en dat deze daarop geen geldig servituut kan vestigen.

Hetgeen volgens de Sabiniaanse opvatting de rechtsgevolgen waren van rechtshandelingen die de erfgenaam vóór de vervulling der voorwaarde met betrekking tot de voorwaardelijk gelegateerde zaak heeft verricht, kan uit de beslissingen die de klassieke juristen in concrete gevallen hebben gegeven, worden gereconstrueerd. Als de *heres* de voorwaardelijk gelegateerde zaak heeft vervreemd of met een beperkt zakelijk recht heeft bezwaard, en de rechtsgevolgen van deze handelingen bij het in vervulling gaan van de voorwaarde kunnen worden beëindigd, dan zijn die zakenrechtelijke handelingen voorlopig geldig.[11] De koper, aan wie de erfgenaam de zaak heeft geleverd, wordt vooralsnog eigenaar; treedt de voorwaarde in vervulling, dan verwerft de vindicatie-legataris het eigendomsrecht en kan deze de zaak revindiceren.[12] De buurman, die op het voorwaardelijk gelegateerde stuk grond een servituut heeft verkregen, dat de erfgenaam te zijnen gunste heeft

9. Dat is begrijpelijk, daar in die Sabiniaanse leer wordt vermeden, dat een derde door *occupatio* eigendom van de zaak die het voorwerp van het voorwaardelijke vindicatielegaat is verwerft, die hij bij vervulling der voorwaarde verliest, doch anders behoudt. Die consequentie der Proculiaanse leer lijkt inderdaad ongerijmd.
10. Zie Pomp. D.35.1.105. Het is interessant te constateren, dat aan het einde van de tekst door een latere lezer of door de compilatoren een zinsnede is toegevoegd die gebaseerd is op de na Pomponius heersend geworden Sabiniaanse opvatting. In die zinsnede wordt meegedeeld dat *existente condicione* een door de erfgenaam vóór de vervulling der voorwaarde gevestigde erfdiensbaarheid zal eindigen (*finietur*).
11. Zij blijven geldig, indien geen vervulling van de voorwaarde plaats heeft.
12. Zie bijv. Gaius D.30.69.1.

gevestigd, is vooralsnog een servituutgerechtigde geworden; treedt de voorwaarde van het legaat in vervulling, dan eindigt zijn erfdienstbaarheid.[13] Afwijkend is het regime van door de erfgenaam tussentijds verrichte rechtshandelingen die een onherroepelijk karakter hebben. De bronnen geven als voorbeeld het vrijlaten van een voorwaardelijk gelegateerde slaaf en het door er een stoffelijk overschot in te begraven tot een *res religiosa* maken van een gedeelte van een voorwaardelijk gelegateerd stuk grond. Deze rechtshandelingen hebben vooralsnog geen enkel rechtsgevolg; komt echter de voorwaarde te ontbreken, dan wordt de slaaf alsnog vrij en het gedeelte van de *fundus* alsnog een *res religiosa*.[14] Door dit subtiele geheel van rechtsbeslissingen is een voor alle betrokkenen bevredigende regeling[15] bereikt. Hoewel door deze regeling resultaten worden verkregen, die doen denken aan die welke door het toekennen van terugwerkende kracht van de voorwaarde worden bereikt[16], is toch van die terugwerkende kracht geen sprake. Dit blijkt ook uit het feit dat het voorwaardelijk vindicatielegaat van een zaak die op het moment van het maken van het testament aan de legataris toebehoort, maar op dat van de vervulling van de voorwaarde niet meer, geldig is.[17] Het blijkt ook daaruit, dat de *heres* recht heeft op de vruchten van het voorwaardelijk *per vindicationem* gelegateerde stuk grond.[18]

b. Legata per damnationem

Weinig teksten zijn ons overgeleverd over de voorwaardelijke damnatielegaten. Dat is begrijpelijk, daar er hier weinig juridische problemen waren en de rechtspositie van deze damnatielegataris duidelijk was. Het *legatum per damnationem* doet een vorderingsrecht (bijv. tot levering van de vermaakte zaak of tot betaling van het gelegateerde geldsbedrag) ontstaan, dat tegen de

13. Zie Marcellus D.8.6.11.1 en 2 en de laatste zinsnede van Pomp. D.35.1.105. Daar de bedoeling van de hele regeling is te vermijden, dat de rechtspositie van de legataris slechter wordt, is het begrijpelijk dat Marcellus in de genoemde tekst een door de erfgenaam ten gunste van het gelegateerde stuk grond op een naburig erf verkregen erfdienstbaarhied ten bate van de legataris na de in vervulling treding van de voorwaarde laat voortduren.
14. Zie Gaius D.40.9.29.1 en Paulus D.11.7.34 en D.40.1.11.
15. Dezelfde regeling is door de Romeinse juristen op het *legatum optionis* toegepast, krachtens hetwelk aan een legataris het recht wordt gegeven uit de nalatenschapsslaven een keuze te maken. Dit legaat wordt behandeld als een vindicatielegaat van alle nalatenschappslaven apart onder de voorwaarde dat de legataris hierop zijn keuze uitbrengt. Zie Iavolenus D.33.5.14 en Gaius D.40.9.3: indien de erfgenaam een tot de nalatenschapsslaven behorende slaaf heeft vrijgelaten, ontbeert deze vrijlating vooralsnog geldigheid; indien de legataris zijn keus op een of meer andere slaven heeft uitgebracht, wordt de door de erfgenaam verrichte vrijlating alsnog geldig.
16. De redenering zou dan zijn, dat de legataris vanaf het moment waarop de nalatenschap aanvaard is, geacht wordt eigenaar te zijn geweest, zodat alle rechtshandelingen van de erfgenaam, ook die welke voor de legataris gunstig zijn (zie hierboven, noot 13) met terugwerkende kracht nietig zijn, en door de erfgenaam genoten vruchten alsnog aan de legataris moeten worden vergoed.
17. Zie Ulpianus D.30.41.2.
18. Vgl. Modestinus D.31.32.1.

erfgenaam met de *actio ex testamento* kan worden geëffectueerd, nadat laatstgenoemde de nalatenschap heeft aanvaard. Indien aan het damnatielegaat een (opschortende) voorwaarde is verbonden, ontstaat het vorderingsrecht van de legataris pas, als de voorwaarde in vervulling treedt.[19] Anders dan bij de voorwaardelijke schuld uit een stipulatie[20] is hier van enige anticiperende werking van deze vervulling en van enige terugwerkende kracht geen sprake. Zoals uit Ulpianus D.44.7.42 blijkt wordt de damnatielegataris vóór de *impletio* van de *condicio* op geen enkele wijze als een schuldeiser beschouwd. Indien de erfgenaam overlijdt, vóór de legataris door het in vervulling gaan van de voorwaarde zijn vorderingsrecht heeft verkregen, dan gaat de potentiële gehoudenheid tot de uitkering van het legaat op zijn erfgenamen over. Komt daarentegen de legataris te overlijden voordat de voorwaarde vervuld wordt, dan vervalt het legaat. Van overgang op diens erfgenaam van een potentieel vorderingsrecht is geen sprake. Dit correspondeert met de wil van de erflater. Op deze erfgenaam gaat alleen dan het op het legaat gebaseerde vorderingsrecht over, als de legataris na de vervulling van de voorwaarde is overleden.[21]

3. Voorwaardelijke vrijlatingen

Een oude — reeds in de Wet der XII Tafelen voorkomende — rechtsfiguur is de voorwaardelijke testamentaire vrijlating. De erflater bepaalde bijv. in zijn testament, dat een zekere, hem toebehorende slaaf vrij zal zijn, als hij aan de erfgenaam een bepaald geldsbedrag betaalt. Zolang de voorwaarde hangende is, behoort de aldus voorwaardelijk vrijgelaten slaaf, door de Romeinen *statuliber* genoemd, toe aan de erfgenaam.[22] Deze kan de *statuliber* vervreemden, met een pandrecht bezwaren en vrijlaten.[23] De slaaf gaat echter over *cum sua causa*[24], d.w.z. met behoud van zijn potentiële recht op vrijheid. Treedt de voorwaarde in vervulling, dan wordt de slaaf vrij, hetgeen in overeenstemming is met de gedachte van de *favor libertatis*, gaan alle door derden op de slaaf verkregen rechten teniet en wordt deze van een vrijgelatene die aan de erfgenaam patronaatsplichten verschuldigd is, tot een *libertus orcinus*, d.w.z. een vrijgelatene met een *patronus*, die als overledene in de *orcus* (onderwereld) verblijft en die dus geen patronaatsrechten kan uitoefenen. Indien de voorwaarde onder welke de testamentaire vrijlating is geschied

19. Tegen insolventie van de erfgenaam wordt de legataris, die slechts een voorwaardelijk recht heeft, door de praetor beschermd, doordat de erfgenaam jegens de legataris de *cautio legatorum servandorum causa* moet afleggen. Onder praetorische dwang belooft de erfgenaam, dat hij het legaat zal uitkeren, als de voorwaarde zal worden vervuld, en deze belofte wordt door borgen versterkt.
20. Zie hierna onder Geval C1.
21. Zie Ulpianus, Regulae, 24, 30.
22. Zie Gaius, Inst., 2,200 en Ulpianus, Regulae, 2,2.
23. Zie Ulpianus, Regulae, 2,3; Ulpianus D.40.7.2*pr* en Marci. D.20.1.13.1. Als voorbeeld citeer ik de laatste tekst: 'Op een *statuliber* kan ook een geldig (bezitloos) pandrecht worden gevestigd, maar als de voorwaarde in vervulling gaat, gaat het pandrecht teniet.'
24. Zie Ulp. D.40.7.2*pr*.

de betaling is door de slaaf van een geldsbedrag aan de erfgenaam en laatstgenoemde heeft de *statuliber* aan een koper in eigendom overgedragen, dan moet — zoals de Twaalf Tafelen bepaalden — deze betaling nu aan de koper geschieden, wil de voorwaardelijk vrijgelatene zijn vrijheid verwerven. In dit geval doet het verwerven van de *libertas* door de slaaf de rechten van de koper dus niet geheel teniet gaan. Weliswaar verliest deze de eigendom van de slaaf, maar in plaats daarvan verkrijgt hij een geldsbedrag. Van terugwerkende kracht van de voorwaarde is geen sprake; deze had ertoe geleid aan te nemen, dat de slaaf geacht zou zijn vanaf het moment van de aanvaarding door de erfgenaam vrij te zijn en dat het bij testament bepaalde geldsbedrag aan de erfgenaam had moeten zijn betaald. De *statuliber* verwerft zijn vrijheid *ex nunc* en aan de belangen van de koper wordt tegemoetgekomen door de genoemde, reeds in de XII Tafelen neergelegde regel.

B. Voorwaardelijke eigendomsoverdracht

Dat er weinig teksten over de voorwaardelijke eigendomsoverdracht zijn overgeleverd is begrijpelijk, als men bedenkt dat aan de formele leveringshandelingen van het *ius civile*, *mancipatio* en *in iure cessio*[25], geen voorwaarde kon worden verbonden; in de teksten waaruit de compilatoren een selectie hebben gemaakt voor de Digesten kwam dus, voor zover zij betrekking hadden op die beide leveringsvormen van het *ius civile*, geen voorwaardelijke eigendomsoverdracht voor. Alleen voor de voorwaardelijke eigendomsoverdracht door *traditio* beschikken wij over teksten. Daaruit blijkt, dat over de werking ervan meningsverschil tussen de klassieke juristen heeft bestaan. Julianus bespreekt in D.39.5.25 een geval waarin Titius aan iemand een geldsbedrag schenkt en de eigendomsoverdracht afhankelijk maakt van het intreden van de voorwaarde 'als Seius consul zal zijn geworden'. Titius overlijdt of wordt krankzinnig, vervolgens aanvaardt Seius het consulaat. De vraag of de voorwaardelijk begiftigde alsnog de eigendom van de geldstukken verkrijgt, beantwoordt Julianus positief. Hij laat dus de handeling ondanks de storende omstandigheden van de dood en de *furor* van de schenker effect sorteren. Pas op het moment van het consul worden van Seius krijgt de voorwaardelijk begiftigde de eigendom der geldstukken; de mogelijkheid daartoe wordt door de dood en door het krankzinnig worden van de schenker niet aangetast. Er is dus in de opvatting van Julianus in zoverre van een anticiperende werking sprake dat de kans dat de voorwaardelijk geschonken zaak het vermogen zal verlaten ook werkt ten laste van de erfgenaam. Ook erkent Julianus een zekere mate van terugwerking tot het moment van de *traditio*, daar hij de handelingsbekwaamheid van de schenker op dat moment beslissend acht en diens later intredende geestesziekte niet relevant acht.

Uit Ulpianus' behandeling van een vergelijkbaar geval in D.23.3.9.1 blijkt dat er voor de situatie, waarin de overdrager voor het in vervulling gaan van de voorwaarde komt te overlijden ook een andere opvatting heeft bestaan.

25. Zie Kaser, RPR, I[2], p. 255 en Pap. D.50.17.77.

Iemand heeft aan de verloofde van zijn dochter zaken overgedragen met de afspraak dat deze de bruidsschat zullen uitmaken als het huwelijk zal zijn gevolgd. Na het overlijden van de (schoon)vader zijn de verloofden getrouwd. Heeft de schoonzoon ondanks het overlijden van zijn toekomstige schoonvader de eigendom van de voorwaardelijk aan hem overgedragen zaken verkregen en zijn dit dotale zaken geworden? Ulpianus begint met het uiten van zijn vrees dat dit niet het geval is. De eigendom, die immers nog niet door de schoonzoon is verworven zolang de voorwaarde nog hangt, is door het overlijden van de toekomstige schoonvader op diens erfgenaam overgegaan en kan niet uit zijn vermogen gaan zonder zijn toestemming. Dit is kennelijk een in het (oudere) klassieke recht verdedigde zienswijze geweest. Ulpianus blijft er niet bij staan; op 'welwillende wijze en op grond van de *favor dotis*' verdedigt hij om het door de Romeinen gevreesde *indotata*-zijn van de vrouw te vermijden, dat de erfgenaam van degene die onder voorwaarde een bruidsschat heeft gegeven moet instemmen met de eigendomsovergang dan wel dat in geval van diens weigerachtigheid of afwezigheid tot een eigendomsovergang van rechtswege dient te worden geconcludeerd. De leidende gedachte van de begunstiging van de bruidsschat brengt Ulpianus dus uiteindelijk tot een maatschappelijk gewenst resultaat, dat parallel loopt met dat van Julianus' beslissing voor het geval van de dood van degene die onder voorwaarde een schenking had gedaan.

C. Voorwaardelijke overeenkomsten

1. De voorwaardelijke stipulatio

Veel aandacht hebben de Romeinse juristen besteed aan de onder een voorwaarde gesloten *stipulatio*, hetgeen gezien het frequente gebruik van deze overeenkomst die een zeer gevarieerde inhoud kon hebben, niet verwonderlijk is. Dat zij daarbij soms niet en soms wel een zekere mate van terugwerking hebben erkend, is in overeenstemming met het casuïstische karakter van hun rechtsvindingsmethode.

Vast staat, dat het vorderingsrecht van de voorwaardelijke crediteur pas ontstaat op het ogenblik waarop de voorwaarde in vervulling treedt.[26] Het recht om te vorderen is opgeschort (*petitio suspensa est*), zoals Paulus schrijft in *Fragmenta Vaticana* 50, en ontstaat pas, wanneer de voorwaarde in vervulling gaat. Een consequentie hiervan is, dat de juristen de stipulatie, waarbij iemand zich een zaak heeft laten beloven, die hem op het moment van de contractssluiting nog wel, maar op dat van het in vervulling gaan van de

26. Het is hiermee in overeenstemming dat een *novatio*, waarbij iemand zich bij *stipulatio* onder een voorwaarde door Titius had laten beloven hetgeen Sempronius hem verschuldigd was, pas van kracht wordt als de voorwaarde in vervulling gaat; pas dan verkrijgt de crediteur zijn vorderingsrecht jegens Titius en gaat zijn vordering op Sempronius teniet; vgl. Pomp. D.46.2.24. Zie ook Gaius *Inst.*, 3,179 en Ulpianus D.46.2.14: de voorwaardelijke *novatio* treedt pas in werking bij het in vervulling gaan van de voorwaarde; als slaaf Stichus die het object was van de novatie-stipulatie hangende de voorwaarde een natuurlijke dood is gestorven, komt de novatie niet tot effect.

voorwaarde niet meer toebehoorde, als een *stipulatio utilis* (een rechtens effectieve stipulatie) hebben beschouwd, op grond waarvan de *stipulator* vanaf dat laatste moment tot eigendomsverschaffing kon ageren.[27]

Aan de voorwaardelijke stipulatie hebben de Romeinse juristen in de periode waarin de voorwaarde nog hangende is een zekere anticiperende werking toegekend. Er bestaat volgens hen tussen de potentiële crediteur en de potentiële debiteur toch reeds 'iets' dat rechtens relevant is. In *Inst.* 3.15.4 treffen wij de volgende, waarschijnlijk uit de Instituten van Florentinus overgenomen[28] passage aan: '*ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contingerit*': ('op grond van een voorwaardelijke stipulatie bestaat slechts een verwachting, dat er een schuld zal ontstaan, en deze verwachting dragen wij aan onze erfgenamen over, als wij overlijden voordat de voorwaarde in vervulling gaat'). Waarschijnlijk duidt deze formulering op het overgaan van de verwachting in geval van overlijden van de potentiële crediteur in de periode waarin de voorwaarde nog hangt.[29] Hetzelfde heeft ook gegolden,indien *pendente condicione* de stipulatie-debiteur is gestorven. Zo schrijft bijv. Pomponius in D.46.2.24, *in fine*, dat hier door de dood van een *promissor* de *stipulatio* niet tenietgaat, maar overgaat op diens erfgenaam.[30] De potentiële schuld gaat dus op laatstgenoemde over.

Eveneens als het aannemen van een zekere anticiperende werking kan men de erkenning door de klassieke juristen beschouwen van de mogelijkheid om een voorwaardelijke, op een stipulatie gebaseerde schuld, kwijt te schelden door middel van een *acceptilatio*. Als er volgens hen rechtens nog helemaal 'niets' zou hebben bestaan, dan zouden zij dit niet hebben kunnen aanvaarden. Pomponius[31] en Papinianus[32] achten het mogelijk dat een voorwaardelijke schuld reeds hangende de voorwaarde door *acceptilatio* wordt kwijtgeschol-

27. Cf. Pomp. D.45.1.31.
28. Zie C. Ferrini, Opere, II, Milano 1929, p. 387. Florentinus gebruikt hier het beeld van de *spes debitum iri*, de verwachting van het ontstaan van een schuld. Van deze jurist zijn meer beeldende juridische uitdrukkingen bekend. Men denke bijv. aan de woorden, dat de opengevallen maar nog niet aanvaarde nalatenschap *personae vice fungitur* (de rol vervult van een persoon); vgl. Flor. D.30.116.2 en D.46.1.22.
29. Ook in Ulpianus D.50.16.54 worden deze schuldeisers aangeduid als degenen *qui spem habent* (die een verwachting hebben).
30. Zie ook Julianus D.45.1.57 volgens wie de *promissor* die hangende de voorwaarde overlijdt, *relinquet heredem obligatum* (zijn erfgenaam als gebonden zal nalaten).
31. Pomponius D.46.3.16 en D.46.4.12. In de eerste tekst kan men lezen, dat de schuldenaar na het in vervulling gaan van de voorwaarde geacht wordt *iam olim* (reeds lang) bevrijd te zijn. Daar zijn schuld echter pas bij de vervulling der voorwaarde is ontstaan, is het moeilijk de betekenis van deze twee woorden te begrijpen. Waarschijnlijk heeft in naklassieke tijd een lezer of hebben de compilatoren die woorden toegevoegd om de terugwerkende kracht meer nadruk te geven. Zie hierna, noot 45.
32. Papinianus D.50.17.77. De jurist maakt hier een onderscheid tussen de rechtens onmogelijke voorwaardelijke *acceptilatio* en de zuivere *acceptilatio* van een voorwaardelijke schuld. De laatste kan wel worden verricht, maar zij heeft pas rechtsgevolgen 'als de voorwaarde van de verbintenis in werking is getreden'.

den. Het bevrijdende rechtsgevolg komt tot stand als de voorwaarde in vervulling treedt. Men zou hier de door Eggens gecreëerde term 'samenval van rechtsmomenten' kunnen gebruiken. Door de vervulling van de voorwaarde treedt de verbintenis in werking, maar zij gaat door de reeds tevoren verrichte kwijtschelding weer op hetzelfde moment teniet.[33]

Naast deze anticiperende werking kunnen wij bij de voorwaardelijke stipulatie ook in sommige gevallen een zekere terugwerking van de voorwaarde waarnemen. Deze door de juristen aan de vervulde voorwaarde gegeven terugwerking doet zich in de eerste plaats voor bij de door een *filius familias* voor zijn *pater* en bij de door een slaaf voor zijn meester gesloten voorwaardelijke stipulatie. Wordt na de overeenkomst de zoon geëmancipeerd of de slaaf vrijgelaten, dan rijst, wanneer vervolgens de voorwaarde vervuld wordt, de vraag wie de op de stipulatie gebaseerde actie kan instellen. De belangen van de vaders en de meesters hebben de juristen er stellig toe gebracht hier het moment van de contractssluiting als beslissend aan te merken en de actie aan de vader en de meester toe te kennen.[34] Volgens Paulus (D.45.1.78*pr*) komt de actie aan de vader toe '*quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*' ('omdat wij bij stipulaties dit moment in ogenschouw nemen, waarop wij contracteren').

Een tekst die in de latere Europese rechtsgeschiedenis een sterk argument is geweest voor degenen die op basis van het Corpus Iuris een algemeen beginsel van de terugwerkende kracht van de voorwaarde bepleitten, is D.20.4.11.1. Gaius stelt daarin het volgende geval aan de orde. Iemand had zich jegens C^1 onder een voorwaarde bij stipulatie tot een bepaalde prestatie (bijv. de betaling van een geldsbedrag) verbonden en vestigde een bezitloos pandrecht op een hem toebehorende zaak. Terwijl die voorwaarde nog hing, sloot hij een onvoorwaardelijke geldlening met C^2, ten wiens gunste hij op dezelfde zaak een bezitloos pandrecht vestigde. Vervolgens ging de voorwaarde van de overeenkomst met C^1 in vervulling. Als men geen terugwerkende kracht aanneemt, is de vordering van C^1 jonger dan die van C^2; laatstgenoemde is dan dus *potior* met betrekking tot het pandrecht. Dit is kennelijk een in het (oudere) klassieke recht verdedigde mening, die Gaius eerst lijkt aan te hangen. Maar dan vervolgt hij: '*sed vereor num hic aliud sit dicendum, cum enim semel condicio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est*' ('maar ik vrees, dat hier iets anders gezegd moet worden, want wanneer eenmaal de voorwaarde in vervulling is gegaan, moet de situatie rechtens aldus worden behandeld, alsof de stipulatie op het moment waarop zij is gesloten, zonder voorwaarde

33. Een voorwaardelijke schuld is ook reeds vatbaar voor betaling, als het onder een voorwaarde verschuldigde geldsbedrag wordt betaald met de afspraak dat het geld tot betaling van de schuld zal strekken als die voorwaarde vervuld wordt. Volgens Aristo vermeld door Pomponius in D.46.3.16 wordt de debiteur *existente condicione* bevrijd en kan daartegen niet worden aangevoerd, dat de toen nog potentiële crediteur reeds tevoren de eigendom der geldstukken had verkregen.
34. Zie aldus Pomp. D.50.17.8 en Paulus D.45.1.78*pr* en D.50.17.144.1.

tot stand was gekomen. En dit is de beste oplossing'). Daar volgens Gaius de voorwaardelijke stipulatie na het instellen van de voorwaarde geacht wordt op het moment van de contractssluiting onvoorwaardelijk te zijn gesloten wordt de vordering van C^1 geacht de oudste te zijn en heeft deze terzake van het pandrecht de sterkste positie.[35] Volgens de Romeinse juristen kon een dergelijke rechtsbeslissing worden gegeven naast de geen terugwerking aannemende beslissing inzake de stipulatie van een zaak die bij de contractssluiting wel en bij de vervulling van de voorwaarde niet meer aan de stipulatiecrediteur toebehoorde. Een analyse van de strekking van de overeenkomst en van de belangen van partijen leidde hen tot in de verschillende situaties verschillende beslissingen, waarmee latere juristen, die één dogmatisch beginsel terzake van de werking van de voorwaarde wilden toepassen, problemen hadden.

2. De voorwaardelijke koopovereenkomst

Zoals bij de voorwaardelijke stipulatie het vorderingsrecht van de *stipulator* pas op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde ontstaat, zo ontstaan bij de *emptio venditio* onder een voorwaarde de vorderingsrechten van koper en verkoper pas op dat moment. Derhalve is ook een voorwaardelijke koop van een op het moment van de koop aan de koper toebehorende zaak geldig als hij de zaak bij de vervulling der voorwaarde niet meer in eigendom heeft.[36]

Daar de koop pas bij de vervulling van de voorwaarde geldig tot stand komt, is voordien voor de koper de *usucapio pro emptore* niet mogelijk. De koper kan dus niet beginnen met de zaak op grond van koop door verjaring in eigendom te verkrijgen, zolang de voorwaarde niet in vervulling is gegaan.[37]

Belangrijk is de beslissing die de Romeinse juristen bij de voorwaardelijke koop met betrekking tot het risico hebben genomen. In het Romeinse recht geldt vanaf het moment waarop de *emptio venditio perfecta* is, de regel, dat het risico voor de koper is, d.w.z. dat hij indien de zaak vóór de levering door overmacht teniet gaat toch de koopprijs moet betalen. Een zuiver gesloten verkoop is in die zin 'volkomen' als er wilsovereemstemming tussen de partijen is. Hoe staat het nu met de onder een voorwaarde gesloten koop? De juristen zijn van mening, dat een voorwaardelijk gesloten koop pas 'volkomen' is, als de voorwaarde in vervulling is gegaan. Pas door het in vervulling treden van de voorwaarde gaat het risico op de koper over. Gaat de zaak eerder door overmacht teniet, dan hoeft hij de koopprijs niet te betalen, en kan

35. Een ander geval van terugwerking van de voorwaarde is het volgende door Africanus in D.45.1.64 behandelde geval. Volgens Julianus was van op de strekking van de stipulatie gebaseerde terugwerking van de voorwaarde sprake, toen iemand onder een voorwaarde bij stipulatie de betaling van een jaarlijks geldsbedrag had beloofd. Toen de voorwaarde na drie jaar in vervulling ging, was de vraag of ook de jaargelden over die drie jaar moesten worden betaald. Zoals Africanus meedeelt, beantwoordde Julianus die vraag positief.
36. Vgl. Marcellus D.18.1.61.
37. Zie Paulus D.18.6.8*pr* en D.41.4.2.2.

hij indien hij reeds heeft betaald de koopprijs terugvorderen.[38] Door deze rechtsbeslissing hebben de juristen de werking van de onbillijke *periculum*-regel beperkt.

Als aan de koper reeds *pendente condicione* blijkt, dat de voorwaardelijk gekochte slaaf een op het moment van de contractssluiting verborgen gebrek had, kan hij vóór de vervulling van de voorwaarde de *actio redhibitoria* niet met succes instellen, omdat — zo schrijft Ulpianus in D.21.1.43.9 — 'een nog niet geldig tot stand gekomen koop niet door de rechter ongedaan kan worden gemaakt'.

Van een zekere anticiperende werking van de voorwaardelijke overeenkomst is sprake, daar de juristen zowel bij de dood van de verkoper als bij de dood van de koper in de periode, waarin de voorwaarde nog hangt, aanvaarden dat de potentiële gehoudenheid van beide partijen bij hun dood op hun erfgenamen overgaat.[39]

Tenslotte is bij de vraag naar de geldigheid van de *emptio rei speratae*, de verkoop van toekomstige zaken, zoals de verwachte vruchten van een stuk grond of het kind van een zwangere slavin voor de vraag naar de geldigheid van de overeenkomst door Pomponius in D.18.1.8*pr* een terugwerking toegepast. Na gesteld te hebben dat voor de geldigheid van een koopovereenkomst nodig is dat er een zaak is, die verkocht wordt, neemt hij de vrees dat op grond daarvan een *emptio rei speratae* niet geldig zou zijn weg, door te stellen, dat als eenmaal het slavenkind geboren is en de vruchten geoogst zijn, ook een reeds bij de contractssluiting geldige koopovereenkomst geacht wordt te zijn gesloten.

De uitlatingen van de klassieke juristen betreffende voorwaardelijke verbintenissen die wij tot nu toe hebben samengevat, hebben betrekking op die verbintenissen, welke op *stipulatio* en koop gebaseerd zijn. Wij vonden echter ook teksten over de *novatio* en over de *condictio indebiti* die zo algemeen geformuleerd zijn, dat men ze op alle voorwaardelijke verbintenissen toepasselijk kan achten.[40]

Ulpianus zet in D.46.2.14.1 uiteen, dat als een voorwaardelijke schuld onvoorwaardelijk wordt genoveerd[41] — dit wordt dus door hem en door de door hem geciteerde Marcellus mogelijk geacht — die novatie geldig is, doch slechts bij het in vervulling treden van de voorwaarde het noverende effect tot stand komt. Bij de vervulling van de voorwaarde krijgt de eerste schuld

38. Zie Paulus D.18.6.8 en Ulpianus D.18.1.7*pr*.
39. Zie Paul. D.18.6.8*5pr*.
40. In Ulp. D.46.2.14.1 is het begin van de tekst algemeen geformuleerd: 'Maar als iemand zich dat, wat hem onder een voorwaarde verschuldigd is onvoorwaardelijk laat beloven om te noveren ...'. Uit het vervolg van de tekst blijkt, dat Ulpianus gedacht heeft aan het geval van een voorwaardelijke schuld uit stipulatie. De compilatoren hebben waarschijnlijk door de tekst op te nemen in de titel van novatie en delegatie Ulpianus' uitlating een algemene strekking willen geven.
41. Uiteraard dient dit geval te worden onderscheiden van dat, waarin een onvoorwaardelijke schuld onder een voorwaarde wordt genoveerd; zie daarover hierboven, noot 26.

werking en op hetzelfde moment wordt deze schuld omgezet in de nieuwe, overeenkomstig de nu effect krijgende novatie.

Als iemand die onder een voorwaarde iets verschuldigd is *per errorem*, omdat hij meent dat hij reeds moet voldoen, het verschuldigde heeft voldaan, kan hij het door hem betaalde met de *condictio indebiti* terugvorderen[42]; het is immers nog geenszins zeker, dat hij ooit tot voldoening gehouden zal zijn.[43] Zoals wij hierna in nr. 4 zullen zien, bevat ons BW sinds 1992 de bepaling van art. 6:25 krachtens welke in een dergelijk geval 'ongedaanmaking van de prestatie kan worden gevorderd'.

Wanneer wij nu overzien, welke rechtsbeslissingen de klassieke juristen over voorwaardelijke rechtshandelingen hebben gegeven, dan kunnen wij constateren, dat zij aan die handelingen soms niet en soms wel een zekere anticiperende werking en soms niet en soms wel terugwerkende kracht hebben gegeven. Maatschappelijke waarden als de *favor libertatis* en de *favor dotis*, maatschappelijke belangen, zoals die van de *patres familias* en de *domini* in het geval van de door hun zoons of slaven verrichte voorwaardelijke stipulaties, de strekking van de rechtshandeling en de wil van de testator[44] en van de partijen hebben aan hun beslissingen richting gegeven.

In de Justiniaanse wetgeving zijn alle hier besproken — niet op één dogmatisch standpunt terug te voeren — uitlatingen van de klassieke juristen opgenomen. Algemene constructies over de rechtsgevolgen van de *condicio* heeft Justinianus niet in zijn Codex geïncorporeerd. In een door Justinianus in 531 uitgevaardigde constitutie die is opgenomen in Cod.6.43.3a wordt duidelijk uitgegaan van de terugwerkende kracht van de voorwaarde. De erfgenaam die een voorwaardelijk gelegateerde zaak gaat verkopen of daarop een bezitloos pandrecht gaat vestigen, moet weten, '*quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur et sic intelligenda est quasi nec scripta nec penitus celebrata...*' ('dat na het in vervulling gaan van de voorwaarde de rechtshandeling van de erfgenaam ongeldig wordt gemaakt en dat deze rechtens moet worden behandeld alsof zij in het geheel niet verricht was...'). Ook in hier en daar in de Digestenteksten aangebrachte interpolaties komt de gedachte van de terugwerkende kracht met enige nadruk naar voren.[45] Hoewel zeker geen algemene verandering ten opzichte van het klassieke recht

42. Zie Pomponius D.12.6.16*pr* en D.12.6.18. In D.12.6.56 vergelijkt Papinianus de betaling van een voorwaardelijke schuld (lees aan het slot met Cuiacius *condicionis instar* in plaats van *condictionis instar*) met de betaling van een schuld die onder een voorwaarde is kwijtgescholden: in beide gevallen kan dat wat *interim* betaald is, worden teruggevorderd.
43. Indien bij vergissing een schuld onder tijdsbepaling voor het aanbreken van de *dies* is voldaan, kan de *condictio indebiti* niet worden ingesteld.
44. Het is zeker in overeenstemming met de wil van de erflater, dat de voorwaardelijke erfstellingen en legaten vervallen, indien de voorwaardelijk ingestelde erfgenaam en de voorwaardelijk bevoordeelde legataris overlijden terwijl de voorwaarde nog hangt.
45. Zie bijv. de woorden *iam olim* in D.46.3.16 die ik hierboven in noot 31 heb vermeld en de woorden *quasi iam contracta emptione in praeteritum* (alsof de koop reeds in het verleden gesloten was) in geval van een voorwaardelijke koop in D.18.6.8.

heeft plaatsgehad, is er m.i. in het Justiniaanse recht van een accentverschuiving in de richting van erkenning van de terugwerkende kracht van de voorwaarde sprake.

3. In het Europese *ius commune* zijn de regels van het Justiniaanse recht toegepast.[46] Gezien de accentverschuiving waarvan aan het eind van nr. 2 sprake was, is het begrijpelijk, dat de door Bartolus ontwikkelde leer, krachtens welke de voorwaarde in beginsel terugwerkende kracht heeft, tot in de negentiende eeuw de heersende is geweest.[47] Pothier staat in zijn *Traité des Obligations* (nr. 220) voor de voorwaardelijke verbintenis duidelijk op het standpunt van de terugwerkende kracht: 'Cet accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement a été contracté; et le droit qui résulte de l'engagement, est censé avoir acquis à celui envers qui il a été contracté, dès le temps du contrat'. Hij wijst erop, dat dit voor de voorwaardelijke legaten niet geldt ('Il en est autrement des conditions apposées au legs') en schrijft het volgende over de reden voor dit verschil: 'La raison de cette différence est, que le legs n'étant fait qu'à la personne du légataire, la condition ne peut exister qu'à son profit'. Ook de meeste Pandektisten verdedigen nog de hoofdregel van de terugwerkende kracht.

De Franse Code civil van 1804 kent voor de voorwaardelijke verbintenis uit overeenkomst het beginsel van de terugwerkende kracht. Art. 1179 lid 1 luidt: 'La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté'.

Het Nederlandse B.W. van 1838 bevat voor de voorwaardelijke verbintenis uit overeenkomst in art. 1297 lid 1 een vertaling van het geciteerde artikellid: 'Indien de voorwaarde vervuld is, werkt zij achteruit, tot den tijd waarop de verbintenis is geboren'.

In Duitsland uitte Bernhard Windscheid halverwege de vorige eeuw principieel verzet tegen de leer van de terugwerkende kracht van de voorwaarde. In zijn monografie *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, Basel 1851 en in alle drukken van zijn *Lehrbuch des Pandektenrechts* vanaf 1862[48] betoogde hij, dat de 'aufschiebende Bedingung' in de regel geen terugwerkende kracht heeft. De grond hiervoor is volgens Windscheid de gepresumeerde wil van degene van wie de voorwaardelijke wilsverklaring afkomstig is; 'es ist im Zweifel anzunehmen, daß derjenige, welcher will, daß ein gewisser rechtlicher Erfolg für den Fall einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse eintrete, zu gleicher Zeit wolle, daß dieser Erfolg erst dann eintrete, wann sich die verlangte Gestaltung der Verhältnisse entschieden habe'. Het tegendeel kan echter uit een uitdrukkelijke verklaring of uit de omstandigheden voortvloeien.

46. Zie H. Coing, Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, p. 412.
47. Zie Zimmermann, Law of Obligations, p. 727.
48. Zie B. Windscheid/Th. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts[8], Frankfurt am Main 1900, pp. 404-408.

Onder invloed van Windscheid heeft het Duitse BGB van 1900 geen algemeen beginsel van terugwerkende kracht van de voorwaarde aangenomen. Uit § 159 BGB vloeit voort dat ook als partijen terugwerking wensen een dergelijke afspraak slechts verbintenisrechtelijke werking heeft: de betrokkenen zijn verplicht elkaar te verschaffen, wat zij zouden hebben, wanneer de rechtsgevolgen op het eerdere moment zouden zijn ingetreden.

Het Zwitserse 'Obligationenrecht' van 1911 kent in art. 151 lid 2 voor de voorwaardelijke overeenkomst de bepaling, dat voor het begin van de rechtsgevolgen het moment beslissend is waarop de voorwaarde in vervulling gaat, 'sofern nicht auf eine andere Absicht der Parteien geschlossen werden kann'.

4. Enkele hoofdzaken van de regeling van de opschortende voorwaarde in het Nederlandse B.W. stellen wij nu tot slot aan de orde.

Sinds 1 januari 1992 bevat ons B.W. in titel 2 van Boek 3 een artikel dat aan de voorwaardelijke (vermogensrechtelijke) rechtshandeling (en de rechtshandeling onder tijdsbepaling) gewijd is. Art. 38 lid 1 bepaalt dat een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of onder een voorwaarde[49] kan worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. In het tweede deel van art. 38 creëerde de wetgever een belangrijke verandering ten opzichte van het oude B.W. door te bepalen: 'De vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht'. Ons recht is daardoor dichter gekomen bij het Romeinse recht dat geen algemeen beginsel van de terugwerkende kracht kende en in veel gevallen de rechtsgevolgen van een rechtshandeling liet beginnen bij de in vervulling treding van de voorwaarde.

Meijers schrijft in zijn toelichting bij het geciteerde tweede lid[50] o.a. het volgende: 'Terugwerkende kracht is een fictie d.w.z. een constructief hulpmiddel, waarmede men aanduidt, dat voor het vervolg de rechtsgevolgen volkomen gelijk zijn als zij zouden zijn geweest, wanneer het betreffende feit op een vroeger tijdstip had plaats gevonden, b.v. bij een opschortende voorwaarde gelijk als wanneer de handeling van meet af aan onvoorwaardelijk ware geweest ...'. De wetgever heeft om de rechtszekerheid te bevorderen en derden tegen onverwachte, voor hen nadelige gevolgen van de vervulling der voorwaarde te beschermen, dit constructieve hulpmiddel uitgebannen. Gezien deze evidente bedoeling van de wetgever is het m.i. niet geoorloofd, dat iemand die een eenzijdige voorwaardelijke rechtshandeling verricht of dat partijen bij een voorwaardelijke overeenkomst anders zouden bepalen en daardoor derden zouden schaden.[51] Wel kan bepaald of bedongen worden,

49. Zie over de rechtshandeling onder een voorwaarde, H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe BW (titel 1 t/m 5, titel 11), Deventer 1986, pp. 116-119; A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek[4], Deventer 1990, nr. 68 en J.D.A. den Tonkelaar, Opschortende en ontbindende voorwaarden[2], Zwolle 1994.
50. Zie C.J. van Zeben en J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Deventer 1981, pp. 185-186.
51. Ook A.S. Hartkamp, Terugwerkende kracht, in: WPNR 6030 (21-28 december 1991), pp.

dat voor betrokkenen onderling verbintenisrechtelijk een terugwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde nabijkomende rechtstoestand zal gelden. Zo kan m.i. een erflater bij testament bepalen, dat na vervulling van de voorwaarde waaronder een stuk grond gelegateerd was, erfgenaam en legataris de vruchten en kosten betreffende de periode tussen het overlijden van de erflater en de vervulling der voorwaarde zullen verrekenen. Ook partijen bij de voorwaardelijke verkoop van een onroerende zaak kunnen een dergelijk beding maken.

Om een vergelijking met het Romeinse recht te vergemakkelijken zullen wij nu enkele voorwaardelijke rechtshandelingen de revue laten passeren in dezelfde volgorde als die, waarin zij voor het Romeinse recht behandeld zijn.

Van de voorwaardelijke testamentaire makingen[52] stellen wij eerst de voorwaardelijke erfstellingen en daarna de voorwaardelijke legaten aan de orde.

Als iemand onder een voorwaarde tot erfgenaam is ingesteld, verkrijgt hij de positie van erfgenaam pas als de voorwaarde in vervulling is gegaan. Als hij overlijdt, terwijl de voorwaarde nog hangende is, dan vervalt de erfstelling; het recht om bij vervulling van de voorwaarde alsnog de kwaliteit van erfgenaam te verwerven gaat op grond van art. 1044 van boek 4 BW niet op zijn erfgenamen over.[53] Dit correspondeert meestal met de wil van de erflater. Heeft deze echter van een afwijkende wil doen blijken, dan gaat het hier bedoelde recht wel op zijn erfgenamen over. Het recht om bij vervulling der voorwaarde erfgenaam te worden, heeft voor de voorwaardelijk ingestelde erfgenaam een zekere waarde; hij kan het tijdens zijn leven overdragen, met dien verstande dat het bij zijn dood vervalt, als dan de voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan. Zolang de voorwaarde hangende is, is de intestaaterfgenaam rechthebbende.[54] Deze moet de nalatenschapsgoederen instandhouden en kan deze slechts voorwaardelijk vervreemden en bezwaren, afgezien van het geval waarin de voorwaardelijk ingestelde erfgenaam hem toestemming verleende tot een onvoorwaardelijke vervreemding of beschikking. Treedt de voorwaarde in vervulling, dan verwerft de ingestelde erfgenaam rechten op de nalatenschapsgoederen en verliezen degenen die hun voorwaardelijke rechten aan de intestaaterfgenaam ontlenen hun rechten, behoudens door hen

870-871 is van mening, dat partijen geen terugwerkende kracht kunnen overeenkomen. Hij acht het onaanvaardbaar, 'dat partijen de mogelijkheid zouden hebben om aan een derde een door deze verkregen zakelijk recht of een door deze verkregen verhaalsmogelijkheid te ontnemen.'

52. Zie over voorwaardelijke makingen Pitlo-Van der Burght, Erfrecht naar het recht van 1992, Arnhem 1991, pp. 77-83; Asser-Meijers-Van der Ploeg, Erfrecht[11], Zwolle 1992, nr. 130-134c en Den Tonkelaar, geciteerd in noot 49, pp. 79-81.
53. Hetzelfde wordt bereikt door art. 4.4.5.3 NBW dat voorschrijft, dat men om aan een making onder opschortende voorwaarde een recht te kunnen ontlenen, moet bestaan op het ogenblik dat de voorwaarde wordt vervuld.
54. De vruchten die hij uit nalatenschapszaken heeft getrokken tot het moment van het invervullingtreden van de voorwaarde, behoeft hij niet aan de testamentaire erfgenaam af te dragen, tenzij de erflater zulks bepaald heeft.

in te roepen hun in de wet als derden die te goeder trouw en om baat hebben verkregen verleende bescherming. Art. 4.4.5.4 leden 1-3 NBW geven een voor deze situatie bestemde, uitvoerige wettelijke regeling, die ook naar geldend recht reeds op grond van het stelsel van de wet als toepasselijk dient te worden beschouwd. Anders dan volgens het voor 1992 geldende recht is dus geen sprake van terugwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde, krachtens welke de intestaaterfgenaam achteraf geacht wordt onbevoegdelijk te hebben vervreemd of bezwaard.

Wanneer wij nu komen tot een korte bespreking van de voorwaardelijke legaten, dan moeten wij bedenken, dat in ons recht alle legaten in de Romeinse terminologie damnatielegaten zijn: de legataris heeft een vordering tot uitkering van het legaat op de erfgenaam. Tussen de erfgenaam en de onder een voorwaarde bedachte legataris bestaat dus een voorwaardelijke verbintenis; daarop is de vijfde afdeling van titel 1 van boek 6 BW toepasselijk, waarvan wij hierna enkele punten zullen behandelen. Krachtens art. 6:26 zijn op deze verbintenis in beginsel de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen toepasselijk. De tussen legataris en erfgenaam bestaande verbintenis is dus o.a. vatbaar voor overdracht, overneming en afstand. Vererving op de erfgenamen van de legataris is echter niet mogelijk. Indien de legataris overlijdt, terwijl de voorwaarde waaronder het legaat is gemaakt nog hangt, vervalt het legaat. De *lex specialis* van art. 4:1044 BW derogeert hier aan de algemene bepaling van art. 6:26 BW.[55] Dit is meestal conform aan de wil van de erflater. Als deze echter van een afwijkende wil heeft doen blijken, gaat het potentiële recht van de legataris om bij vervulling van de voorwaarde van de erfgenaam uitkering van het legaat te vorderen op zijn erfgenamen over.

Het ontbreken van terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde en de niet-vererfelijkheid van de rechten van de voorwaardelijk ingestelde erfgenaam en van de voorwaardelijk als legataris bedachte zijn punten van overeenstemming tussen Romeins en huidig recht.

Ook de levering van goederen kan onder een voorwaarde geschieden.[56] De wetgever heeft daarover in boek 3, vooral in de o.a. aan de overdracht van goederen gewijde afdeling 2 van titel 4, verschillende bepalingen opgenomen. Een voorwaardelijke leveringshandeling kan plaats hebben, doordat partijen de gevolgen van die handeling afhankelijk maken van het intreden van een toekomstige onzekere gebeurtenis. Ook is het mogelijk, dat een levering geschiedt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis; in dat geval wordt op grond van art. 3:84 lid 4 door de verkrijger slechts een recht verworven, 'dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen.' In het hier bedoelde geval worden roerende zaken, niet-registergoederen blijkens art.

55. Zie voor het NBW, art. 4.4.5.3, dat bepaalt, dat men moet bestaan op het ogenblik dat de voorwaarde vervuld wordt om aan een making onder opschortende voorwaarde een recht te kunnen ontlenen.
56. Zie over levering van goederen onder een voorwaarde, Asser-Mijnssen-De Haan, Zakenrecht, Algemeen Goederenrecht[13], Zwolle 1992, nr. 267-275.

3:91 geleverd doordat aan de verkrijger de macht over de zaak wordt verschaft. Betreft de voorwaardelijke levering een onroerende zaak, dan wordt de transportakte waarin de voorwaarde is opgenomen en kan daarnaast ook de vervulling der voorwaarde in de openbare registers worden ingeschreven.[57] Een belangrijk, door de wetgever apart in art. 3:92 BW geregeld geval van voorwaardelijke levering is dat, waarin wordt overeengekomen dat de eigendom van een zaak pas over zal gaan als de verkrijger aan de overdrager de door hem verschuldigde prestatie zal hebben voldaan. Bij dit door de wet in beperkte mate toegelaten eigendomsvoorbehoud geschiedt de levering onder de opschortende voorwaarde van het verrichten van die prestatie. In het licht van de afschaffing van de ontbinding met terugwerkende kracht van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie van art. 1302 oud BW is deze voorwaardelijke levering voor de praktijk van groot belang. In alle gevallen van voorwaardelijke levering verkrijgt degene aan wie het recht onder een voorwaarde is overgedragen dit recht (bijv. het eigendomsrecht) pas als de voorwaarde in vervulling gaat. De door de Romeinse juristen aan de orde gestelde vraag, of de vervulling der voorwaarde ook werking heeft ten laste van de erfgenamen van de voordien overleden overdrager, dient zeker ook naar ons recht positief te worden beantwoord.

Het sinds 1 januari 1992 van kracht zijnde zesde boek van het BW kent in titel 1 (Verbintenissen in het algemeen) een aparte afdeling (afdeling 5) over de — door een rechtshandeling in het leven geroepen — voorwaardelijke verbintenissen.[58] Daaruit zijn voor de in dit opstel behandelde problemen vooral de artikelen 22, 25 en 26 van belang.

Duidelijker dan door de Romeinse juristen is in de moderne rechtspraak en doctrine de zienswijze tot uitdrukking gebracht, dat de voorwaardelijke verbintenis ook voor de vervulling van de voorwaarde een verbintenis is.[59] De wetgever heeft zich hierbij aangesloten en in art. 6:26 bepaald, dat op voorwaardelijke verbintenissen de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing zijn, voorzover het voorwaardelijke karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet. Op grond hiervan vallen voorwaardelijke verbintenissen in de huwelijksgemeenschap, zijn zij vatbaar voor overdracht, afstand en beslag, zijn zij overerfelijk zowel bij overlijden van de schuldeiser[60] als bij overlijden van de schuldenaar en kan

57. Zie art. 3:89 en art. 3:17 lid 1 onder c.
58. Zie over voorwaardelijke verbintenissen, H.C.F. Schoordijk, Het algemeeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979, pp. 108-114; A.M.J. van Buchem-Spapens, Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbintenissen, Deventer 1982, pp. 57-65; A.S. Hartkamp, Compendium (geciteerd in noot 49), nr. 254-256; Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht, I[9], Zwolle 1992, nr. 154-180 en Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht, II[9], Zwolle 1993, nr. 273-278.
59. Zie bijv. Schoordijk, geciteerd in noot 58, p. 108.
60. In art. 1297 oud BW werd in lid 2 door het woord 'mitsdien' de overgang van rechten van de schuldeiser bij diens overlijden voor het in vervulling gaan der voorwaarde voorgesteld als een gevolg van de terugwerkende kracht, die de wet in lid 1 had voorgeschreven. In de

daarvoor persoonlijke en zakelijke zekerheid worden gegeven. Er bestaat te dezen aanzien dus veel overeenkomst met hetgeen in het Romeinse recht voor de verbintenis uit een voorwaardelijke stipulatie gold.

Onvoorwaardelijke nakoming kan slechts na de vervulling der voorwaarde worden gevorderd. Wel mogelijk is, dat hij die onder een voorwaarde tot een prestatie gehouden is, daartoe onder die voorwaarde wordt veroordeeld. Dit wordt in art. 3:296 lid 2 uitdrukkelijk bepaald. Heeft een voorwaardelijke debiteur voor het in vervulling gaan van de voorwaarde het door hem voorwaardelijk verschuldigde onvoorwaardelijk betaald, dan kan hij het door hem betaalde als onverschuldigd betaald terugvorderen. Dit werd reeds vóór 1992 algemeen aangenomen en wordt nu in art. 6:25 BW expliciet voorgeschreven. In het Romeinse recht gold een vergelijkbare regel. Heeft de betaling echter plaatsgehad onder de voorwaarde van het in vervulling gaan der aan de verbintenis toegevoegde voorwaarde, dan is de *condictio indebiti* pas mogelijk als de voorwaarde is komen te ontbreken, dus vanaf het moment waarop het duidelijk is, dat zij niet meer in vervulling kan gaan.

De uitsluiting van de terugwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde, die in art. 3:38 BW algemeen voor de voorwaardelijk rechtshandeling tot uitdrukking is gebracht, wordt in de titel over de voorwaardelijke verbintenissen in art. 6:22 herhaald: 'Een opschortende voorwaarde doet de werking der verbintenis eerst met het plaatsvinden der gebeurtenis[61] aanvangen ...'. Wij hebben reeds hierboven, aan het begin van nr. 4 gezien, dat partijen hiervan niet met werking tegen derden kunnen afwijken. Wel is het partijen toegestaan bij overeenkomst hun onderlinge verhouding zó te regelen dat deze die, welke in geval van terugwerkende kracht zou hebben bestaan, zoveel mogelijk nabij komt, hetgeen bijv. tot verrekening van genoten vruchten en gemaakte kosten kan leiden.

Het door Gaius in D.20.4.11.1 aan de orde gestelde geval zou naar Nederlands recht in de eerste door hem geopperde zin moeten worden beslist. Als iemand een voorwaardelijke schuld aangaat jegens C^1 en vervolgens een onvoorwaardelijke schuld jegens C^2 en achtereenvolgens een hypotheekrecht op dezelfde zaak vestigt ten behoeve van de beide crediteuren, dan wordt het door C^1 verkregen voorwaardelijk hypotheekrecht pas tot een onvoorwaardelijk recht bij het in vervulling gaan van de voorwaarde. Als dit moment ligt na dàt waarop C^2 een onvoorwaardelijk hypotheekrecht heeft verworven, staat C^1's recht in rang ten achter bij dat van C^2. Hoe moeilijk hier de keuze tussen

toelichting bij het artikel dat thans als art. 6:26 in het BW staat is er terecht op gewezen dat het gewenste resultaat van de overerfelijkheid van het recht van de voorwaardelijke schuldeiser ook kan worden bereikt, doordat men aanvaardt, dat 'een voorwaardelijk vorderingsrecht een recht is', zoals volgens art. 6:26 het geval is. Zie Toelichting Meijers in Parlementaire geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek, boek 6, Deventer 1981, p. 146.

61. Bedoeld is de in art. 6:21 BW genoemde toekomstige onzekere gebeurtenis, waarvan de voorwaardelijke verbintenis bij de rechtshandeling 'afhankelijk is gesteld'.

de beide hypothecaire crediteuren is, blijkt uit de aarzeling van Gaius en uit het verschil op dit punt in ons recht van voor en van na 1992.

Aan het eind van deze korte vergelijkende bestudering van enkele aspecten van de opschortende voorwaarde in het Romeinse recht en in het Nederlandse BW uit ik de hoop, dat de lezer mèt mij van mening is, dat een dergelijke comparatieve behandeling van thema's die zich daartoe lenen, zoals het onderhavige, het inzicht van romanist en civilist kan vergroten.

Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?

*W.D.H. Asser**

1. Van de drie in 1838 ingevoerde civiele wetboeken, het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Koophandel en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn er thans nog maar anderhalf over: het Wetboek van Koophandel en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Van deze beide is het Wetboek van Koophandel al danig afgeslankt door de invoering van Boek 2 en Boek 8 BW zodat men met recht van een half wetboek mag spreken. Op termijn is het wetboek gedoemd te verdwijnen.

Resteert dus Rechtsvordering. Een oud kavalje, behoorlijk opgelapt in de loop der tijd, wat verward, niet meer zo snel, maar buitengewoon taai. Een echt procedureel hindernisparcours, laat staan een military kan men er nauwelijks meer mee nemen, daarvoor moet men andere paarden bestijgen. Maar voor de alledaagse ritjes kan het nog heel goed dienen.

Van Nispen heeft kort geleden in zijn oratie[1] enige aandacht besteed aan de geschiedenis van de wijzigingen van dit oude wetboek. We weten allemaal dat tot de grote oplapbeurten behoren de lex Hartogh van een eeuw geleden,[2] de invoering van de algemene regeling van de rekstprocedure in de twaalfde titel van Boek I op 1 januari 1970,[3] in 1986 het nieuwe arbitragerecht in het Vierde Boek,[4] het nieuwe bewijsrecht dat op 1 april 1988 in werking is getreden,[5] de nieuwe kantongerechtsprocedure en het nieuwe executie- en beslagrecht die rond 1 januari 1992 in werking zijn getreden[6] en het nieuwe echtscheidingsrecht dat dit jaar is gaan gelden.[7] Nu staat er weer een ingrijpende wijziging op stapel. Boek I zal worden aangepast aan de komende inte-

* Prof. mr. W.D.H. Asser is Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en buitengewoon hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

1. C.J.J.C. van Nispen, De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht, 1993.
2. Wet van 7 juli 1896, Stb. 103, tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
3. Wet van 16 mei 1969, Stb. 200, waarbij de twaalfde titel van Boek I Rv (art. 429a e.v.) werd ingevoegd.
4. Wet van 2 juli 1986, Stb. 372.
5. Wetten van 3 december 1987, Stb. 590-592.
6. Wet van 31 januari 1991, Stb. 50 en Inv.w. Boeken 3, 5 en 6 BW, eerste gedeelte met wijzigingen in het dertiende gedeelte (Bezemwet).
7. Wet van 1 juli 1992, Stb. 373.

gratie van kantongerechten en rechtbank in één rechtbank. Wetenschap èn praktijk zijn het afgelopen voorjaar verblijd met het departementale voorontwerp.[8]

Al dit nieuws doet de vraag rijzen wat de geschiedenis nog betekent of kan betekenen voor het huidige burgerlijke procesrecht. Is de geschiedenis passé? Is rechtsvordering de geschiedenis voorbij? Is de geschiedenis voor rechtsvordering voorbij? Men zou het haast denken als men sommige stemmen van kritiek beluistert: weg met het traditionele burgerlijke procesrecht.[9] Het traditionele burgerlijke procesrecht is echter geen verblekende ster in het morgenrood van de integratie van de gerechten.

Natuurlijk getuigen de in wetsartikelen neergelegde oplossingen van het gedachtengoed, de praktijk en de daarop gebaseerde afwegingen uit de tijd van hun totstandkoming. Hoe ouder de wettelijke bepaling hoe groter de kans dat de afweging nu anders zou uitvallen. Wat evenwel opvalt is dat bestudering van het oude procesrecht leert dat klachten over de trage en gecompliceerde rechtsgang in civiele zaken steeds maar weer voorkomen. Ook krijgt men de indruk dat de processuele problemen van vroeger vaak nog steeds bestaan. Misschien heeft het er mee te maken dat het civiele proces in zijn opzet, los van de detaillering, erg fundamenteel is en dat de problemen vaak ook te maken hebben met de handhaving van fundamentele normen ook al zijn die vroeger niet zo herkend of niet expliciet onder ogen gezien. Of de rechter nu meer of minder 'lijdelijk', 'actief' of 'passief' is, het spanningsveld tussen de elkaar tegensprekende partijen en de rechter die er maar wijs uit moet worden is sedert Adam en Eva eigenlijk niet veranderd. Hoe mooi onze procesnormen ook heten, welke schitterende stelsels we ook bedenken, als puntje bij paaltje komt hangt het toch voor een groot deel af van de wijsheid en het wijs beleid van de rechter die in de concrete zaak tot oordelen is geroepen. Om echter al te uitbundige wijsheid in het gareel te houden als ook om de processen, althans hun verloop, enigszins voorspelbaar te maken hebben wij ter wille van de rechtszekerheid regels gesteld waaraan rechter en partijen zich hebben te houden. Nu eens zijn dat gedetailleerde instructies — onze dagvaardingsprocedure —, dan weer een soort raamwerk — de algemene regeling van de rekestprocedure en de niet aan een overvloed van details lijdende nieuwe kantongerechtsprocedure —, al naar gelang de geest of de smaak van de tijd waarin de regels zijn ontworpen, voorschreef.

8. Voorontwerpen van wet en memorie van toelichting Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de herziening van de rechterlijke organisatie, april 1993. Zie over dit voorontwerp o.m. de reeds genoemde oratie van Van Nispen, het hierna te noemen opstel in NJB 1994 van Brenninkmeijer en voorts Sterk in Tijdschrift voor civiele rechtspleging, 1993, p. 2; Asser/Dam, Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in: NJB 1993, p. 1577 e.v.
9. Vgl. de pleidooien van Brenninkmeijer voor een grondige verandering van het (burgerlijk) procesrecht in zijn oratie Burgerlijk procesrecht als publiekrecht, 1993. Zie ook zijn naar aanleiding van het Voorontwerp geschreven opstel Rechtsvordering: een uitdaging voor de wetgever, in: NJB 1994, p. 317 e.v.

2. Het civiele proces en alles wat daar omheen hangt is erg bepaald door de traditie. Dat blijkt alleen al uit de hardnekkigheid van het merkwaardige procesrechtelijke koeterwaals. Veel van dat bastaard Frans en Latijn gaat terug op Philips Wielants Practijke civile,[10] een wonderbaarlijk mooi boek dat men in zijn helderheid en geserreerdheid de Hugenholtz/Heemskerk van de zestiende eeuw zou kunnen noemen. Men komt er veel bekende termen in tegen: peremptoir, advocaat en procureur, president (als benaming van de voorzitter van het gerecht), concluderen, repliek, dupliek, conventie en reconventie, enquête, excepties, weren, allemaal woorden die wij in het procesrechtelijke spraakgebruik van alle dag heel gewoon vinden. En men leze eens deze passage:

'Als die partijen brouilleren ende int spreken oft dingen hemlieder soe ongeregelt houden dat men niet verstaen en kan wat sy seggen willen, soe ordonneert men in den Grooten Raet ende oock somwijlen in den Raet van Vlaenderen dat sy compareren voer commissarissen diese hooren ende reguleeren sullen oft van der difficulteyt rapport doen'.[11]

Dat lijkt nogal op onze inlichtingencomparitie van art. 19a Rv. Partijen compareren voor een commissaris. Echter, het *was* niet hetzelfde als onze inlichtingencomparitie.[12] Het traditionele karakter van het procesrecht blijkt ook uit de diverse pogingen om het radicaal te vernieuwen. Dat klinkt paradoxaal maar is het niet. De roep om radicale vernieuwing bewijst dat de dagelijks praktijk zich hecht aan oude gewoonten.

Ik houd trouwens wel van die oude gewoonten: het schouwspel van naar elkaar buigende toga's, het plechtige woordgebruik. De heerlijke nonsens van het bewijsaanbod 'onder protest van gehoudenheid'[13] en van het beroep op de onsplitsbaarheid van het aveu[14] lang nadat het nieuwe bewijsrecht al was ingevoerd. Het taalratjetoe van de dagvaarding. Het 'dusdoende', 'onderhavige', 'mitsdien', het 'mijn requirant'. De geheimtaal van de rolzitting die nog geheimer is in het jargon van de computeruitdraai (wie zegt dat modernisering altijd tot meer helderheid leidt?). En wat te denken van deze passage in een recent en overigens voor het burgerlijk procesrecht belangrijk arrest van de Hoge Raad[15]:

'Als vraag (1°) in beginsel bevestigend moet worden beantwoord, geldt dat antwoord dan ook indien die rechter *dusdoende* de hem in beginsel passende lijdelijkheid zou moeten *verzaken*

10. Philips Wielant, Practijke civile, ed. Eg.I. Strubbe, 1968 (fotografische herdruk van de editie Antwerpen 1573).
11. Titel V, Cap. 24, par. 6.
12. Zie daarover Wedekind, Bijdrage tot de kennis van de ontwikkeling van de procesgang in civiele zaken voor het Hof van Holland in de eerste helft van de zestiende eeuw, 1971, p. 95, noot 556.
13. Het is: protest van *niet* gehoudenheid, want men protesteert (verklaart) dat men niet tot bewijslevering is gehouden.
14. Daarmee werd gedoeld op het hieronder nog te bespreken verbod van het oude art. 1961 BW om de erkenning te splitsen ten nadele van degene die haar deed.
15. HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 94.

doordien hij *dusdoende* (a) zou moeten treden buiten de rechtsstrijd van partijen en/of (b) zich zou hebben te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de procespartij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd?' (cursiveringen van mij, A.).

Alleen traditionele juristen als wij zijn kunnen zulke taal bezigen. Uit gevoel voor (rituele) traditie kan men ook gehecht zijn aan de magische want bezwerende beleefdheid van advocaten tegenover elkaar en de rechter, terwijl (in elk geval) de cliënten elkaars bloed wel kunnen drinken. Houden van vertoon betekent overigens niet dat men het allemaal even serieus moet nemen. Men kan ook intens van dingen houden zonder ze serieus te nemen. Zo heeft het zo nu en dan terugkerende debat over de toga iets lachwekkends. En de in het ambtskostuum herkenbare hiërarchie is eigenlijk geheel uit de tijd: het (nauwelijks waarneembare) strookje moiré op de toga van leden van het gerechtshof om maar te zwijgen van het (nylon-met-viltstift-)hermelijn van mijn baret.[16] Laten we erkennen dat we hier te maken hebben met zuivere traditie, zowel aan de kant van degenen die haar dragen als van de buitenstaanders die op grond van de traditie bepaalde verwachtingen koesteren. Het is heerlijk om zich van tijd tot tijd aan haar over te geven, maar men moet haar niet met rationele argumenten verdedigen. Hierin is de geschiedenis nog helemaal niet voorbij. Of wel soms?

3. Maar nu naar dingen die wel serieus moeten worden genomen. Het procesrecht van vandaag bestaat niet om wille van zichzelf maar om te helpen het materiële recht te vinden en tot gelding te brengen en dat ook nog binnen een redelijke termijn, zoals wij met de hete adem van Straatsburg in onze nek tegenwoordig belijden (maar ook dat is in wezen niets nieuws). Daarin dienen tradities die alleen maar obstakels vormen op de weg naar dat doel resoluut overboord te worden gezet. Hier moet men evenwel vorm en inhoud goed van elkaar onderscheiden. Een wettelijke bepaling die naar zijn vorm verouderd is, kan heel wel een vraagstuk tot oplossing brengen dat nog steeds actueel is. Dat kan echter alleen worden onderkend als men de geschiedenis van de bepaling tot zich laat doordringen.

4. Ik zal nu een paar voorbeelden bespreken en doe een greep uit het procesrecht die vooral bepaald wordt door de zaken die ik de laatste tijd op mijn bord heb gekregen.

4.1. Ik begin dan bij een van de mooiste onderwerpen die men zich maar voor een conférence als deze denken kan: de onsplitsbaarheid van de bekentenis (art. 1961 BW (oud)). Een vette en smakelijke kluif voor de procesrechtshisto-

16. Zie art. 6 resp. 12 Reglement II (KB van 26 februari 1960, Stb. 83). De traditie om *zwarte* toga's met *witte* beffen te dragen is zo sterk dat het niet lang geleden door de oud-president van de Amsterdamse Rechtbank, B.J. Asscher, in de krant gelanceerde voorstel om ter onderscheiding van de verschillende functies gekleurde beffen te gaan dragen (helaas?) geen toekomst zal hebben.

rici: middeleeuws van oorsprong, moeilijk, verward, omstreden, oeverloos en, wat voor de vroegere Plein-watchers nog leuker was, een Hoge Raad die, mag ik wel zeggen, in zijn eigen rechtspraak verstrikt was geraakt. De practici onder U zullen echter vinden dat ik vloek in de kerk. Wij hebben toch met het nieuwe bewijsrecht afscheid genomen van dit vreselijke spook? Ja, maar het probleem dat er mee opgelost moest worden is daarmee niet verdwenen. Hoe voorkomt men dat een partij door de erkenning van bepaalde door de wederpartij gestelde feiten bewijslast in de zin van bewijsrisico krijgt zonder dat zij die rechtens behoort te hebben?

Onlangs kreeg ik te maken met de volgende zaak. De eiser vorderde betaling van vijfduizend gulden van de gedaagde en stelde daartoe dat hij voor zesduizend gulden aan de gedaagde een winkelinventaris had verkocht en geleverd en dat gedaagde wel een deel had betaald maar de rest niet wenste te betalen. De gedaagde stelde dat er geen sprake was van de gestelde overeenkomst maar dat de eiser zou bemiddelen bij de huurovername van het pand en nog wat andere dingen zou doen, waaronder levering van de inventaris, en dat dàárvoor het bedrag van zesduizend gulden was overeengekomen, maar dat eiser zijn verplichtingen niet was nagekomen. Zij beriep zich op ontbinding van de overeenkomst. De rechtbank oordeelde nu dat vaststond dat gedaagde uit hoofde van de overeenkomst tussen partijen vijfduizend gulden schuldig was en dat zij zich beriep op wanprestatie. Nu gedaagde in reconventie geen ontbinding of nakoming vorderde werd zij veroordeeld tot betaling van het bedrag. Ik vond het oordeel van de rechtbank dat vaststond dat gedaagde vijfduizend gulden schuldig was onbegrijpelijk — gedaagde bestreed immers elke verschuldigdheid — en heb tot vernietiging geconcludeerd.[17] Aan een aspect van de zaak dat ik niet in de conclusie heb belicht[18] wil ik nu aandacht besteden.

Ik zou namelijk menen dat we hier een geval hebben van splitsing van de erkenning ten nadele van degene die de erkenning doet. De rechter pikt een niet betwist element uit het over en weer gestelde feitencomplex en draait het bewijsrisico om. Stel nl. dat de rechtbank had geoordeeld dat het beroep van de gedaagde op ontbinding bij verweer voldoende was en de gedaagde bewijs van de wanprestatie had opgedragen volgens de hoofdregel van bewijslastverdeling, dan zou dat bewijs in feite bewijs van de door gedaagde gestelde inhoud van de overeenkomst hebben geïmpliceerd. Dat was nu juist wat het splitsingsverbod oorspronkelijk beoogde te voorkomen. Dat bij ons de rechtspraak veel verder is gegaan en tot onaanvaardbare consequenties heeft geleid, mag ons de ogen er niet voor doen sluiten dat splitsen van erkenningen niet onder alle omstandigheden is toegestaan. Maar dat voelen we ook wel met onze klomp aan.

Moeten we hieruit concluderen dat in 1988 het kind met het badwater is

17. Inmiddels heeft de Hoge Raad dienovereenkomstig beslist in een op zichzelf voor de rechtsontwikkeling niet erg interessant en daarom niet in de NJ gepubliceerd arrest, HR 24 december 1993, nr. 15.200.
18. Dit aspect komt begrijpelijkerwijs evenmin in het arrest ter sprake.

weggegooid? Ja, maar het kind was al verdronken in het badwater van de hoogst ongelukkige splitsingsjurisprudentie die de Hoge Raad in deze eeuw had ontwikkeld en die nog in 1972 leidde tot de wel heel merkwaardige uitbreiding van de werking van art. 1961 tot de niet betwisting.[19] Onder meer Anema en Scheltema hebben aan deze materie destijds boeiende beschouwingen gewijd.[20]

Toch leert ons hier een bestudering van de geschiedenis dat het probleem oorspronkelijk goed was opgelost door het splitsingsverbod van dit soort erkenningen (de gekwalificeerde bekentenis) en dat we daarmee thans eigenlijk nog steeds uit de voeten kunnen. Ook al hebben we de band met de geschiedenis met de afschaffing van art. 1961 doorgeknipt, de oorspronkelijke gedachte achter die bepaling kan ons helpen om geen al te gekke dingen te doen met de stellingen van partijen. In zoverre zijn we de geschiedenis niet voorbij.

4.2. Een ander oud paard, dat echter nog wel vrolijk meehobbelt en zelfs zeer onlangs een bloedtransfusie om niet te zeggen een revitalisatiekuur van de Hoge Raad toegediend heeft gekregen is de *exceptie*. Ik heb het natuurlijk niet over de materieelrechtelijke exceptie, zoals de exceptio non adimpleti contractus of de exceptio plurium concubentium.[21] Ik doel op de exceptie waarop art. 141 Rv het oog heeft. Die bepaling vormt historisch gezien een van de mijlpalen van onze procesgeschiedenis. Zij schrijft de concentratie van verweer voor, te weten dat de gedaagde al zijn exceptieve verweren in zijn conclusie van antwoord tezamen met zijn principaal verweer moet voordragen op straffe van verval van de niet voorgedragen excepties. Kunnen wij nog wat aan met dat begrip exceptie? Door de eeuwen heen heeft het een aantal betekenissen gehad. Men kende ook verschillende soorten excepties. Ik zal daar nu niet op ingaan, want de indeling was onvast en voor de praktijk niet direct van betekenis. Samenvattend kan men zeggen dat men vóór de lex Hartogh in de vorige eeuw de exceptie was gaan zien als een verweermiddel op grond waarvan de rechter niet toekwam aan het onderzoek van de grondslag zelf van de vordering, bijvoorbeeld omdat men niet bij de juiste rechter was (exceptie van onbevoegdheid), men te laat was met zijn vordering (beroep op verjaring) of de verkeerde persoon was om de vordering in te stellen (exceptie van ontbreken van kwaliteit).

19. HR 12 mei 1972, NJ 1972, 324 (alleen een kop).
20. Asser/Anema/Verdam, Van Bewijs, 1953, p. 406 e.v.; F.G. Scheltema/H.J. Scheltema, Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht, 1934-1939, p. 154 e.v. Zie ook de beschouwingen van Suijling, I 2, nr. 486 e.v.; Eggens in Land/Eggens VI, 1933, p. 245 e.v. en meer recent Veegens/Wiersma, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, 1, 1973, p. 94 e.v.; Pitlo/Hidma, Bewijs en verjaring, 1981, p. 126 e.v.
21. Vóór 1934 overigens een terrein waarop art. 1961 BW nogal eens werd toegepast! In 1934 werd in het toenmalige art. 344*g* (later 344*f*) BW opgenomen dat art. 1961 niet van toepassing was. Zie Asser/Anema/Verdam, p. 416 en het kaartregister behorende bij de Nederlandse Jurisprudentie, BW, Vijfde Boek, art. 1961.

Dat men exceptief en principaal verweer moest combineren was al een oude regel — hij komt al voor in de Instructie van het Hof van Holland van 1531[22] — maar was danig uitgehold door de vele excepties die voor het principaal verweer mochten of moesten worden voorgesteld en, daarin zat het venijn, dan *afzonderlijk* moesten worden berecht. Door dit laatste kon de gedaagde door het achtereenvolgens opwerpen van excepties die tot incidenten moesten of konden leiden waarin de rechter, alvorens op de hoofdzaak in te kunnen gaan, afzonderlijk moest beslissen, de procedure schier eindeloos rekken.

De lex Hartogh maakte aan die mogelijkheid een einde, hoewel de praktijk daarin al was voorgegaan. Men kan het voorschrift van concentratie van verweer eigenlijk alleen goed verklaren uit het oude procesrecht, maar wij hebben het al een eeuw en nu in het voorontwerp de concentratie van verweer en ook het begrip exceptie worden gehandhaafd, ja zelfs uitgebreid tot de zaken waarin men in persoon procedeert (de huidige kantongerechtszaken),[23] zou het wel eens kunnen dat wij nog lang met deze regel te maken zullen hebben.

Nu excepties, behoudens een enkele uitzondering, niet meer leiden tot afzonderlijke incidenten die het proces ophouden, kan men zich afvragen welk nut het voorschrift nog voor ons heeft. Van een procesbevorderende bepaling lijkt het een middel geworden voor rechters — vooral de scherpslijperige appelrechters natuurlijk! — om verrassenderwijze een verweer de nek om te draaien. Zijn wij hier inderdaad de geschiedenis voorbij?

De Hoge Raad, verplicht als hij is om de bestaande wet zoveel mogelijk te respecteren, heeft zeer recent zich over de concentratie van verweer uitgesproken.[24] Hij overwoog dat de in art. 141 lid 2 vervatte regel dat alle excepties op straffe van verval bij antwoord dienen te worden voorgedragen ertoe strekt

'te voorkomen dat na debat van partijen over de rechtsbetrekking die onderwerp is van het geding, de gedaagde in een laat stadium van het geding nog zou kunnen opwerpen dat de rechter, op grond van regels die wegens hun zuiver processuele aard die rechtsbetrekking zelf niet raken, niet tot een beoordeling van het geschil omtrent de rechtsbetrekking kan komen. Aldus', zo overweegt de Raad verder, ' moeten de in art. 141 lid 2 genoemde excepties worden beperkt tot die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter, aan wie het geschil is voorgelegd, op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen'.

Dit is weliswaar een alleszins bevredigende omschrijving van het begrip exceptie, maar men bedenke dat de Hoge Raad zich niet uitspreekt over het waarom van de regel van concentratie van verweer en evenmin over de vraag of hij moet blijven bestaan in zijn huidige vorm, d.w.z. met de sanctie van

22. Zie Wedekind, p. 82-83.
23. Zie Voorontwerp, art. 2.4.3 lid 2.
24. HR 22 oktober 1993, RvdW 1993, 208 — in mijn conclusie vindt men veel over de geschiedenis van de exceptie, zie Conclusies bij Rechtspraak van de Week 1993, C 208; vgl. ook HR (derde kamer) 17 november 1993, NJ 1994, 123.

verval van de exceptie. Die sanctie was, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, ingevoerd om te voorkomen dat men zich niet zou houden aan de regel. De sanctie: veroordeling in de door het laat opwerpen van de exceptie veroorzaakte kosten als gevolg van het oponthoud, vonden de voorstellers te slap. Maar door het verval van de verplichting van de rechter om afzonderlijk op voor alle weren gevoerde excepties te beslissen was hier sprake van overkill. Excepties behoefden immers niet meer tot vertraging te leiden. Toch blijft het probleem bestaan en ik denk dat de oplossing niet eens zo slecht was. Verweren die inhouden dat de rechter op grond van regels van zuiver processuele aard niet aan een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil kan toekomen behoren niet in een zo laat stadium van het proces te worden opgeworpen dat, als het verweer gegrond bevonden wordt, partijen voor niets hebben geprocedeerd. Als zo'n verweer niet meteen wordt voorgesteld zodra dat mogelijk is, dan mogen wederpartij en rechter er van uitgaan dat de desbetreffende partij heeft aanvaard dat de rechter de rechtsbetrekking in geschil beoordeelt. Gelet op de mogelijkheid van een comparitie na antwoord zou men mogen verlangen dat zulke weren bij antwoord worden gedaan.

Ik meen dat wij hier een voorbeeld hebben van een voorschrift waarvan de ratio zich heeft gewijzigd: beoogde de concentratie van verweer oorspronkelijk het rekken van procedures te voorkomen, thans denk ik dat de ratio deze is dat, in overeenstemming met wat een goede procesorde eist, een zo prealabel verweer wordt gevoerd op een moment dat de zaak ten principale reeds onderwerp van debat en rechterlijk onderzoek is geworden, teneinde vergeefse tijd en kosten te besparen. Maar dit laatste was natuurlijk ook het oorspronkelijke oogmerk van Hartogh. Zo is rechtsvordering hier de geschiedenis voorbij en niet voorbij.

4.3. De vraag in welk stadium men een bepaald verweer nog kan voeren brengt mij even bij de regeling van het désaveu, het désavoueren van de verrichtingen door de procesvertegenwoordiger in het geding, de procureur.[25] Rond deze buitenissigheid hangt een nogal sterke geur van chicanes. De wettelijke regeling lijkt geheel gebaseerd op de traditionele opvatting dat de vertegenwoordigde beschermd dient te worden tegen de vertegenwoordiger die zijn bevoegdheid overschrijdt — een oud principe dat de positie van de derde ondergeschikt maakt aan die van de principaal. Een antiek civielrechtelijk wantrouwen tegen directe vertegenwoordiging zal daaraan niet vreemd zijn. Die afweging is verouderd, zeker in het kader van een proces met procesvertegenwoordigers en daarom is ook de regeling verouderd.

Wat men nu, als men het désaveu überhaupt wil handhaven,[26] onder meer kan verlangen is dat degene die een verrichting door zijn procesvertegenwoordiger wil ontkennen dat zo snel mogelijk doet nadat hem de verrichting

25. Zie art. 263-272 Rv.
26. Zie daarover en voor gegevens verder de conclusie OM voor en de noot onder het in de volgende noot te noemen arrest.

bekend is geworden en niet eerst afwacht hoe de zaak voor hem afloopt. Een in 1993 gewezen arrest[27] heeft dat duidelijk gemaakt. Na een hele procedure tussen partijen over de vraag of de verzekeringsovereenkomst nietig was, beriep de partij die als verzekeraar optrad, toen zij in het ongelijk werd gesteld, er op dat haar procureur ten onrechte had erkend dat zij assuradeur was (ze was slechts makelaar). Dat accepteerde het hof natuurlijk niet, maar de wet bood hieromtrent geen duidelijkheid, zodat de goede procesorde er aan te pas moest komen.

We zien hier dat omdat een regeling van de bescherming van de vertegenwoordigde tegen bevoegdheidsoverschrijding door de procesvertegenwoordiger dreigt te ontaarden in een chicaneus verweermiddel, nieuwe regels moeten worden gesteld. Het accent verschuift gaandeweg naar de wederpartij, mede onder invloed van de eis dat het proces zonder nodeloze vertragingen (denk aan art. 6 EVRM) en kosten moet kunnen worden voortgezet. De wederpartij, die geen middelen heeft om de volmacht van de procureur en nog minder de omvang daarvan te onderzoeken, mag er in zekere zin op vertrouwen dat de procesvertegenwoordiger de bevoegdheid heeft om te handelen zoals hij doet, mits dat handelen niet al te zeer valt buiten wat normaal gesproken van die vertegenwoordiger verwacht mag worden. Inmiddels blijft het probleem bestaan en daarmee de noodzaak om na te denken over een beter afgewogen regeling van de gevolgen van een bevoegdheidsoverschrijding in het proces, waarin het zojuist genoemde element van de tijdigheid wordt opgenomen.

De Fransen, van wie wij het désaveu in de huidige verbasterde gedaante hebben overgenomen, zijn ons al voorgegaan.[28] Daar is de geschiedenis geschiedenis geworden.

4.4. Ik had het zojuist, toen ik over de concentratie van verweer sprak, over een procesbevorderende bepaling die is verworden tot een middel voor de rechter om verrassenderwijze een verweer te ecarteren. Dat brengt mij bij mijn laatste voorbeeld van geschiedenis in ons wetboek: de regeling van het overleggen van conclusies (art. 140 en 141) en van bewijsstukken (produkties) in art. 147 Rv. Volgens deze regeling moet de partij die een conclusie neemt tegelijkertijd afschrift daarvan aan de wederpartij geven en moet de partij die in zijn conclusie een beroep doet op een bewijsstuk een afschrift daarvan tegelijk met het afschrift van de conclusie geven aan de wederpartij. Dat gebeurt in de praktijk altijd: een conclusie of akte gaat steeds ook naar de wederpartij en een copie van de produktie is steeds gehecht aan het exemplaar van de conclusie dat naar de wederpartij gaat. Wil de wederpartij inzage van het origineel van de produktie dan moet dat hetzij ter griffie worden gedeponeerd hetzij aan de procureur van de wederpartij worden gegeven. Dit gebeurt niet veel meer want door de techniek van fotocopiëren bestaat er in de regel

27. HR 18 september 1992, NJ 1993, 48 (m.nt. H.E. Ras).
28. Zie art. 411-420 Nouveau code de procédure civile.

geen behoefte meer aan inzage in het origineel, of het moest gaan om de vraag of er in het origineel is geknoeid. Worden produkties bij pleidooi in het geding gebracht dan worden deze in de regel enige tijd van te voren aan de wederpartij toegestuurd. Depot ter griffie in zulke gevallen, zoals het artikel tevens voorschrijft vindt in de regel niet meer plaats. Het depot ter griffie wordt gereserveerd voor bewijsstukken die door hun aard of omvang moeilijk te copiëren zijn. Bij de kantonrechter heeft hier ingevolge art. 118 de griffier nog een taak in het geval dat de wederpartij ter zitting geen afschrift heeft ontvangen.

Wat nu als tegen deze regels gezondigd wordt? Het is toch wel merkwaardig dat collega Strikwerda en ik ongeveer gelijktijdig een zaak onder handen kregen waarin deze vraag speelde. In de zaak van Strikwerda ging het om een akte die was genomen en waarvan geen afschrift aan de wederpartij zou zijn verschaft en werd er in cassatie over geklaagd dat de rechter in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor recht had gedaan op die akte. Strikwerda concludeerde tot verwerping van het beroep onder meer op grond van het betoog dat de klagende partij bij de feitenrechter geen beroep had gedaan op het beweerde verzuim en bovendien nog op de rol gelegenheid had gehad om de rechter op de omissie te attenderen maar dat kennelijk heeft nagelaten, zodat een beroep op schending van hoor en wederhoor niet gewettigd was.[29] In de door mij behandelde zaak ging het om een produktie waarop in appel in de memorie van grieven en de memorie van antwoord in het incidenteel appel wel een beroep was gedaan, maar die eerst daarna en kort voor het fourneren van de stukken voor arrest, ter griffie was gedeponeerd. Het hof vond, zonder dat de wederpartij had gepiept, dat stuk niet volgens de regels was overgelegd en legde het als 'tardief' terzijde. Dat was nogal verrassend.[30]

Bepalingen die nauwelijks in het rechtsbewustzijn van de procesdeelnemers lijken te leven blijken plotseling nog springlevend. Art. 147 lid 3 Rv bevat wel een regeling van de gevolgen van het niet op de daarin voorgeschreven wijze van produceren van bewijsstukken, maar de gevolgen van het niet verstrekken van een afschrift van de conclusies of akten ter rolle zijn in de wet niet geregeld. Het voorontwerp bevat dienaangaande weinig nieuws. De regeling van art. 147 lid 3 houdt in dat indien een produktie niet in copie aan de wederpartij is verstrekt of zo laat dat deze daardoor niet de mogelijkheid heeft daarop voldoende te reageren, de rechter dat stuk ter zijde kan leggen. Nu gebeuren op dit terrein de meeste ongelukken als het gaat om produkties bij pleidooi die zo laat worden overgelegd of zo omvangrijk zijn dat er onvoldoende gelegenheid is voor de wederpartij om daar bij pleidooi nog op te reageren. Dat heeft waarschijnlijk niet alleen te maken met overvaltaktieken maar ook met de advocaat die pas heel kort voor het pleidooi aan zijn pleitnota gaat werken en er dan achter komt dat er nog stukken zijn die van pas

29. Inmiddels heeft de Hoge Raad die zaak in HR 3 december 1993, rolnr. 15.130 afgedaan met toepassing van art. 101a RO (verkorte motivering), zodat van publicatie in de NJ is afgezien.
30. Inmiddels heeft de Hoge Raad gesproken: HR 24 december 1993, NJ 1994, 194.

komen. De Hoge Raad heeft hier eerder al regels gesteld in verband met de goede procesorde en het aan art. 147 te ontlenen richtsnoer.[31] De wettelijke bepaling is dus in een bredere context gezet, nl. die van de goede procesorde.

Als er recht op stukken wordt gedaan speelt dit probleem in de regel niet omdat partijen via de rol weten welke conclusies door de wederpartij zijn genomen en uit de conclusies kunnen opmaken welke produkties in het geding zijn of zullen worden gebracht. Toch gaat het ook dan wel eens mis. Zo zitten er wel eens stukken in een van de procesdossiers waarvan niet blijkt dat zij bij de wederpartij bekend zijn. Geen zinnig rechter denkt er tegenwoordig meer aan om dat stuk zonder meer buiten beschouwing te laten. Hij vraagt de griffier dan de nodige navraag te doen om opheldering te verkrijgen. Bij ter griffie gedeponeerde stukken mag de rechter er van uitgaan dat de wederpartij van het depot op de hoogte is. Heeft de rechter op dit punt aanleiding voor twijfel dan zal hij duidelijkheid moeten trachten te verkrijgen.

Men vergelijke nog eens de terecht vinnige noot van Veegens[32] naar aanleiding van een geval waarin een hof de appellant niet ontvankelijk had verklaard omdat de appeldagvaarding in geen van de dossiers zat en de rare — door de Hoge Raad gecasseerde — beslissing van een rechtbank dat de appellant die zijn procesdossier niet had overgelegd voor vonnis geacht moest worden zijn hoger beroep niet langer te handhaven en daarin niet ontvankelijk werd verklaard. Die merkwaardige beslissingen gaan er aan voorbij dat de wet dergelijke sancties niet kent en miskennen de functie van de processtukken. Weliswaar vormen die in de schriftelijke procedure van vandaag het debat, maar de wisseling van de stukken vindt telkens plaats op de rol. Het debat vindt daar in geformaliseerde vorm plaats. Als de weerslag van dat debat, het door die conclusiewisseling opgebouwde procesdossier niet aan de rechter wordt overgelegd, dan wil dat nog niet zeggen dat het debat niet heeft plaats gevonden. Als de dagvaarding niet in het dossier zit, wil dat nog niet zeggen dat er geen dagvaarding was.

Ik sprak zojuist van de goede procesorde. Bij deze vragen gaat het natuurlijk uiteindelijk om het recht op verdediging, hoor en wederhoor, het contradictoire karakter van het proces. De rechter mag slechts recht doen op gedingstukken waarvan de wederpartij kennis heeft kunnen nemen, op bewijsstukken waarover beide partijen zich hebben kunnen uitlaten.[33] Het zullen de partijen zelf moeten zijn die zich er over beklagen dat een bepaald stuk ontbreekt of

31. Zie HR 18 juni 1982, NJ 1983, 599; HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 (m.nt. C.J.H. Brunner); HR 11 mei 1984, NJ 1984, 584. Zie in verband met deze rechtspraak voor de cassatieinstantie het met art. 147 in essentie corresponderende art. 413 Rv.
32. Onder HR 6 februari 1947, NJ 1947, 91.
33. Vgl. de inmiddels verschenen uitspraak HR 18 februari 1994, RvdW 1994, 55, waarin de Hoge Raad oordeelt dat het fundamentele beginsel volgens hetwelk een burgerlijk geding op tegenspraak wordt gevoerd — van welk beginsel dat van hoor en wederhoor deel uitmaakt — meebrengt dat de rechter zich bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen alleen mag baseren op die gegevens van feitelijke aard waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en ten processe ter discussie hebben kunnen stellen.

dat tot verweer daartegen onvoldoende gelegenheid heeft bestaan. De rechter die al te actief is en stukken terzijde laat zonder zich ervan te hebben vergewist dat de wederpartij ze niet kende en er ook niet op heeft kunnen reageren, doet geen recht. De wederpartij die, wetende dat er stukken zijn overgelegd, ze niet heeft ontvangen en stil blijft zitten om dan later de rechter voor de voeten te werpen dat hij recht heeft gedaan om niet meegedeelde stukken, chicaneert. De verlangde activiteit van partijen en betrekkelijke passiviteit van de rechter blijkt duidelijk uit de oude regeling van art. 147 Rv. De rechter *kan* een bewijsstuk terzijde laten, maar dan moet door de benadeelde partij er een beroep op zijn gedaan dat hij het stuk niet heeft ontvangen en daarop ook niet meer heeft kunnen reageren. De bepaling lijkt me, hoe verouderd in haar formulering, in essentie nog steeds het resultaat van een geldige afweging.[34]

5. Tot zover een paar voorbeelden van oude regelingen. Het leken wat buitennissige kwesties, maar ze hebben alle te maken met meer fundamentele vraagstukken. Wij zijn tegenwoordig gewend om in vage normen en algemene beginselen te denken. Goede procesorde, beginselen of eisen van een behoorlijke rechtspleging, ja zelfs de goede trouw zijn begrippen waarvan wij niet of nauwelijks meer opkijken als zij in een processuele context worden gebezigd. Er wordt over procesbeleid van de rechter gesproken[35] en in verband daarmee zou men zelfs over beleidsregels kunnen spreken.[36] Het is aantrekkelijk om het procesrecht aldus in brede streken te ontwerpen. Maar we mogen niet vergeten dat dit typische praktijkrecht grote behoefte heeft aan regels. En als de wetgever dat niet doet doen de rechters dat regionaliter, waartoe zij te meer geneigdheid zullen bezitten naar mate hun colleges in omvang en gewicht groeien.

De geschiedenis van het procesrecht biedt ons wel enkele algemene beginselen, waarvan hoor en wederhoor m.i. het belangrijkste, maar zij heeft ons geen goede dogmatiek overgeleverd om op basis daarvan die algemene normen nader te formuleren en in bijzondere regels te concretiseren. Dat heeft het procesrecht gemeen met het handelsrecht: in de praktijk gegroeid recht dat zich moeilijk in algemene dogmatische kaders laat vangen. Het zijn de individuele regels en regelingen die ons leren hoe in het verleden de oplossingen zijn gevonden en waarom men tot deze oplossing kwam. Pas een grondige historische bestudering daarvan kan ons leren wat in ons huidige recht veranderd en verbeterd moet worden. En daarbij kunnen we ter wille van de verbetering van de sytematiek algemene beginselen telkens als leidraad nemen. Maar we behoeven bij die beginselen niet telkens te beginnen. Voor de herziening van ons procesrecht is het immers niet nodig elke keer opnieuw

34. In het inmiddels uitgesproken arrest HR 24 december 1993, NJ 1994, 194, geeft de Hoge Raad een aantal regels voor de handelwijze van de rechter ten aanzien van stukken waarvan hij twijfelt of de wederpartij ze heeft gezien. Een belangrijke basis daarvoor vormt het beginsel van hoor en wederhoor.
35. Zie bijv. HR 10 september 1993, NJ 1993, 777 (m.nt. P.A. Stein).
36. Vgl. de schriftelijke rolregelingen.

het wiel uit te vinden. Dat de huidige wettelijke regeling van het burgerlijk procesrecht lacuneus en nogal eens ondoorzichtig is moet ons niet doen concluderen dat we de geschiedenis voorbij zijn. De geschiedenis moge voorbij zijn, maar ook op dit terrein kunnen we er niet aan voorbijgaan.

De 'heren van het recht': rechters, politici en geleerden

*R.C. van Caenegem**

De Scheiding der Machten vandaag

Het is wel bekend dat de principiële scheiding van de drie machten — de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke — niet betekent dat er geen geschillen kunnen rijzen over hun precieze afbakening in het leven van elke dag. De lezer zal zich moeiteloos een aantal voorbeelden herinneren uit het recente verleden. Zo werd de Franse Constitutionele Raad op het matje geroepen door de eerste minister omdat de Raad lastig had gedaan over bepaalde door de regering gewenste veranderingen in de wetgeving op de immigratie (waarbij de Constitutionele Raad een voor politici soms vervelende tekst had ingeroepen die bekend staat als de Constitutie). Dit soort van rechterlijke inmenging in het werk van regering en wetgever heeft men recentelijk ook in Engeland meegemaakt, waar vooraanstaande rechters openlijk en plechtig bezwaar maakten tegen de voorgenomen inkrimping van de rol van de jury in de strafprocedure, daarbij niet verwijzend naar een al of niet geschreven grondwet van het Verenigd Koninkrijk, maar naar een beroemde middeleeuwse tekst, waarvan de 19de-eeuwse hervormers niet alle artikels hebben afgeschaft, nl. de Magna Carta van koning Jan zonder Land (wanneer deze eerbiedwaardige tekst wordt ingeroepen, is er duidelijk iets belangrijks aan de hand).[1] In de zomer van 1993 werd, zoals bekend, een poging om het verdrag van Maastricht door de Britse rechterlijke macht ongeldig te laten verklaren verijdeld — weinigen hadden haar trouwens een kans gegeven. Een opvallend voorbeeld van een door de wetgever geautoriseerde interventie van de uitvoerende macht in de werking van het gerecht vindt men in een Britse wet van 1966 die de Home Secretary de macht geeft het Court of Appeal te Londen op te dragen een zaak opnieuw te behandelen die volgens de heersende doctrine reeds alle normale stadia heeft doorlopen. Een commentator stipt

* Prof. dr. R.C. van Caenegem is emeritus hoogleraar middeleeuwse geschiedenis en rechtsgeschiedenis aan de Rijksuniversiteit Gent.

1. Het klassieke, onlangs in herziene versie verschenen werk over het 'Groot Charter der Vrijheden' is J.C. Holt, Magna Carta, Cambridge, ²1992. Voor de ingrepen van de 19de-eeuwse wetgever consultere men A. Pallister, Magna Carta. The Heritage of Liberty, Oxford, 1971.

daarbij aan dat deze maatregel werd aangevoeld als 'an almost unconstitutional intrusion of the executive power into the judicial'.[2] In België is in het recente verleden enige beroering ontstaan rond een initiatief van het Parlement om bij middel van onderzoekscommissies (wellicht geïnspireerd door de Amerikaanse hearings) licht te werpen op bepaalde vormen van criminaliteit, die door de rechtbanken niet hard genoeg waren aangepakt en die de openbare opinie in beroering hadden gebracht. Zoals men kon verwachten protesteerde de rechterlijke macht tegen deze aantasting van de haar door de grondwet toegekende bevoegdheid. Vele lezers zullen zich ook herinneren hoe vooraanstaande magistraten bij het Belgische Hof van Cassatie zich voor enkele jaren kritisch hebben uitgelaten over de — inmiddels gerealiseerde — opzet van de politieke wereld, d.i. regering en parlement, over te gaan tot de oprichting van het Arbitragehof. Dit laatste heeft een beperkte bevoegdheid als Grondwettelijk Hof, rol die de critici voor het Hof van Cassatie hadden opgeëist.[3]

Het oudeuropese Tijdvak: van twee naar drie Machten

Ondanks dit soort van wrijvingen is het duidelijk dat de bekende Scheiding der Machten nog steeds stevig is ingeburgerd. Ze bestond trouwens al voor Montesquieu, en het lijkt ons nuttig even stil te staan bij haar vroege geschiedenis. Ik meen dat men haar oorsprong, in de ontwikkeling van het publiekrecht, kan detecteren in de grote Europese monarchieën van de 12de en volgende eeuwen. In die tijd heeft zich nl. een splitsing voorgedaan — een soort van celdeling — van de oude feodale *curia regis*, het hof van de koning dat, in een en dezelfde zitting en met hetzelfde personeel van feodale baronnen, beslissingen trof over oorlog en vrede, ordonnanties uitvaardigde en geschillen beslechtte. Vanaf de 12de eeuw trad, o.a. in Engeland en Frankrijk, een werkverdeling op en ontstonden een aantal professionele organen, die zich op een permanente basis inlieten met administratie (rekenhoven!) of rechtspraak. In Engeland ontstonden in de 12de eeuw de koninklijke hoven van het *common law*, in de 13de eeuw in Frankrijk gevolgd door het Parlement van Parijs. Zoals de rechtspraak van de aloude *curia* werd overgenomen door de gespecialiseerde Court of Common Pleas, zo werd de wetgeving mettertijd overgenomen door het Parlement te Westminster.[4]

Deze taakverdeling is de vrucht van een langzaam proces geweest. Zo treft

2. Aldus Stephen Sedley, thans rechter in de High Court in Londen en voorheen advokaat gespecialiseerd in publiekrecht en mensenrechten, in: London Review of Books, 23 sept. 1993, p. 3.
3. Zie de beschouwingen van een gezaghebbend Belgisch voorstander van 'judicial review' uitgeoefend door de gewone rechtbanken: F. Dumon, Het jurisdictioneel toetsingsrecht van de grondwettigheid der wetten, in: Rechtskundig weekblad, 1989-90, nr. 1, 2 sept. 1989, p. 1-10. Zie voor de beschouwingen van een Belgisch tegenstander van dit 'judicial review': H. van Impe, Van democratisch parlementarisme naar bevoogde democratie, in: Jaarboek Administratieve en Economische Hogeschool, 1989, p. 235-243.
4. Zie de beknopte schets in R.C. van Caenegem, Geschiedkundige inleiding tot het recht, II, Publiekrecht, Brussel, 1988, p. 65 volg.

men, eeuwen nadat de koninklijke rechtbanken waren ontstaan, nog restverschijnselen aan van de oude voorstelling van de koning als opperste rechter. Niet alleen bestonden naast de Court of Common Pleas ook de King's Bench en de Council, maar zelfs koning Jacobus I (1603-25) voelde zich nog geroepen persoonlijk te interveniëren in het optreden van de koninklijke rechtbanken. Hij aarzelde niet Sir Edward Coke (†1634), wellicht de geleerdste common lawyer van alle tijden, af te danken, die de koning in zijn gezicht had gezegd dat de beroepsrechters beter gequalificeerd waren om recht te spreken dan zijne majesteit (ook al was Jacobus I een van de geleerdste vorsten uit de geschiedenis).[5] Uit de jaren 70 van de volgende eeuw dateert het bekende proces van de molenaar van Sans-Souci, met de persoonlijke ingreep van koning Frederik van Pruisen,[6] terwijl ook de Franse Conseil du Roi zich in die tijd nog het recht voorbehield arresten van het Parlement van Parijs in laatste aanleg te reviseren. Anders dan in Engeland, heeft zich in Frankrijk geen afzonderlijk wetgevend orgaan ontwikkeld. De Staten Generaal hebben, vooral in de 16de eeuw, wel ambities in die zin gekoesterd, maar ze hebben die niet gerealiseerd: integendeel, tussen 1614 en 1789 zijn ze niet eens meer samengekomen. De wetgevende macht bleef in Frankrijk in koninklijke handen: de *Ordonnances des Rois de France* vullen een statige reeks banden en zijn een monument van wetgeving met Europese betekenis. Toch is er in Frankrijk net als in Engeland een orgaan geweest dat een beduidende impact heeft gehad op die wetgevende activiteit. Het was echter geen politiek en (voor een goed deel) verkozen lichaam, zoals het Parlement van Westminster, maar een rechtbank, het Parlement van Parijs. De Romeinsrechtelijk geschoolde raadsheren van het Parlement hadden nl. de bevoegdheid te 'remonstreren' tegen de nieuwe koninklijke ordonnanties, op grond van de algemene rechtsbeginselen en de *lois fondamentales du royaume*. Het Parlement van Parijs heeft veelvuldig gebruik gemaakt van dat recht van remonstrantie en, hoewel de koning zich steeds door een uitdrukkelijke wilsbeslissing over de bezwaren van de rechter kon heenzetten (en dat ook herhaaldelijk heeft gedaan), is de impact van het Parlement op de wetgeving diepgaand

5. Coke's antwoord op 's konings aanspraken verdient geciteerd te worden: '... to which it was answered by me, that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes ... are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of the law, which law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognisance of it...' (J.M. Kelly, A short history of western legal theory, Oxford, 1992, p. 233).
6. De inzet van het proces was de watermolen die Christian Arnold pachtte van graaf Schmettau. Hoewel deze laatste voor verschillende rechtbanken het pleit had gewonnen, was de koning overtuigd dat de pachter het slachtoffer van standsvooroordelen was geworden en velde zelf op 9 januari 1780 het laatste en onaanvechtbare vonnis in diens voordeel en veroordeelde de 'schuldige' rechters. Zie over dit proces en zijn grondwettelijke repercussies W. Hülle, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, III, Berlijn, 1984, kol. 726-28 (met lit.).

geweest en heeft het met name in de 18de eeuw talrijke regeringsinitiatieven tot (o.m. fiscale) modernisering verijdeld.[7]

Het is duidelijk dat in het Oudeuropese tijdvak twee onderscheiden machten opereerden. De eerste was de politieke macht, d.i. de koning en zijn raad, die regeerde en wetten maakte: in Frankrijk was dat de koning (maar met inspraak van het Parlement van Parijs), in Engeland was dat de 'King in Parliament'. De andere macht was de rechterlijke, die op eeuwen professionele activiteit en een soliede jurisprudentie kon bogen. De rechterlijke 'macht' verdient deze benaming omdat ze er in slaagde onafhankelijk te worden van de koninklijke regering, waardoor een afdanking door de heerser, zoals Coke had ondergaan, uitgesloten werd. In Engeland werd deze verworvenheid vastgelegd in de Act of Settlement van 1701. In Frankrijk berustte de rechterlijke onafhankelijkheid op een zeer verschillende grondslag, nl. de *vénalité des offices,* wat meebracht dat de raadsheren van de parlementen hun zetels hadden gekocht, zodat deze hun private eigendom waren en dan ook op hun erfgenamen overgingen. Op die manier waren de raadsheren onafhankelijk, want de meeste juristen ontkenden zelfs aan absolute vorsten het recht private eigendom zonder vorm van proces te confiskeren.

Het is door een nieuwe celdeling binnen de politieke vleugel van ons diptiek dat een executieve en een wetgevende macht zijn opgetreden, wat heeft geleid tot de drieledigheid van Montesquieu's analyse. De scheiding tussen regering en wetgever heeft voor het eerst in Engeland plaatsgevonden en wel op het moment dat het Parlement de wetgever bij uitstek werd en de koning en zijn ministers de regering vormden. Deze ontwikkeling heeft zich geleidelijk voltrokken. Zoals bekend, speelde de High Court of Parliament tijdens de Middeleeuwen nog een belangrijke rechterlijke rol en is het onder de Tudors dat het geworden is wat we nog steeds kennen (vooral dan, natuurlijk, in het Lagerhuis), een politieke en wetgevende assemblee.[8] Weliswaar moet de monarch nog steeds de nieuwe Acts of Parliament ondertekenen om ze wetskracht te verlenen, doch dit is een formaliteit, aangezien er sinds de dagen van koningin Anna geen koninklijk veto tegen een te Westminster goedgekeurde wet is uitgesproken. Afhankelijk maar gescheiden van het parlement bestaat de regering van hare Majesteit, die het dagelijkse bewind voert, m.a.w. de executieve macht uitoefent. Deze situatie is sinds de 18de eeuw duidelijk aanwezig, wanneer het kabinet is ontstaan dat niet meer werd voorgezeten door de vorst, maar zijn eigen politieke en collectieve verant-

7. Zie de goed gedocumenteerde werken van J.H. Shennan, The Parlement of Paris, Londen, 1968 en S. Hanley, The *Lit de Justice* of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse, Princeton, 1984. Zie echter de kritische commentaar op dit laatste werk door R.J. Knecht, Francis I and the 'Lit de Justice': a 'legend' defended, in: French History, 7, 1993, p. 53-83.
8. Zie G.R. Elton (ed.), The Tudor Constitution. Documents and Commentary, Cambridge, ^{2}1982; M.A.R. Graves, The Tudor Parliament. Crown, Lords and Commons, 1485-1603, Londen, New York, 1985 (Studies in Modern History).

woordelijkheid nam en, sinds de dagen van George III, ook niet meer op een koninklijk veto is gestoten. Hoe duidelijk dit Engelse beeld van de gescheiden machten ook is, toch mag men niet uit het oog verliezen dat er gedurende bepaalde perioden weinig wetgeving is geweest en dat in de andere de meeste en belangrijkste wetten op regeringsinitiatief tot stand zijn gekomen.

De Franse revolutie, en meer in het bijzonder de grondwet van 1791, voerde het stelsel van de scheiding der machten naar Brits model in. Wat in Groot-Brittannië langzaam was gegroeid werd in Frankrijk in één slag en abrupt ingesteld: de moderne staat verscheen er zoals Athena uit het hoofd van Zeus of, als men een meer prozaïsch beeld prefereert, als een panklaar *fast-food*. In de Franse grondwet berustte de executieve macht bij de koning en zijn ministers, de wetgevende bij de 'Assemblée législative' en de rechterlijke bij onafhankelijke, voor een tijdelijk mandaat door het volk verkozen magistraten.

Hoe principieel de scheiding der machten ook weze, ze is in de werkelijkheid nooit absoluut. Ze was dat niet in Groot-Brittannië (zie de rechterlijke functie van het Hogerhuis). Ze was dat evenmin in Frankrijk in 1791 (zie het koninklijk veto inzake wetgeving). En het is een opvallende trek van de huidige politieke realiteit dat de wetgevende rol van sommige parlementen zeer gering is geworden en zich beperkt tot *rubber stamping* van de wetsontwerpen ingediend door de regering. Dit is een eigenaardige terugkeer tot het Ancien Régime, waar de koninklijke ordonnanties uitgingen van de regering, zonder inmenging van enige verkozen volksvertegenwoordiging, en waar de rechters de enige reële tegenspelers van de uitvoerende macht waren. Het is hierbij goed te bedenken dat wie de heerschappij van het recht over de politiek wil, ook de heerschappij van de rechters over de politici moet aanvaarden: aan deze logica kan men moeilijk ontsnappen.

Een andere trias: politiek bewind, rechtspraak en geleerdheid

De jurist met belangstelling voor de historische scheppers en behoeders van het recht heeft in dit artikel tot dusver wel wetgevers-politici en rechters ontmoet, maar nog geen rechtsgeleerden — hoewel de rechtsgeleerdheid traditioneel toch één van de 'bronnen van het recht' is, naast de wetgeving en de rechtspraak. De trias waarmee ik hier wens te opereren verschilt dus enigszins van de bekende *trias politica*, want ze bestaat uit wetgevers, rechters en rechtsgeleerden. En wat ik hier wens te presenteren is een historisch-comparatieve analyse van de uiteenlopende rol van die drie invloedrijke groepen in de Europese rechtsontwikkeling. Hopelijk kan deze analyse een bron van inspiratie zijn op de weg naar het Europese recht van de toekomst. Ze biedt namelijk het verhaal van grote verscheidenheid naast fundamenteel parallellisme, wat de kern van de Europese problematiek raakt.[9]

9. Zie voor een uitvoeriger behandeling van de historische strijd om de controle van het recht tussen rechters, wetgevers en rechtsgeleerden: R.C. van Caenegem, Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History, Cambridge, ²1993. Dat 'law is politics under another guise' is, zoals bekend, de visie van de School der *critical legal studies*, de

We beginnen onze analyse met de constatering dat elk van de drie bronnen doorheen onze geschiedenis belangrijk is geweest. Grote wetgevende teksten zijn tot ons gekomen uit alle fasen en landen. De reeks strekt zich uit van de Salische Wet in de vroege 6de eeuw, over de statige serie koninklijke Franse ordonnanties, de Carolina van Keizer Karel V, de 'Statutes' van de Engelse parlementen en de criminele ordonnanties van Filips II, tot de codes van de Verlichte Vorsten en Napoleon en het recente Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Van de invloed van de rechterlijke macht getuigen indrukwekkende reeksen vonnisregisters, die zich vaak in opvallende continuïteit over vele eeuwen uitstrekken. De stroom begint met de Engelse *curia regis rolls* en de Plea Rolls (rollen perkament die soms 100 m. lang zijn en waarvoor het Public Record Office speciale leespupiters ter beschikking stelt) en hij gaat verder met de schier eindeloze rijen registers van het Parlement van Parijs (een rechtbank en geen volksvertegenwoordiging), gaande van het midden van de 13de tot het einde van de 18de eeuw. Verder vermelden we de archieven van het Duitse Rijkskamergerecht en van de Curia en de Rota Romana. Van de rol van de rechtsgeleerdheid getuigen illustere namen uit vele landen en eeuwen, als Accursius en Bartolus in de Middeleeuwen, Wielant, Damhoudere en Cujas in de 16de eeuw, Sir Edward Coke, Grotius en Pufendorf in de 17de, Savigny en Dicey in de 19de, en Kelsen in onze eigen eeuw.

De tweede constatering in onze analyse is dat de rol van deze drie scheppende factoren van land tot land zeer ongelijk is geweest, en ook dat die rol in sommige landen in de loop der eeuwen constant is gebleven, terwijl ze in andere grote veranderingen heeft ondergaan. Een klassiek voorbeeld van de eerste kategorie is Engeland, waar het alles overheersende common law van de 12de eeuw tot onze eigen tijd het prototype is geweest van zuiver rechtersrecht. Deze fundamentele rol is op sommige momenten aangevuld, maar nooit verdrongen, door opwellingen van wetgevende activiteit — vooral dan onder Eduard I, Hendrik VIII en Elizabeth I, en na de Tweede Wereldoorlog. Daartussen lagen periodes van wetgevende passiviteit, waarbij — in de 18de eeuw bijvoorbeeld — door officiële instanties de thesis werd verdedigd dat de wetgever zich liefst niet met het recht moest inlaten. In het Engelse landschap gelijkt de wetgever op een uitgedoofde vulkaan die een lange periode van stilte verstoort door plotse opflakkeringen van verontrustende activiteit.[10] De rechtsgeleerdheid komt bij dit alles nauwelijks aan bod: Henry Bracton (†1268) was een eenzame monoliet in het middeleeuwse landschap, de reeds

radicale vleugel van het Amerikaanse 'realisme', die vooral te Harvard in de jaren 1970 en '80 heeft gebloeid (Kelly, Short History, pp. 432-36).

10. De beroemde Lord Mansfield (1705-93) heeft het in 1744 als volgt geformuleerd: 'A statute can seldom take in all cases, therefore the common law [d.i. rechtersrecht i.t.t. 'statute law'] that works itself pure by rules drawn from the fountain of justice is for this reason superior to an Act of Parliament'. Dit was ook de opinie van de grote 17de-eeuwse common lawyer Sir Matthew Hale, die wetgeving 'a choice and tender business' had genoemd, waartoe men slechts 'very cautiously and warily' zijn toevlucht moest nemen (E. Heward, Lord Mansfield, Chichester en Londen, 1979, pp. 63-64).

vernoemde zeer geleerde Coke was toch in de eerste plaats een common law rechter en het onderwijs van de in Duitsland theoretisch opgeleide John Austin (1790-1859) werd een mislukking. Engeland heeft het zelfs geruime tijd gesteld zonder enig georganiseerd onderwijs in de rechten en het is pas na de Tweede Wereldoorlog dat het een quasi-algemene gewoonte is geworden dat toekomstige juristen er aan de universiteit rechten studeren.[11]

Het contrast met Italië is brutaal, want dat is het historische land van het professorenrecht bij uitstek. Ook daar staan we voor een constante, die heeft geprevaleerd gedurende zeven eeuwen, vanaf de 'wedergeboorte' van het antieke Romeinse recht rond 1100 tot de impact van de Napoleontische codes in het begin van de 19de eeuw. De positieve factor voor de dominantie van de rechtsgeleerden was de ontdekking van het Corpus Juris Civilis van Justinianus dat, geglosseerd en gecommentarieerd door talloze Italiaanse professoren, het overheersende recht werd, ondanks het voortbestaan van lokale costumen (die trouwens ook in Engeland naast of liever onder het common law verder leefden). De negatieve factor die de zege van het geleerde recht mede veroorzaakte (naast de intrinsieke kwaliteit van het Corpus) was de afwezigheid, in het middeleeuwse en het moderne Italië, van een hoogste centrale rechtbank, die een leidende impuls en creativiteit aan een autochtoon systeem had kunnen geven, en van een centrale wetgever, hetzij koning of keizer, die het hele land vanaf het einde van de feodale fase aan een nieuw, aangepast recht had kunnen helpen.

Wie leest in het boek van de Duitse rechtsgeschiedenis wordt getroffen door de impact van de plotse en diepgaande ommekeer die is opgetreden rond 1500, bij de 'receptie' van het Romeinse recht. Dit was een cataclysme, een ongehoorde caesuur in wat tot dan toe een onopvallend verhaal was geweest van trouw aan het aartsvaderlijke gewoonterecht, met adaptaties volgens de behoeften van tijd en plaats. Lokale en regionale rechters hadden de costumen toegepast en geformuleerd, nationale wetgeving had aan belang ingeboet ten voordele van lokale keuren. Het gewoonterecht was op schrift gesteld, o.m. in een paar 'Spiegels' van meer dan lokaal belang, door auteurs die degelijke rechtskenners waren maar geen universitair geschoolde 'legisten': de academische rechtsgeleerdheid heeft in het middeleeuwse Duitsland geen hoge toppen geschoren. Dit alles veranderde drastisch met de adoptie van het geleerde (Romeinse en kanonieke) recht als het nationale recht voor Duitsland, want niet alleen de oude costumen verloren hun positie, maar ook de oude costumiere praktizijnen. Alleen wie het Corpus Juris aan de universiteit had gestudeerd bezat de sleutels van het nieuwe op boekenwijsheid gesteunde rechtssysteem: de 'receptie' luidde m.a.w. fataal het regime van de rechtsprofessoren in, ten nadele van rechters en wetgevers.[12] Voor het juiste begrip

11. Zie het hoofdstuk 'Legal Education' in B. Abel-Smith en R. Stevens, Lawyers and the Courts. A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965, Londen, 1967, pp. 165-186; R.C. van Caenegem, An Historical Introduction to Private Law, Cambridge, 1992, pp. 159-62.
12. Zie de beknopte beschrijving van dit fenomeen in: H. Coing, Europäisches Privatrecht, I:

van de antieke en middeleeuwse autoriteiten waren de rechters in laatste instantie aangewezen op de professoren van het Romeinse recht (een situatie die haar bekroning heeft gevonden in de bekende procedure van de *Akterversendung*, waarbij de rechtsfaculteit bindend advies gaf aan de rechtbank); de wetgeving werd, buiten de *Polizei*-materie, pas in de 18de eeuw, ten tijde van de Verlichte Monarchen, belangrijk. Het gevolg van dit alles was de heerschappij van de rechtsprofessoren, eerst ten tijde van de *usus modernus*[13] en daarna, in de 19de eeuw, ten tijde van de pandectisten (de codes van Frederik van Pruisen en Jozef II van Oostenrijk en hun opvolgers waren de rechtsgeleerdheid niet fataal geworden, vooral niet na F.C. von Savigny's principiële kritiek op de codificatiegedachte).[14] Het is slechts met de invoering van het *Bürgerliches Gesetzbuch*, in het laatste jaar van de 19de eeuw, dat althans formeel de oude strijd is beslecht ten voordele van de wetgever, in casu de Reichstag, en ten nadele van de Romeins-georiënteerde geleerden. Toch hebben deze laatsten een soort posthume revanche genomen doordat vele elementen van hun doctrine een plaats in het BGB hebben gevonden, waardoor dat wetboek veel 'Romeinser' is geworden dan de Franse Code civil van 1804.

Wat in de Franse rechtsgeschiedenis opvalt is de eeuwenoude en vrij constante traditie van een harmonisch samenspel van wetgever, rechter en geleerde, waarbij geen van de drie 'heren van het recht'[15] werd uitgeschakeld of de andere absoluut domineerde: elke groep droeg op een evenwichtige wijze zijn steentje bij, althans tot aan de grote caesuur van de Franse revolutie, die de politieke wereld (regering en volksvertegenwoordiging) de absolute heerschappij toespeelde en de rechters en de professoren degradeerde. Dit verbroken evenwicht heeft de hele 19de eeuw voortgeduurd[16] en de terugkeer naar de vroegere, wellicht 'normale' situatie is een ontwikkeling van de

Älteres Gemeines Recht, München, 1985, pp. 7-42.

13. Eigenlijk de *usus modernus pandectarum*, dit is de gebruikelijke benaming voor de periode van de Duitse rechtsgeschiedenis die loopt van de 16de eeuw tot de tijd van de grote codificaties in de tweede helft van de 18de. In die tijd werd het geleerde Romeinse en kanonieke recht van de Middeleeuwen als *jus commune* of *Gemeines Recht* de grondslag van de moderne Duitse rechtsleer en rechtspraak. Band I van Coing's *supra* geciteerd werk is aan die periode gewijd.
14. Zie J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, Groningen, 1986, pp. 182-238.
15. Ik ontleen deze uitdrukking aan de Italiaanse vertaling van mijn Judges, Legislators and Professors, die in 1991 bij Giuffrè in Milaan is verschenen onder de titel I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea.
16. De Franse en Belgische 19de eeuw werd gedomineerd door de Exegetische School. Zie B. Bouckaert, De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieleer bij de 19de eeuwse commentatoren van de Code civil, Antwerpen, 1981. Voor de 'sociologische' reactie tegen de aanbidding van de letter van de wet, die plaatsvond rond het begin van de 20ste eeuw (*Freirechtsbewegung*, 'wetenschappelijke', 'sociologische' of 'realistische' school, etc.) zie Kelly, Short History, pp. 354-371.

20ste eeuw geweest, waar doctrine en vooral rechtspraak weer een belangrijke en creatieve rol zijn gaan spelen.[17]

Het is wel bekend dat de rechtsgeleerdheid vanaf de 12de eeuw, wanneer de eerste leerstoelen Romeins recht in Zuid-Frankrijk zijn ontstaan, een factor in het Franse rechtsleven is geweest die niet meer was weg te denken. We verwijzen naar Jacques de Révigny (†1296) en Pierre de Belleperche (†1308) en naar de School van Orléans, een echte Europese universiteit, die alleen voor Bologna moest onderdoen. De rechtsgeleerden hebben trouwens niet alleen het Romeinse, maar ook het costumiere recht tot voorwerp van hun commentaren gemaakt: zowel Charles Dumoulin (†1566) in de 16de als Robert-Joseph Pothier (†1772) in de 18de eeuw zijn op beide gebieden werkzaam geweest. De Franse monarchie heeft, vanaf het aarzelende begin in de 12de eeuw, in een indrukwekkende stroom koninklijke ordonnanties de impact van de regering op het rechtsleven verzekerd. Zoals bekend, waren sommige grote privaatrechtelijke verordeningen van Lodewijk XIV en Lodewijk XV echte deelcodificaties, waarvan talrijke bepalingen trouwens door de Napoleontische codes zijn overgenomen. Naast de statige volumes van de *Ordonnances des Rois de France de la Troisième Race* staan echter in vele bibliotheken ook de gehomologeerde costumen (o.m. in de bekende collectie van de Richebourg): de opschriftstelling van de lokale en regionale costumen en hun afkondiging als wet maakten van deze 'homologatie' een grote wetgevende operatie ondernomen door de monarchie: de costume van Parijs werd zelfs een van de grondslagen van het moderne Franse recht.[18] De rechterlijke macht bleef bij dit alles niet achter. Het Parlement van Parijs, 's lands hoogste rechtbank, bouwde in de loop van zijn vijf en een halve eeuw bestaan niet alleen een indrukwekkende jurisprudentie op, maar nam ook direct deel aan de wetgevende activiteit van de regering. Dit gebeurde bij middel van de hoger vermelde remonstranties, maar ook door de directe participatie aan de totstandkoming van de koninklijke ordonnanties door leidende 'parlementaire' figuren als de Lamoignon en Daguesseau.[19] Het

17. Vroeger heerste de wet oppermachtig, thans stelt men de vraag 'Hoe kan men de wet nog serieus nemen?' en men constateert zonder omwegen: 'De wet ondermijnt zichzelf'. Rechterlijke interpretatievrijheid is inderdaad in de plaats gekomen van de aanbidding van het wetboek, maar, zo worden we terecht gewaarschuwd: 'Interpretatievrijheid is een ander woord voor macht. Als het zo is dat de rechter bepaalt wat de wet betekent, wat betekent de wet dan zelf?' (citaten uit W.J. Witteveen, Postmodernisme en het gezag van de wet, in: F.R. Ankersmit en A. Kibédi Varga (red.), Akademische beschouwingen over het postmodernisme, Amsterdam, 1993 (Kon. Ned. Akad. Wetenschappen, Med. Afd. Lett., N.R., dl. 56, n° 1), p. 43-44.
18. Zie over dit alles de beknopte overzichten in R.C. van Caenegem, Geschiedkundige inleiding tot het recht, I: Privaatrecht, Brussel, 1989, pp. 41-48, 98-101. Voor een uitvoerige behandeling van de opschriftstelling der costumen consultere men J. Gilissen (ed.), La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Brussel, 1962 (akten van een colloquium van 16-17 mei 1960).
19. Guillaume de Lamoignon (1617-1677) was Eerste Voorzitter van het Parlement van Parijs en Henri François Daguesseau (1668-1751), die lange tijd kanselier van Frankrijk was, had

evenwicht tussen deze drie scheppers en behoeders van het recht was, zoals gezegd, opvallend stabiel; wel ontstonden meningsverschillen, vooral dan tussen de regering en het Parlement van Parijs, maar deze werden op vreedzame en geïnstitutionaliseerde wijze opgelost. De brutale breuk tussen regering en Parlement ten tijde van kanselier René-Nicolas de Maupeou (1714-92), wanneer de raadsheren door koninklijke musketiers werden gearresteerd en naar de Cevennes verbannen, was even kort als uitzonderlijk (het Parlement kwam de beproeving zegevierend te boven en moest zolang het Ancien Régime duurde geen dergelijke aanslag meer vrezen).[20]

In de oude Nederlanden verliep de ontwikkeling in Noord en Zuid parallel tot in de loop van de 16de eeuw. Overal ontstonden 'rechtsboeken' gesteund op lokale gewoonten en werden stadskeuren — maar weinig centrale wetgeving — uitgevaardigd door de vorsten. De rechtsgeleerdheid leverde een bijdrage die als zeer degelijk kan worden bestempeld (men denkt aan Filips van Leiden, Willem van der Tanerijen en Filips Wielant). De breuk tussen Noord en Zuid kwam met de homologatie, van regeringswege, van de lokale costumen. Deze hybridische vorm van vorstelijke wetgeving werd op grote schaal afgekondigd in het Zuiden, maar bleef, wegens de politieke ontwikkeling onder Filips II, achterwege in het Noorden. In de Republiek, waar noch centrale wetgeving noch door de regering gerichte homologatie van de costumen bestond en waar het middeleeuwse gewoonterecht niet adekwaat was voor een modern land, ontstond een opvallend vacuüm. Het werd opgevuld noch door de rechtspraak (er was geen hoogste rechtbank voor het hele land) noch, zoals gezegd, door de wetgeving, maar wel door de rechtsgeleerden. We bedoelen natuurlijk het Rooms-Hollands recht, gecreëerd en ontwikkeld door juristen en/of professoren als Grotius (zelf geen universiteitsprofessor, maar geleerde met Europese faam), Johannes Voet en Cornelis van Bijnkershoek. Zo werd het Noorden een land van rechtsgeleerden, terwijl het Zuiden een 'terre de coutume' bleef, maar met academisch gevormde commentatoren van het costumiere recht en, althans in de hoge rechtbanken, geleerde rechters die in principe volgens gewoonterecht vonnisten, zonder echter hun Romeinsrechtelijke opleiding te vergeten.[21] De wetgeving was in het Zuiden (net als in het Noorden) onbeduidend, althans tot de komst van Jozef II. Kort daarna verschenen de Fransen, eerst in het Zuiden en daarna in het Noorden, en met hen begon het tijdperk van de moderne wetboeken.

Tot hiertoe hebben we alleen het wereldlijke recht van enkele staten behandeld. Het is tijd aandacht te besteden aan het kanonieke recht en de Latijnse kerk, die als een quasi-staat kan beschreven worden. Ze had nl. al de

in zijn jonge jaren de functies vervuld van advokaat generaal en procureur generaal bij het Parlement van Parijs, waarvan hij de prerogatieven krachtig verdedigde.

20. Zie de recente studie van M. Antoine, Sens et portée des réformes du chancelier de Maupeou, in: Revue historique, 288, 1992, pp. 39-59.
21. Zie het gedetailleerde Deel II, De bronnen van het recht in de Belgische Gewesten sedert de 13de eeuw, in: J. Gilissen, Historische Inleiding tot het Recht, Antwerpen, 1981, pp. 237-396.

attributen van de koninkrijken — eigen wetten, rechtbanken, fiscaliteit, centrale regering en lokale administratie — uitgenomen territorium en nationaliteit (we hebben het hier natuurlijk niet over de Kerkelijke Staat in centraal-Italië). Deze geestelijke quasi-staat was veruit de grootste organisatie in zijn soort en een voorafbeelding van de huidige Europese Unie: de impact van zijn centrale regering en zijn uniform recht doet de stoutste 'Europese' dromen van onze tijd verbleken. Ook in de kerk waren wetgevers, rechters en geleerde juristen werkzaam. Hoe zat het met hun respectieve invloed? Op het eerste gezicht is het antwoord eenvoudig: de wetgever domineerde absoluut. Weliswaar was er een geordend net van lokale officialiteiten met aan de top de Romeinse Curie, maar de officialen schiepen geen recht, ze pasten het toe. Het sinds de latere 11de eeuw vlug evoluerende recht werd gecreëerd en ingevoerd door wetten, en de wetgevers waren de pausen en de door hen georganiseerde concilies. Deze kerkvergaderingen kondigden canons af, de pausen vaardigden constituties uit en vooral decretalen (een eigenaardige mengeling van preadvies — uitgelokt als ze zijn door vragen uit de lagere hiërarchie — en ordonnantie). De rechtsgeleerden speelden hierbij ogenschijnlijk een ondergeschikte rol: hun taak bestond erin oude en recente wetsteksten in geordende compilaties te verzamelen en te commentariëren, mede in het licht van de jongste Romeinsrechtelijke doctrine. Doch dit beeld is bedrieglijk, omdat het uitgaat van de dominantie van de wetgever in abstracto en voorbijgaat aan het cruciale feit dat de wetgever in concreto de paus was en dat vele pausen van de grote, klassieke tijd — midden 12de tot eind 13de eeuw — geleerde juristen waren, gewezen professoren en auteurs van juridische tractaten: alle grote pauselijke wetgevers van die cruciale tijd waren zelf rechtsgeleerden, Alexander III (†1181), Innocentius III (†1216), Innocentius IV (†1254) en Bonifatius VIII (†1303). We staan hier voor de unieke situatie dat de vorsten-wetgevers tegelijk ook vooraanstaande, theoretisch opgeleide rechtsgeleerden waren, zodat de doctrine in hun persoon wetgevende macht had verworven — een toestand waarbij een rechtsgeleerde het hele recht 'in pectore suo' geacht werd te bezitten![22] Europa heeft geleerde koningen en keizers gekend die ook belangrijke wetgevers waren — Alfons X de Wijze van Castilië in de 13de eeuw en Frederik de Grote en Jozef II in de 18de — maar zij waren geen universitair opgeleide juristen. De grote wetgevende assemblees bevatten weliswaar aanzienlijke contingenten juristen, maar het waren mensen van de praktijk en weinigen maakten aanspraak op geleerdheid. De vier commissieleden die de basis-tekst van de *Code civil* hebben gredigeerd waren praktijkjuristen (al had Portalis een speculatieve geest) en Napoleon, wiens persoonlijke rol belangrijk is geweest, was helemaal geen jurist; de algemene toon en de opzet van zijn wetboek waren dan ook weinig tot geleerdheid en theorie geneigd.

22. Bonifacius VIII was de laatste grote pauselijke wetgever. Na hem werkten de kerkelijke rechters met het bestaande en afgesloten *Corpus Juris Canonici*, waarvan in de 16de eeuw een officiële, herziene versie verscheen. In 1917 brak ook voor de Kerk het tijdperk van de codificatie aan.

Het is tijd de vraag te stellen waar die grote verschillen in de rol van de wetgever, de rechter en de geleerde jurist vandaan komen: waarom, bijvoorbeeld, rechtersrecht in Engeland en professorenrecht in het moderne Duitsland? We zullen bij ons onderzoek niet veel tijd verkwisten aan het *national character* of de *Volksgeist,* want het zelfde Duitsland dat het ongeleerde gewoonterecht volgde in de Middeleeuwen werd later de leider van het professorenrecht, en het zeer Engelse common law begon zijn loopbaan als Anglo-Normandisch feodaal recht van continentale en niet-Angelsaksische origine, en bevatte niets dat het predestineerde om puur rechtersrecht te worden.[23]

Het wil mij voorkomen dat we veel solidere grond betreden wanneer we de oorzaak van de geschetste verscheidenheid zoeken in de verschillende politieke ontwikkeling van de bestudeerde landen. Het verhaal van hun divergentie begint in de 12de eeuw, want tot dan was de situatie in feodaal West-Europa homogeen. Het is in genoemde eeuw dat de archaïsche 'Eerste Middeleeuwen' plaats hebben gemaakt voor een moderner, gesofistikeerder model. De omvorming van het recht, die hiermee gepaard ging, verliep in de betrokken landen (en alle waren er vroeg of laat bij betrokken) volgens verschillende wegen en een verschillende chronologie. In Italië was het herontdekte recht van de Romeinen de grote inspiratiebron, de revelatie van wat een verfijnd en rationeel systeem kon zijn. Niet alleen was het intrinsiek superieur, maar het straalde het prestige uit van de Romeinse Oudheid — die steeds de Italiaanse verbeelding heeft geboeid — en ze sloot aan bij de opkomende stadscultuur, in een land dat tot in de Nieuwe Tijd een lichtbaken voor de Westeuropese beschaving is geweest. De afwezigheid van enige hoogste wetgever of rechtbank in het politiek verbrokkelde Italië liet het terrein helemaal over aan de professoren. Vanuit Italië verspreidde de nieuwe rechtswetenschap zich over de rest van Europa, waar reeds in de 12de eeuw centra van onderwijs ontstonden, o.m. in Frankrijk en Engeland, terwijl studenten uit heel Europa naar Bologna stroomden om zich aan de bron van de nieuwe wijsheid te laven.

In Frankrijk en Engeland, de grote westerse monarchieën uit de latere Middeleeuwen, was het 'primum movens' echter niet het Romeinse recht, maar de koninklijke politiek — zonder Justinianus in Engeland, maar met zijn steun in Frankrijk. In beide landen, zij het enkele generaties vroeger in Engeland dan in Frankrijk, nam de nationale monarchie de modernisering van het recht en de reorganisatie van het gerecht stevig ter hand. Er ontstond een gestage, zij het vooralsnog bescheiden stroom van wetten; hoogste koninklijke rechtbanken, bemand door professionelen, werden opgericht en lokale besturen kregen keuren en privileges (meer in Frankrijk dan in Engeland). De

23. Zie de argumentatie in R.C. van Caenegem, The Birth of the English Common Law, Cambridge, ²1988, pp. 85-110.

Engelse ontwikkeling verschilde van de Franse op een aantal significante punten, vooral dan in de chronologie van de vernieuwing. In Engeland, een oudere unitaire natie-staat dan Frankrijk, kwam deze tot stand onder koning Hendrik II (1154-89), in Frankrijk eerst onder Filips Augustus (1180-1223) en volop onder Lodewijk IX (1226-70). Een belangrijk gevolg was dat de Engelse modernisering te vroeg kwam om het Romeins-kanonieke model na te volgen of te introduceren: aan de procesdoctrine werd op dat moment nog gewerkt en de officialiteiten, waar ze werd toegepast in het dagelijkse leven, hebben hun eerste schuchtere stappen op het rechtshistorisch toneel pas gezet rond de tijd van Hendrik II's overlijden. Vandaar een Engels common law (d.i. recht gemeenschappelijk aan het hele koninkrijk en overal toegepast door een korps van koninklijke rechters), dat van bij de aanvang totaal on-Romeins en autochtoon was en dit ook zou blijven. De Franse modernisering kwam op dreef toen het geleerde model reeds operatief was, zodat de monarchie en haar geleerde rechters er inspiratie konden uit halen en dat ook deden: van dan af ontstond de vermenging van costumier met Romeins recht die eeuwenlang en tot in de codes van de vroege 19de eeuw zou blijven bestaan. Het feit dat het common law het product was van de centrale koninklijke rechtbanken en niets te maken had met Justinianus betekende dat het volledig het geesteskind was van de rechters en niets van doen had met de 'schriftgeleerden' van het Corpus Juris: de rechters in de Court of Common Pleas en de King's Bench hadden geen Romeins recht gestudeerd (behalve enkele clerici in het vroegste stadium van het common law),[24] terwijl de raadsheren in het Parlement van Parijs allemaal 'legisten' waren, d.w.z. dat ze aan de universiteit de Romeinse *leges* hadden geassimileerd. Zoals we hebben gezien, moesten de Franse rechters hun invloed delen met de rechtsgeleerde faculteiten, en weldra ook met de koninklijke regering die in stijgende mate haar wetgevende taak opbouwde. Het gevolg was de Franse driehoeksverhouding tussen rechters, wetgevers en professoren waarop we hoger hebben gewezen.

De ontwikkeling in Duitsland was het omgekeerde spiegelbeeld van de westelijke monarchieën. Terwijl in Frankrijk de unificatie volop aan de gang was, voltrok zich in Duitsland een proces van desunificatie waardoor de natie-staat er pas eeuwen later tot stand zou komen. Wetgeving en rechtspraak waren een lokale en regionale aangelegenheid; de modernisatie van het autochtone recht kwam er traag van de grond en berustte niet in de handen van een professionele elite, maar van schepenen en vazallen voor wie de rechtspraak, hoe belangrijk ook, een incidentele bezigheid was. De impact van het Romeinse recht verliep er ook traag en de Duitse universiteiten ontstonden relatief laat (Praag, 1347/48; Wenen, 1356; Keulen, 1388). Rond 1500 kwam alles plots in een stroomversnelling terecht en werd, in het kader van een (overigens mislukte) poging een moderne eenheidsstaat tot stand te brengen,

24. Zie het voortreffelijke recente werk van P. Brand, The Origins of the English Legal Profession, Cambridge, Mass., 1992.

vaarwel gezegd aan de oude costumen en overgeschakeld op het geleerde recht. Deze op het hoogste niveau genomen beslissing zal de lezer herinneren aan wat in de Meidjitijd in Japan is gebeurd, waar in het kader van een politiek van modernisatie, d.w.z. occidentalisatie, o.m. het Duitse Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd, hoewel het, net als het Romeinse recht ten tijde van de Duitse 'receptie', geen wortels had in de eigen traditie van het land. De Duitse *Rezeption* kwam neer op de import van Italiaans professorenrecht en luidde vanzelfsprekend het tijdperk van het Duitse professorenrecht in. Ten tijde van de *usus modernus* verkeerde de Duitse rechtsgeleerdheid nog in het stadium van de assimilatie van de nieuwe wijsheid, maar in de 19de eeuw zouden onze oosterburen hun voorgangers overvleugelen en Europese leermeesters worden. De hoger vernoemde rechts-historicus, civilist en rechtsfilosoof F.C. von Savigny (†1861) genoot internationale faam, de pandectist B. Windscheid (†1892) voerde de systematiek van het Romeinse recht tot een toppunt en met Mommsen bereikten de historische studie van het klassieke recht en de kritische editie van zijn fundamentele teksten een ongeëvenaarde (en wellicht nooit te evenaren) graad van perfectie. De enorme impact van het neo-Romeinse recht op het Duitsland van de pandectisten heeft een reactie uitgelokt bij de aanhangers van de autochtone traditie, waaruit de fameuze strijd tussen germanisten en romanisten is ontstaan. Dit is een verhaal waar we hier niet kunnen op ingaan, tenzij om aan te stippen dat de leiders en woordvoerders van beide kampen geleerden en professoren waren, wat nog eens aantoont dat de heerschappij van de rechtsgeleerdheid, aangevangen rond 1500, pas rond 1900 ten einde is gegaan: een lange en indrukwekkende periode.[25]

De grillen der geschiedenis

De lezer met belangstelling voor filosofische beschouwingen zal bij de lectuur van dit verhaal getroffen zijn door wat we de 'grillen der geschiedenis' kunnen noemen. Justinianus had in de 6de eeuw het aloude Romeinse recht als het ware gemummificeerd: het Corpus Juris conserveerde het recht voor het oosten van het Imperium, maar was in het westen onbekend; het Romeinse recht was het recht van de Grieken geworden en werd in Byzantium verder vereerd, toegepast en bestudeerd, doch zonder echte innovatie. In Rome zelf, waar het allemaal begonnen was, ging het Romeinse recht verloren, bij zoverre dat in de Eeuwige Stad in bepaalde periodes zelfs, *horresco referens*, barbaarse godsoordelen werden toegepast. In de late Middeleeuwen echter werd de verloren boodschap er weer gehoord en werd het Corpus Juris er, zes eeuwen nadat het in het oosten was uitgevaardigd, ontdekt zowel in de

25. Zie de recente analyse in M. John, Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code, Oxford, 1989 (Oxford Historical Monographs); cf. de uitvoerige recensie in Savigny Zeitschrift fur Rechtsgeschichte, G.A., 110, 1993, pp. 644-50.

materiële zin, doordat de tekst ter beschikking kwam te staan, als in de intellectuele zin, doordat men de betekenis van het grote boek begon te doorgronden. Hoewel ouder in absolute termen, was het Romeinse recht wat het cultureel niveau betreft veel jonger dan de archaïsche feodale wereld van die tijd: het reflecteerde een gesofistikeerde, geürbaniseerde samenleving. Het recht van de Romeinen, thans een laat-middeleeuws Italiaans recht geworden, drong mettertijd in heel Europa door. Dit was zelfs het geval in Engeland, waar het in Oxford en Cambridge werd gedoceerd en een rol speelde bij de opleiding van de kanonisten en in de internationale betrekkingen. Na verloop van tijd werd dit medio-Romeinse recht de 'koinè' van het hele Westen. Zoals eerder gezegd, werd dit Romeins-Grieks-Italiaans systeem zelfs het nationale recht van Duitsland, uitgerekend in de eeuw dat het Byzantijnse rijk, waar het Corpus was ontstaan, finaal door de Turken werd overrompeld. De rol van het Romeinse recht was daar dan ook uitgespeeld, tenzij in het kader van het recht van de Griekse kerk, waar de Byzantijnse beschaving onder Turks bewind een toevlucht vond. Zo is een systeem uit de Oudheid, dat in de 6de eeuw, na het verdwijnen van het West-Romeinse Imperium, was gebalsemd, in de 11de eeuw in Noord-Italië herleefd en heeft het zijn laatste en hoogste bloei als geldend, positief recht gekend in het *gemeines Recht* en de 19de-eeuwse Duitse pandectistiek. Voorwaar een merkwaardig schouwspel: het antieke Romeinse recht dat zijn hoogtepunt bereikt in het Duitsland van Bismarck en Keizer Wilhelm II. Was het geen mooie revanche voor de Oudheid dat uitgerekend de afstammelingen van de Germanen, die het Imperium ten val hadden gebracht, in de Nieuwe en Nieuwste Geschiedenis de meest fervente aanhangers werden van de Romeinse wetten als positief rechtssysteem en de leidende onderzoekers ervan als monument van de antieke cultuur?

In het verleden ligt het heden

Dat de voorafgaande beschouwingen relevant zijn voor de huidige jurist en niet zo maar tot de 'oude geschiedenis' behoren blijkt uit de constatering dat het respectieve belang van rechters, wetgevers en professoren op de dag van vandaag in grote mate is gedetermineerd door de 'expérience des siècles' (om met Portalis te spreken). De grote breuklijn, de Europese 'San Andreas fault', zijn de codificaties van de late 18de en de 19de eeuw. Zij hebben op het Continent de macht van de wetgever gevestigd; hun afwezigheid in Engeland — alle pleidooien van Jeremy Bentham ten spijt — heeft er de macht van de 'Bench' gered en bestendigd. Dat op het Continent, en met name in Frankrijk, het wetgeversrecht heeft gezegevierd was het resultaat van de vroegere, overdreven geachte impact van de rechters en de rechtsgeleerden. Aan deze laatsten werden buitenissige spitsvondigheid en duisterheid verweten, de eersten kregen op een nog virulenter wijze te horen dat ze zonder enig mandaat van het volk en vanuit hun met grof geld gekochte raadsheerzetels de nodige en door het land gewenste veranderingen hadden gesaboteerd en hun standsbelang boven dat van regering en land hadden gesteld. Een *gouver-*

nement des juges (om de titel van een bekend werk te citeren),[26] zoals dat van de Parlementen van het Ancien Régime, moest eens en voor altijd worden opgeruimd. Deze opzettelijke afzwakking van de rechterlijke macht door de Franse revolutie heeft o.m. tot gevolg gehad dat de toetsing van de grondwettelijkheid der wetten pas zeer laat en dan nog met allerlei beperkingen in het Franse grondwettelijke bestel is binnengedrongen.[27]

Uitvallen tegen het Romeinse recht, en dus de geleerde professoren, waren in het 18de-eeuwse Europa schering en inslag, en de Verlichte Vorsten van die tijd hebben niet nagelaten op vermanende en zelfs grove toon hun rechters te waarschuwen voor iedere poging af te wijken van de letter van de wet. De Franse revolutie en Napoleon hebben hetzelfde gedaan, wat in Frankrijk en België in de 19de eeuw heeft geleid tot de dominantie van de reeds vernoemde Exegetische School. In Duitsland heeft het zo geen vaart gelopen. De idee van de codificatie zelf is er op grote conservatieve weerstand gestoten, wat de rol van het professorenrecht nog een eeuw langer heeft in stand gehouden. Savigny, één der hoofdfiguren van de Historische School, had de merkwaardige theorie verkondigd dat geleerde en aristocratische juristen zoals hijzelf best geplaatst waren om het recht van het volk te kennen.[28] Doch na de oprichting van het Duitse keizerrijk in 1871 was er geen houden meer aan: het ene Duitse rijk moest, zoals andere nationale staten, één Duits burgerlijk wetboek krijgen. Dit was een politieke noodzaak, al is het wellicht verbazend dat het zo lang heeft geduurd vooraleer het ook elders in de wereld geroemde BGB is tot stand gekomen (wet geworden in 1896, in voege getreden in 1900). Op de dag van vandaag, bijna een eeuw later, is het effect duidelijk. De juridische machtsverhouding is in Duitsland grondig gewijzigd ten voordele van de wetgevende en de rechterlijke macht (wat deze laatste betreft, mede door de invoering van de rechterlijke toetsing van de grondwettelijkheid der wetten) en ten nadele van de rechtsgeleerden, die hun vier eeuwen oude greep op het recht hebben verloren. Het Romeinse recht, waarvan zij de hogepriesters waren, heeft hun lot gedeeld: zijn positie in de rechtsfaculteiten, uitgedrukt in aantal college-uren en studenten, is minimaal geworden, zoals de deelnemers aan het te Brussel in oktober 1993 door de Koninklijke Academie voor

26. E. Lambert, Le gouvernement des juges, Parijs, 1921.
27. Zie de korte, maar voortreffelijke commentaar van L. Cohen-Tanugi, From One Revolution to the Next: The Late Rise of Constitutionalism in France, in: The Tocqueville Review, 12, 1990/91, p. 55-60. De auteur stelt de dubbele vraag 'why it took France some two hundred years since the Revolution to establish judicial review' en 'how constitutionalism has become an important element of French democracy in the last twenty years', terwijl deze recente ontwikkeling — 'a silent revolution' — 'contradicts the political and legal tradition, inherited from the Revolution'. Men consultere ook M. Shapiro, Judicial Review in France, ibid., p. 3-29 en R. Cicchillo, The Conseil constitutionnel and Judicial Review, ibid., p. 61-82.
28. Van Caenegem, Inleiding Privaatrecht, p. 184. Zie ook J . van den Broeck, De Duitse rechtshistorische school in de 19de eeuw, een behoudende reflex, in: Liber Amicorum Prof. Dr. G. Degroote, Brussel, 1980 (Kon. Zuidnederlandse Mij. voor Taal- en Letterkunde en Geschiedenis), pp. 167-84.

Wetenschappen ingerichte Colloquium *De Rechtsgeschiedenisop de Drempel van de Twintigste Eeuw,* niet zonder ontzetting, hebben vernomen.[29] Hun *Quousque Germania?* was een begrijpelijke reactie op de ontdekking dat het in het land van Savigny en Windscheid met het Romeinse recht zo erg was gesteld. Was dit de zoveelste 'gril van de geschiedenis'?

29. De akten van het Colloquium zijn ter perse en zullen verschijnen in het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis en in de reeks *Iuris scripta historica* van het Comité voor Rechtsgeschiedenis van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België.

Privaatrecht voor rovers en moordenaars

HISTORISCH-KRITISCHE KANTTEKENINGEN BIJ ARTIKEL 6:211 BW

*Jeroen M.J. Chorus**

De geschiedenis van het privaatrecht brengt ons in aanraking met andere tijden, andere zeden, andere landen en andere wijzen — en al dat andere is van het grootste belang voor het begrijpen van onze eigen tijd, onze zeden, ons land en onze rechtsgeleerde wijs. Om de lezer nog eens te doordringen van dit inzicht zullen wij drie onderwerpen bezien. Eerst het maatschapscontract met een ongeoorloofde inhoud; bij voorbeeld: de roversbende die Pief en Paf met elkaar zijn overeengekomen. Ten tweede de aktie tot nakoming van zo'n schandelijk contract; bij voorbeeld: de ene rover, Pief dus, vordert zijn aandeel in de buit die in handen is van zijn maatschapspartner Paf. Ten derde de aktie tot restitutie van onzedelijke betalingen; bij voorbeeld: Pief eist van Paf de pistolen terug die hij hem had gegeven om meer indruk te maken op de klanten.

I

In de regeling van de maatschap in het oude Burgerlijke Wetboek was het voorschrift opgenomen dat de maatschap 'een geoorloofd onderwerp' heeft. De bepaling stond in het eerste lid van artikel 1656. Ze is gesneuveld bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht. Ze kon blijkbaar worden gemist.[1]

De litteratuur[2] placht te volstaan met de opmerking dat de eis van een geoorloofd onderwerp voor de maatschap iedere afzonderlijke betekenis miste, want de maatschap is een obligatoire overeenkomst en heeft dus al te voldoen aan de algemene vereisten voor de totstandkoming van overeenkom-

* Mr. J.M.J. Chorus, raadsheer in het gerechtshof te Amsterdam, was hoogleraar in de historische ontwikkeling van het recht aan de Rijksuniversiteit Leiden (1986-1993). Aan deze bijdrage ligt zijn afscheidscollege ten grondslag, op 2 november 1993 gehouden.

1. Art. 1656 lid 1 BW (oud): 'Alle maatschap moet een geoorloofd onderwerp hebben, en tot het gemeenschappelijk belang der partijen aangegaan worden'. De Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (zevende gedeelte) bepaalt: 'Artikel 1656 vervalt'. De MvT bij het ontwerp (Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), 420, onder Art. 1662) verwijst naar de Toelichting op art. 7.13.1.3. Aldaar (1090) lezen wij dat de bepaling overbodig is zoals in de litteratuur algemeen wordt aanvaard.
2. De Toelichting op art. 7.13.1.3 (1090 nt. 11, daterend uit 1972) verwijst naar Asser-Kamphuisen (1960[3]), 473 en 485. Sedertdien bijv. Asser-Maeijer, 1989[5], no. 7.

sten. Een kniesoor die nu opmerkt dat het oude Burgerlijke Wetboek niet precies het algemene vereiste van een geoorloofd 'onderwerp' kende. Het is waar dat de wet voor het onderwerp slechts eiste dat het bepaald was, en alleen voor de oorzaak verlangde dat ze geoorloofd was.[3] Aannemelijk is echter dat ook het onderwerp van de overeenkomst onder het oude Burgerlijke Wetboek geoorloofd moest zijn. Was het onderwerp niet geoorloofd, dan automatisch ook de oorzaak niet.[4] In het nieuwe Boek 3 zijn onderwerp en oorzaak, in dit verband, gemoderniseerd tot inhoud en strekking.[5]

Waarom is die overbodige regel voor de maatschap in het wetboek terecht gekomen? Het antwoord is standaard. Het artikel is een eenvoudige vertaling van het corresponderende artikel in de Code civil, artikel 1833.[6] De vraag wordt nu: waarom verlangt artikel 1833 van de Code civil speciaal voor de maatschap een geoorloofd onderwerp, *un objet licite*? Het antwoord is alweer niet anders dan men zou verwachten. Die speciale eis komt ook al voor in de onmiddellijke bron van deze regeling. Zoals doorgaans bij het verbintenissenrecht, zijn dat de werken van Robert-Joseph Pothier. Het zijn de boeken uit de laatste twaalf jaren van zijn leven, na 1760, toen hij al veertig jaren raadsheer was in het praesidiale gerecht van Orleans en sinds tien jaren tevens hoogleraar was aan de universiteit van Orleans.[7] In dit geval gaat het om de *Traité du contrat de société*.[8] Pothier formuleert op zijn gewone heldere wijze het vereiste dat de affaire die *objet* van de maatschap vormt, iets geoorloofds is. Hij geeft ook illustraties. Als personen zich verenigen met het oog op smokkelarij, *un commerce de contrebande*, is die maatschap nietig, net als de overeenkomst om een *mauvais lieu* — wat wel een huis van zonde zal zijn — te houden, of ten slotte de maatschap om te stelen.[9]

Pothier beroept zich op enkele teksten uit de Digesten van Justinianus. Wanneer we die teksten opslaan zien we dat de regel over het geoorloofde

3. Artt. 1356, 1369 lid 1, 1371 BW (oud).
4. Zie bijv. Asser-Rutten II, 1982[6], 156-157, waar gesproken wordt van de vrijwel algemeen aanvaarde opvatting dat de wetgever met het onderwerp van de overeenkomst heeft bedoeld het voorwerp van de verbintenis, de prestatie dus, en even verder wordt vermeld dat volgens de traditie voor de geldigheid van een verbintenis vereist is dat haar voorwerp geoorloofd is, waarbij de eis van de geoorloofdheid van de prestatie opgaat in het leerstuk der geoorloofde oorzaak. Zie ook Asser-Rutten I, 1981[6], 13.
5. Art. 3:40 lid 1 BW. Zie voor de begrippen inhoud en strekking bijv. Asser-Hartkamp II, 1993[9], no. 259.
6. Art. 1833 lid 4 Cc: 'Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties'.
7. Pothier werd in 1720 *conseiller* aan de *siège Présidial*, een middelhoog gerecht, te Orleans en in 1749 hoogleraar aan de Universiteit van Orleans. Van de bedoelde werken is het voornaamste de Traité des obligations van 1761. De door ons gebruikte editie is die in de Oeuvres complètes de Pothier van Rogron en Firbach, Paris 1830.
8. Van 1765. Ook hiervan hebben wij de (in nt. 7) genoemde editie 1830 gebruikt. Over de invloed van dit werk in Nederland: W.D.H. Asser, L'influence d'un juriste orléanais du XVIIIe siècle en Hollande, in: Etudes néerlandaises ..., Bulletin de la Soc. arch. et hist. de l'Orléanais, N.s., t.9, no. 68 (1985), 179-189.
9. Pothier, Traité du contrat de société, no. 14.

onderwerp van de maatschap al door Romeinse juristen van het midden van de tweede eeuw, Pomponius en Gaius, onder woorden is gebracht, vrijwel dezelfde woorden als die van het oude Burgerlijke Wetboek. De Romeinse *societas* moest er een zijn betreffende een *honesta et licita res*.[10]

Komt het nu ooit voor dat op grond van zulke overeenkomsten tussen misdadigers wordt geprocedeerd? Welke smokkelaar is zo onnozel dat hij zijn maat in rechte betrekt om verdeling van de winst van de smokkelmaatschap te vorderen? Dat komt zo goed als nooit voor. Uit de behandeling van de illustraties bij Pothier en ook bij de Romeinse juristen krijgt men de indruk dat het niet om werkelijk gebeurde gevallen gaat, of liever, de feiten hebben zich vast wel voorgedaan, maar ze zijn niet aan de rechter voorgelegd, althans niet voor de privaatrechtelijke aspekten ervan.

Doet zich toch eens zo'n zaak voor, dan wordt ze beroemd. Wij nemen nu de jaargang van de Law Quarterly Review van honderd jaar geleden, 1893, uit de kast. Dat tijdschrift was negen jaren eerder opgericht door Sir Frederick Pollock en het werd geheel alleen door hem geredigeerd. Sir Frederick, die later ook rechterlijke ambten zou vervullen, was toen nog de Corpus Professor of Jurisprudence in Oxford. Zijn professoraat was, wat het onderwijs aangaat, een ramp. Lawson zegt: geen van zijn collega-hoogleraren kon zijn nutteloosheid als docent ook maar benaderen. Dat is één kant van Pollock, maar tegelijkertijd was hij één van de grootste Britse juristen van zijn tijd, en onder hen verreweg de belangrijkste schrijver. Beter dan wie ook is hij erin geslaagd stukken van het Engelse recht, in het bijzonder het contractenrecht en de *torts* (onrechtmatige daden), ècht begrijpelijk te maken — al zag hij soms orde waar ze niet bestond.[11]

Ook Sir Frederick dacht dat verhalen over procedures tussen boeven, sprookjes waren. Hij vermeldde in zijn boek over *Contract*[12] de *highwayman*, een struikrover, die zijn maat aansprak tot uitkering van zijn aandeel in de buit van de roversmaatschap. Hij noemde dit een *legal legend*, een rechtsgeleerde fabel. Bij de Law Quarterly Review kwam nu een ingezonden stuk binnen dat Pollock opnam in het aprilnummer van 1893. De *learned correspondent* — in elk geval dus een jurist — wees erop dat het verhaal ook in een vonnis voorkwam. In een uitspraak van 1797 had namelijk de Chief Justice van de King's Bench, Lord Kenyon, gezegd dat hij van het geval van de *highwayman* had gehoord. Nu was Pollock allesbehalve iemand die zich

10. Pothier citeert Ulp. D 27.3.1.14 en Gai. D 18.1.35.2. De eerste tekst heeft 'eigenlijk' niets met maatschap te maken maar met bedrog gepleegd door medevoogden over een onvolwassene. De uitspraak van Pomponius die wij bedoelen, is te vinden in Ulp.-Pomp. D 17.2.57. Fraaie casuïstiek inzake vermogensrechtelijke gevolgen van delikten voor de maatschap is te vinden in Ulp.-Pomp.-Paul. D 17.2.52.17 tot en met 17.2.56, met citaten van enige oudere juristen.
11. Pollock was Corpus professor of jurisprudence in Oxford 1883-1903. De meeste gegevens en de vermelde beoordeling van Pollock bij F.H. Lawson, The Oxford Law School 1850-1965, Oxford 1968, 72-74.
12. Pollock, Contract, 1889[5], 263 in een noot.

gemakkelijk gewonnen gaf. Hij liet dus onder het ingezonden stuk afdrukken: 'Het is onduidelijk of Lord Kenyon het verhaal zelf geloofde. Wij weigeren nog steeds het te geloven, en kunnen alleen veronderstellen dat het teruggaat op een, nu verder vergeten, grap in de *chambers* van een *equity lawyer*'.[13] Wij merken op dat professor Pollock dit niet als een akademisch geval wilde kenschetsen.

Maar in het julinummer van hetzelfde jaar van de Law Quarterly Review lezen we: 'Truth is stranger than fiction', de waarheid is fantastischer dan wat men kan verzinnen. 'The story of (the) higwayman ... which we had always doubted ..., is correct after all'. Het was een *case* die de equity-afdeling van de Court of Exchequer werkelijk in 1725 had beslist.[14]

De eiser in de zaak heette John Everet, wonende te Clerkenwell, onder Londen, en de gedaagde heette Joseph Williams. Everet stelde, hij had met Williams mondeling een *partnership* gesloten voor de duur van een jaar, tot Michaelmas, dat is 29 september, 1721. Doel van de maatschap was het wat vage 'zaken doen', in allerlei goederen, zoals paarden, zilverwerk, ringen, horloges, wandelstokken, degens, en het verkopen daarvan.

Everet bood aan te bewijzen dat hij ook inderdaad ingevolge de overeenkomst talloze malen met Williams samen zaken had gedaan en dat dit meer dan £ 2000 had opgebracht. Zo hadden zij met veel succes zaken gedaan op de heide bij Hounslow, waar zij handel dreven met een heer aangaande een gouden horloge. Een maand later was Williams met het bericht gekomen dat er in Blackheath een gentleman was die een goed paard, teugels, zadel, horloge, degen en stok had en dat konden zij allemaal, naar hij meende, voor weinig of geen geld hebben, mits zij de voornoemde gentleman konden overtuigen afstand te doen van deze dingen. Zij waren dus naar Blackheath gegaan en na een kort gesprek met de gentleman kregen zij opgemeld paard, teugels, zadel, horloge, degen en stok voor een zeer laag tarief, hoewel die spullen zeker £ 50 of meer waard waren. Verdere transakties waren verricht in Finchley, Bagshot, Salisbury en Hampstead. De eiser vorderde dat het gerecht zou bevelen dat de gedaagde eerlijke rekening en verantwoording zou

13. Pollock, LQR 9 (1893), 105-106. In het ingezonden stuk is overigens niet alleen de vindplaats van Lord Kenyons uitspraak vermeld maar ook die van de zaak van de *highwayman* (zie nt. 14).
14. LQR 9 (1893), 197-199. In de zaak van *Everet* v. *Williams* was de inleidende *bill* in of vóór 1725 ingediend bij de equity-afdeling van de Court of Exchequer, die daarop ook besliste in 1725, maar de zaak werd pas vele jaren later *reported* en, tot Pollocks verontschuldiging, op een ongewone plaats: in The European Magazine, and London Review 11 (1787), 360-364, als een ingezonden bijdrage 'to the Philological Society'. Dat tijdschrift was geen juridisch, eerder zoiets als een spectatoriaal periodiek. De *bill* en *orders* (van het gerecht) zijn in extenso met verdere gegevens in de European Magazine afgedrukt. Pollock geeft in de LQR een samenvatting met correctie van de *orders* aan de hand van de originelen in de Record Office. Zie over de weinig bekende equity-jurisdictie van de Court of Exchequer (die tot 1842 heeft bestaan) W. Holdsworth, A History of English law, 1, London 1956[7], 238-242. Lord Kenyon situeerde de zaak ten onrechte in de Court of Chancery.

doen en zou betalen wat in rechtvaardigheid aan de eiser toekwam, alles overeenkomstig *equity and good conscience*. Alleen deze laatste woorden zijn gewone termen in een vordering gegrond op het equity-recht.

Het is niet moeilijk te raden hoe deze zaak is afgelopen. Op 30 oktober 1725 - een zaterdag, dus een gewone zittingsdag - gelastte het gerecht, op verzoek van de barrister van de gedaagde, een nader onderzoek *for scandal and impertinence*, inzake schandelijkheid en onbeschaamdheid, bij ons beter bekend als *contempt of court*. Twee weken later werd de vordering in de hoofdzaak afgewezen.[15] Nog weer een paar weken later werd beslist[16] dat het gerecht inderdaad was beledigd. De beide solicitors voor de eiser kregen daarvoor elk een boete van £ 50 en de barrister van de eiser werd verwezen in de gedingkosten van de gedaagde, uit de eigen beurs van de barrister te voldoen.[17] We vernemen verder nog dat de gedaagde die het proces in 1725 had gewonnen, daarvan niet langdurig heeft kunnen genieten. Hij werd in 1727 in Maidstone opgehangen. Trouwens ook John Everet, de eisende partij, werd opgehangen, om voor ons niet na te speuren redenen echter pas in 1730 en in Tyburn. Een van de solicitors die in 1725 al een boete hadden gekregen, werd in 1735 veroordeeld wegens beroving van een zekere Doctor Lancaster, maar hij kreeg gratie en werd getransporteerd naar een strafkolonie (dat kan nog niet Botany Bay, bij Sidney, zijn geweest, want Captain Cook zou daar pas in 1770 voet aan wal zetten).

II

Wij komen bij het tweede onderwerp van deze bijdrage: de nakomingsaktie. Hoe zou de beslissing in de hoofdzaak in Everet tegen Williams gemotiveerd zijn? Zo ongeveer als volgt. Het maatschapscontract is nietig wegens strijd met de goede zeden. De ene maat kan dan geen nakoming vorderen van de andere. Afrekening van de maatschapswinst zou nakoming zijn. De vordering moet dus worden afgewezen.[18]

In het Engelse recht is het op dit punt — zeldzaam geval — niet anders dan in het Franse. In de Romeinse Oudheid was het al zo. In het Europese *ius commune* is het zo gebleven.[19] Het Rooms-Hollandse recht, dat in de provin-

15. 13 november 1725. European Magazine noch LQR geven de motivering.
16. 6 december 1725.
17. '... and it is ordered by the Court that Jonathan Collins, Esq. [de barrister aan de kant van Everet], whose hand appears to be set to the said Bill [d.i. de inleidende *bill*], do pay the defendant [Williams] such costs as the Deputy shall tax, and the Court declares the indignity to the Court as satisfyed by the said fynes [d.i. die voor de solicitors], and the Deputy not to consider the scandal in the taxation [van de gedingkosten die Collins had te betalen].' LQR t.a.p., 199.
18. Zie voor het Engelse recht bijv. R.C.I'Anson Banks, Lindley & Banks on partnership, London 1990[16], nos. 8-50 t/m 8-55, 128-130.
19. Zie bijv. R. Zimmermann, The law of obligations ..., Cape Town etc. 1990, 712-713, en H. Coing, Europäisches Privatrecht, 1. Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, 414.

cie Holland vóór 1809 gold, wijkt daar niet van af.[20] En ook in het moderne Nederlandse recht is de nakomingsaktie bij een contract in strijd met de goede zeden altijd uitgesloten.[21]

Er is op dit punt in de privaatrechtsgeschiedenis eigenlijk maar één dissident, maar het is wél een belangrijke: Hugo de Groot. Niet zozeer in zijn beschrijving van het privaatrecht van Holland,[22] maar in zijn *De iure belli ac pacis*, van 1625. Hier verdedigt hij, voor het natuurrecht, de leer dat de toezegging van een beloning voor een nog te plegen misdrijf, niet zonder meer nietig is. Dit betreft niet àlle contracten in strijd met de goede zeden. De Groot onderscheidt ze in twee kategorieën: contracten met een verboden inhoud en contracten met alleen een verboden oorzaak. Als het plegen van een misdrijf wordt toegezegd, is dat een contract met een verboden inhoud. Dit is volgens De Groot ook naar natuurrecht zonder meer nietig en het kan ook niet naderhand alsnog geldig worden.[23]

Bij de tweede kategorie ligt het enigszins anders. Als een beloning wordt toegezegd voor een misdrijf, zeg een moord, is de inhoud van het contract in De Groots leer op zichzelf genomen alleen het geven van de beloning en dat is niet intrinsiek onbehoorlijk. Het verbodene zit hem in de oorzaak waarom is toegezegd: de nog te plegen moord. Ongetwijfeld lijdt ook dit contract aan een defekt en de huurmoordenaar zal zijn beloning voorshands niet kunnen vorderen. De Groot beredeneert de blokkade van de loonvordering in dit stadium van het contract als volgt. Zou de toegezegde beloning afdwingbaar zijn, dan zou zij aanzetten tot het doen van kwaad en dat is naar natuurrecht

20. A.S. de Blécourt en H.F.W.D. Fischer, Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht, Groningen 1959[7], 298 bij nt. 1 (summier).
21. Verg. art. 3:40 lid 1 BW: 'Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden ..., is nietig'.
22. H. de Groot, Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid, 1631, editie F. Dovring *et al.*, Leiden 1952, 3.1.42-43: 'De verbintenissen zijn niet alleen nietig daer door belooft werd ... een zaeck die door 't aenghebooren recht ongheoorloft is, maer oock daer by iet belooft werd dat nae de burgerwet ende zeden oneerlick [d.i. in strijd met de goede zeden] werd ghehouden, als om iet quaeds te doen ... Insgelijcks zijn nietig de verbintenissen die spruiten uit een oneerlijcke oorzaeck ofte inzicht ...'.
23. H. Grotii, De iure belli ac pacis, 1625, editie (met De Groots toevoegingen uit latere drukken) B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum 1939, herdruk met nieuwe annotaties van R. Feenstra *et al.*, Aalen 1993. Aldaar, 2.11.8.1-2: 'Materiam promissi ... oportet esse aut esse posse in iure promittentis, ut promissum sit efficax. Quare primum non valent promissa facti per se illiciti: quia ad illa nemo ius habet nec potest habere ... Quod si res nunc non sit in potestate promittentis, sed esse aliquando possit, erit in pendenti efficacia; quia tum promissio facta censeri debet sub conditione, si res in potestatem venerit ...' (vert.: De inhoud van het toegezegde behoort in de macht van de toezegger te liggen, of te kunnen liggen, wil het toegezegde geldig zijn. Daarom zijn allereerst niet geldig toezeggingen van een handeling die op zichzelf al ongeoorloofd is, omdat niemand de macht daartoe heeft en ook niet kan hebben ... Doch als iets nu niet in de macht van de toezegger ligt maar eenmaal in zijn macht kan liggen, zal de geldigheid hangende zijn, want dan moet de toezegging geacht worden te zijn gedaan op voorwaarde dat het in zijn macht komt).

een obstakel waarop de vordering strandt.[24] Tot zover hoeft deze uiteenzetting geen opzien te baren. Maar nu blijkt dat De Groot een aap in de mouw van zijn zeventiende-eeuwse buis verstopt heeft. De Groot trekt de lijn van zijn redenering over het aanzetten tot kwaaddoen door naar het stadium ná het volbrengen van de moord. Als het kwaad eenmaal gedaan is, kan men niet langer aanzetten tot dit kwaaddoen. Het defekt dat in het contract zat, verdwijnt zodra de moord gepleegd is. De krasse gevolgtrekking wordt dan: dat het contract op het tijdstip van de moord convalesceert, van kracht wordt. De toezegging is niet langer verlamd.[25] De moordenaar mag, volgens dit natuurrecht, zijn beloning opeisen.

Zoals dat toen nog kon beriep De Groot zich hier op het gezag van de bijbel, en wel Genesis 38, de geschiedenis van Tamar.[26] Tamar is een schoondochter van aartsvader Juda, die weer de oudste zoon van aartsvader Jakob is, en Juda had Tamar onrecht aangedaan door haar niet, ofschoon ze weduwe was geworden, als vrouw te geven aan een andere zoon. Het gaat De Groot om een detail in de geschiedenis. Tamar is gesluierd langs de weg naar Timna gaan zitten en wacht totdat Juda langskomt. 'Als nu Juda haar zag, zoo hield hij ze voor eene hoer, overmits zij haar aangezicht bedekt had ... en zeide: Kom toch, laat mij tot u ingaan ... En zij zeide: Wat zult gij mij geven, dat gij tot mij ingaat? En hij zeide: Ik zal u eenen geitenbok van de kudde zenden ... en ging tot haar in ... En Juda zond den geitenbok'. Kortom: Juda

24. De iure belli ac pacis, 2.11.9, in het begin: 'Quaeri hic solet an promissio facta ob causam naturaliter vitiosam ipsa natura valeat, ut si quid promittatur homicidii perpetrandi causa. Hic ipsam promissionem vitiosam esse satis apparet: in hoc enim adhibetur ut alter impellatur ad malum facinus' (vert.: Hier pleegt men de vraag op te werpen of de toezegging, wegens een volgens de natuur defekte oorzaak gedaan, van nature geldig is, zoals indien iets wordt toegezegd met het oog op het plegen van een moord. Het is wel duidelijk dat hier die toezegging defekt is, want ze dient hiertoe dat de ander wordt aangezet tot de kwalijke misdaad).
25. De iure belli ac pacis, 2.11.9, in het midden: '... in promissis ob causam vitiosam manet vitium quamdiu non perpetratum est crimen: tamdiu enim impletio ipsa promissi, ut mali illex, labem in se habet: quae cessare incipit peracto crimine. Unde sequitur usque ad id tempus promissionis talis efficaciam esse in pendenti, ut modo dicebamus in promissa re quae iuris nostri non est. crimine vero perpetrato iam obligationis vim exseri, quae ab initio non intrinsecus defuit, sed ab accedente vitio fuit impedita' (vert.: bij toezeggingen wegens een defekte oorzaak blijft het defekt zolang het misdrijf niet gepleegd is; zolang immers heeft de vervulling van de toezegging, als aanzet tot het kwaad, het verderf bij zich. Maar dat verderf gaat verdwijnen als het misdrijf begaan is. Daaruit volgt dat tot dat tijdstip de geldigheid van een dergelijke toezegging hangende is, zoals we dat zoëven zeiden bij de toezegging van iets dat niet in onze macht ligt [in de in noot 23 geciteerde passage]; dat echter als het misdrijf eenmaal gepleegd is, de kracht van de verbintenis zich openbaart: aanvankelijk ontbrak die kracht niet intrinsiek, maar ze werd door het bijkomstige defekt belemmerd).
26. De iure belli ac pacis, 2.11.9, aan het eind: 'Et huius rei exemplum afferri potest in Iuda Iacobi filio, qui Thamari, quam meretricem putabat, promissam mercedem, tanquam debitam, persolvit ...' (vert.: En een voorbeeld hiervan kan men aangeven bij Juda, de zoon van Jacob, die aan Tamar die hij voor een hoer hield, de toegezegde beloning, als verschuldigd, voldeed).

beloofde Tamar een bok als beloning voor het misdrijf van ontucht. Hij achtte zich, toen de ontucht een feit was, kennelijk door die afspraak gebonden, want hij stuurde de bok. Hugo de Groot verduidelijkt voor ons nog, in een noot: Juda was gebonden naar de natuur; men leefde toen onder natuurrecht.[27]

De lezer heeft zich geenszins laten overdonderen door de hoge autoriteit van de gewijde tekst. Hij blijft verbijsterd over De Groots juristerij die tot een onaanvaardbaar resultaat heeft geleid: de moordenaar heeft na de moord recht op de toegezegde beloning. Het is geen excuus dat De Groot het niet zelf bedacht had. Ook op dit stuk is het namelijk vijftiende- en zestiende-eeuwse moraaltheologie, die De Groot als het ware in het natuurrecht recipieert.[28] Het is de Spaanse en Leuvense late scholastiek van Vittoria, Vazquez, Escobar, Molina en Lessius, waarover meestal alleen maar lof.[29] In dit geval is het evenwel sinister wat de heren aan te dragen hadden. We weerstaan de verleiding om hun bizarre casuïstiek van het loon van de zonde open te leggen. Een andere zeventiende-eeuwer, wat jonger dan De Groot, heeft de nodige onderdelen van die casuïstiek al onder vuur genomen. Wij doelen op Blaise Pascal, in zijn verdediging van de eerste Jansenisten, de moedige kloosterzusters van Port-Royal, tegen de aanval van de Franse Jezuïeten. Pascal wijdt de achtste van zijn *Provinciales*, die van 28 mei 1656, aan de leer van Lessius en zijn voorgangers over hoe misdaden niet, en vooral hoe zij wèl beloond mogen worden.[30] Met even verrukkelijke als dodelijke spot veegt

27. De iure belli ac pacis, noot bij 'debitam' in 2.11.9 i.f.: 'Natura scilicet, secundum cuius legem tunc vivebatur. Aliter ex iure civili iudicavit C. Aquilius teste Valerio Maximo ...' (vert.: Dat wil zeggen, verschuldigd van nature; volgens de wet van de natuur leefde men toen. In andere zin, op grond van positief recht [letterlijk: ius civile], heeft Gaius Aquilius Gallus geoordeeld, zoals Valerius Maximus getuigt).
In het laatste deel van deze noot doelt De Groot op een cause célèbre uit omstreeks 70 v. Chr., beschreven door Valerius Maximus, Facta et dicta memorabilia, 8.2.2. Zie over die zaak tussen de advocaat Gaius Visellius Varro en zijn ex-vriendin Otacilia Laterensis, Zimmermann (nt. 19), 710-711.
28. De Groot beroept zich — bij de in nt. 25 geciteerde passage — met zoveel woorden alleen op Cajetanus 2.2, q. 32, art. 7. Het gaat hier om het commentaar van Thomas de Vio Cajetanus (verschenen 1507-1522) op de Summa theologica van Thomas van Aquino, in casu op quaestio 32, artikel 7, van de Secunda secundae (het tweede deel van het tweede deel) van die Summa. Wij kunnen hier niet ingaan op Cajetanus' opvattingen en op de andere wortels van De Groots leer in deze. Cajetanus, een Italiaan die in Rome werkte, is geen vertegenwoordiger van de Spaanse en Leuvense scholastiek. Bij mijn weten heeft de onderhavige leer van De Groot geen weerklank gevonden in enig stelsel van positief recht.
29. Voor de immense litteratuur over de invloed van de late scholastiek op De Groot moeten wij volstaan met verwijzing in het algemeen naar de beknopte bibliografie in A.C. Eyffinger en B.P. Vermeulen, Hugo de Groot, Denken over oorlog en vrede (Geschiedenis van de wijsbegeerte in Nederland, 8), Baarn 1991, 164-170. Als fundamenteel blijft gelden R. Feenstra, L'influence de la scolastique espagnole ..., in zijn: Fata iuris Romani, Leyde 1974, 338-363 en 399. Daarnaast kunnen we nog noemen Feenstra's bijdrage aan BW-krant jaarboek 1993, Arnhem 1993, 19-32 (met in nt. 30 Cajetanus).
30. Blaise Pascal, Huitième lettre écrite à un provincial par un de ses amis. Pascal schreef achttien van deze brieven, die bekend staan als 'Les Provinciales'. Ze zijn voor het eerst in de loop van 1656 en 1657 verschenen, als afzonderlijke brochures in -4°, en waren

hij er de vloer mee aan. Pascal noemt De Groots boek, dat dertig jaren eerder in Parijs was verschenen, niet. Gelukkig voor De Groot en we moeten maar bedenken dat ook de goede Homerus weleens wegdommelde.[31]

Samuel Pufendorf steunt in tal van opzichten op De Groot, maar op dit punt wijst hij hem resoluut af. Schrijvende tijdens zijn professoraat in Lund, Zweden, in het rampjaar 1672, houdt hij ons voor dat de toezegging aan iemand van loon om hem ertoe te brengen een misdrijf te begaan, net zo min bindend is nadat hij het heeft begaan, als daarvóór. Een recht op beloning na het misdrijf is even strijdig met het natuurrecht als de aansporing vóór het misdrijf. Nakoming van de toezegging moge dan, als de daad eenmaal volbracht is, geen aanzet meer kunnen zijn om díe daad te plegen, zij kan nog altijd aanzet zijn om méér van die daden te plegen.[32]

Een eeuw later vat Pothier de discussie nog eens bondig samen.[33] Hij is het geheel met Pufendorf eens. Beiden aanvaarden wèl, zoals ook de algemene rechtsopvatting overal in Europa was, dat ik, als ik vrijwillig de beloning heb betaald nadat het kwaad geschied is, geen recht heb op restitutie van het betaalde, niettegenstaande dat ik betaald heb wat ik niet schuldig was, zelfs niet schuldig bij wege van natuurlijke verbintenis. Pothier legt nog uit dat de misdadiger nu weliswaar iets in strijd met het natuurrecht ontvangen heeft en dat hij volgens zijn geweten daarvan afstand behoort te doen, maar op zijn

clandestien gedrukt om de politie te ontgaan. Wij hebben de kritische editie, verschenen bij Flammarion, 1936, gebruikt. In de achtste brief gaat het over de vraag wanneer, volgens de regels van de moraal van (voornamelijk) Jezuïeten, degeen die iets heeft ontvangen ter zake van misdadige en zondige handelingen, dat mag behouden. De huurmoordenaar, de corrupte rechter die geld van een van de partijen aanneemt, de zakenman die woekerrente int, de bankroetier die goederen aan het faillissement onttrekt, de vrouw die zich laat betalen voor ontucht en de man die geld verdient met waarzeggen, passeren de revue. De kritiek van Pascal is gericht tegen de opvatting dat deze lieden het loon van hun zonde moreel gesproken in een aantal gevallen mogen behouden. Het gaat hem dus om de restitutievraag, niet zozeer om de vraag of dat loon ook opgevorderd mag worden. Wij volstaan met één illustratie (ontleend aan het laatste deel van de brief). Volgens Molina, Reginaldus, Filiutius, Escobar en Lessius is een rechter wèl verplicht om terug te geven wat hij gekregen heeft om recht te doen, tenzij het hem uit vrijgevigheid is gegeven, maar is hij nooit verplicht om terug te geven wat hij gekregen heeft van iemand ten gunste van wie hij een onrechtvaardige beslissing heeft gegeven. De rechter is immers verplicht om recht te doen en dus mag hij daarvoor geen geld vragen, maar hij is niet verplicht om onrecht te doen en dus mag hij daarvoor geld aannemen. 'Je fus tout interdit par cette fantasque décision', zegt Pascal.

31. Horatius, Ars poetica, 359-360:
'indignor quandoque bonus dormitat Homerus,
verum operi longo fas est obrepere somnum'
(vert.: ik erger me wanneer de goede Homerus wegdommelt, maar toch is het geoorloofd dat de slaap bij lange arbeid overvalt).
32. Samuel Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo, 1672, 3.7.8. Wij hebben de editie Amstelaedami 1704 gebruikt. Pufendorf (1632-1694) was hoogleraar te Lund 1667-1677.
33. Traité des obligations (zie nt. 7), nos. 44-45, in de paragraaf gewijd aan de 'défaut de cause dans le contrat'.

beurt toch niet verbonden is om die afstand te doen, zelfs niet verbonden bij wege van een natuurlijke verbintenis.

III

Daarmee zijn we beland bij het laatste onderwerp dat wij willen onderzoeken: de restitutieaktie. Nemen we opnieuw voor ogen onze Londense rover. Nu is de vraag: heeft rover Piefrecht op terugvordering van de pistolen die hij in het kader van de nietige maatschap aan collega Paf heeft gegeven? Zulk geven moeten we immers beschouwen als onverschuldigde betaling.

Ook de restitutievraag heeft, voor de casus van de twee rovers, een eenvoudig antwoord. De vordering tot restitutie moet worden afgewezen. Het antwoord is hetzelfde voor het oude Romeinse recht,[34] voor het Europese *ius commune*[35] en in het bijzonder ook voor het Rooms-Hollandse recht,[36] en trouwens voor het recht van alle landen van de westerse kultuurkring,[37] behalve Finland, èn Nederland sinds 1838. Het Nederlandse recht van na 1838 wordt nu even naar de zijlijn gestuurd. Het Finse recht laten we helemaal buiten beschouwing. In alle andere landen pleegt, en placht, men zich hier te bedienen van twee adagia, vuistregels.

De oudste van de twee vuistregels houdt in dat als zowel de eiser als de gedaagde het verwijt van strijd met de goede zeden treft, en ook bij beide partijen in dezelfde mate, de zaken op hun beloop worden gelaten. De rechter trekt zijn handen van de zaak af, hij wijst de vordering dus af. *In pari delicto potior est conditio defendentis*, zo luidt de in het Engelse recht gebruikelijke formulering.[38] De vertaling is: bij gelijk delikt is de positie van de gedaagde het sterkst. Het adagium is niet alleen bedoeld voor gevallen dat twee delinkwenten tegenover elkaar staan. Steeds als de partijen over en weer in gelijke mate iets ongeoorloofds — delikt of geen delikt — hebben begaan, is de positie van de gedaagde het sterkst.

De andere vuistregel houdt in dat de rechter geen gehoor geeft aan iemand

34. Een goed overzicht (met litteratuuropgaven) van de *condictio ob turpem causam* bij Zimmermann (nt. 19), 844-848.
35. Zie bijv. Zimmermann, 862 en Coing (nt. 19), 496.
36. Daarover onlangs Daniel Visser, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, in: R. Feenstra en R. Zimmermann (ed.), Das römisch-holländische Recht ... (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 7), Berlin 1992, 369-428, op 409-413 (waar men bij Inl. 3.1.43 in elk geval ook Inl. 3.30.17 zal betrekken).
37. Aldus de 'Toelichting-Meijers' (doch: de toelichting van het driemanschap) uit 1961 bij artikel 6.4.2.9 van het ontwerp NBW, Parl. Gesch. Boek 6, 819, met litteratuuropgaaf. Zie voorts bijv. Konrad Zweigert und Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung ... 2. Institutionen, Tübingen 1984², 308-316 (in het Engels vertaald als Introduction to comparative law, Oxford 1987², 614-620), met verdere litteratuur. Onlangs nog Robin Evans-Jones *et al.*, Towards a profile of the condictio ob turpem vel injustam causam in Scots law, The Juridical Review (1994), 60-77.
38. Deze formulering komt niet in de Romeinse teksten voor, maar is wèl, in de Middeleeuwen, rechtstreeks afgeleid uit verwante formuleringen die in de Digesten en Codex van Justinianus te vinden zijn.

die zijn vordering fundeert op eigen ongeoorloofd gedrag, op zijn eigen schending van de goede zeden. *Nemo auditur suam turpitudinem allegans.*[39] Vertaald luidt dit: niemand vindt gehoor die zich op eigen onzedelijkheid beroept. Wij merken op dat het tweede adagium slechts op één van de partijen afstemt: *nemo*; terwijl het eerste adagium vraagt om een vergelijking van beide partijen: *in pari delicto.*[40]

We moeten de restitutievraag nu ook gaan beantwoorden voor andere casus dan die van de twee rovers. Bij de rovers was het antwoord eenvoudigweg: neen. Maar wanneer de onzedelijkheid op een andere wijze in het spel is dan bij de rovers, kan er wèl recht op restitutie zijn. Nemen we hier de Romeinse casuïstiek te baat.[41]

In de Digesten en de Codex van Justinianus blijkt van het bestaan van een afzonderlijke aktie voor het terugvorderen van betalingen in strijd met de goede zeden, de *condictio ob turpem causam*. We zetten enkele gevallen waarin die aktie met succes kan worden ingesteld, op een rij. Ik geef u iets om u ervan te weerhouden iemand anders te vermoorden,[42] met of zonder chantage van uw kant. Ik betaal u een geldsbedrag om mijn jas terug te krijgen, hoewel u toch die jas van mij alleen maar in bruikleen had gekregen,[43] of hem zelfs van mij had gestolen.[44] Ik geef u geld om u (erfgenaam) ertoe te brengen de aan mij gelegateerde boeken te geven.[45] Telkens kan ik hier het betaalde met de *condictio ob turpem causam* terugvorderen, met name ook dan wanneer het onmiddellijke doel van mijn betaling wèl is verwezenlijkt: u laat zich weerhouden van de moord, u geeft mijn jas terug, u keert het legaat uit. Maar het blijft onbehoorlijk dat u daarvoor geld van mij wilde hebben, en daarom kan ik terugvorderen. We kunnen hieruit afleiden dat ik tegen u recht heb op restitutie van wat ik u betaalde, indien het onbehoorlijk van u was dat u zich liet betalen.

39. Ook deze formulering dateert uit de Middeleeuwen. Zij kan niet bogen op verwante formuleringen in de Romeinse teksten, al wezen de middeleeuwse juristen wèl teksten in het Corpus iuris civilis van Justinianus aan, waarin de idee van dit adagium besloten ligt.
40. Het jongste adagium (*nemo auditur*) is aanvankelijk los van het oudere (*in pari delicto*) ontwikkeld. Ook in de latere rechtsgeschiedenis worden de adagia niet steeds met elkaar in verband gebracht. Veelal is echter aan beide min of meer dezelfde strekking toegekend. Zie R. Feenstra, Nemo auditur suam turpitudinem allegans, in: Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh ..., Deventer 1987, 31-36. De adagia schijnen voor het eerst met elkaar verbonden te zijn in de Brocardica van de decretalist Damasus (tussen 1210 en 1215; althans in de bewerking van Bartholomaeus Brixiensis, tussen 1240 en 1250).
41. De meeste teksten zijn te vinden in de titels 12.5 van de Digesten en 4.7 van de Codex, maar een aantal, ook belangrijke, teksten bevindt zich elders in het Corpus iuris civilis. De voornaamste worden genoemd in Heinrich Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte ... (Münchener Universitätsschriften ... Jur. Fak., 29), München 1974, 80-95. Honsells interpretaties lijden echter onder het feit dat zijn leer van de *condictio ob turpem causam* uitgaat van een aantal onjuiste premissen.
42. Ulp.-Jul. D 12.5.2 pr.
43. Paul. D 12.5.9 pr.
44. Diocl. et Maximian. C 4.7.6 en 7.
45. Paul.-Pomp. D 12.5.9.1.

Reeds in de Romeinse teksten was de terugvorderingsaktie uitgesloten in de gevallen van *in pari delicto*. Welke gevallen zijn dat?[46] Ik betaal u voor het plegen van ontucht.[47] Ik betaal u nadat u mij heeft betrapt bij het plegen van overspel, om u over te halen mij niet aan te brengen.[48] U ontdekt dat ik steel en ik geef u zwijggeld.[49] Ik geef u geld om u te bewegen een ongefundeerde civiele aktie of strafaanklacht tegen iemand in te dienen.[50] Ten slotte: u is rechter en ik geef u geld om u een — juiste of onjuiste — beslissing in een proces te laten nemen.[51] Dit zijn de enige gevallen van toepassing van

46. De gevallen en de teksten worden besproken bij Hans Hermann Seiler, § 817 S.2 BGB und das römische Recht, in: Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, 379-392, met litteratuuropgaven.
47. Ulp.-Sab.-Peg. D 12.5.4 pr. Als ontucht, *stuprum*, is in Rome i.e.g. sinds de *Lex Iulia de adulteriis* (18 v.Chr.) in beginsel strafbaar geslachtsverkeer tussen personen die met elkaar geen geldig huwelijk of concubinaat kunnen aangaan. Uit de tekst blijkt niet of de betaler dan wel de ontvanger al of niet zelf deel heeft aan de ontucht. In Ulp.-Lab.-Marcel. D 12.5.4.3 wordt het beroemde geval van de beloning van de prostituée besproken. In dat geval doet zich geen *stuprum* of ander strafbaar feit voor, wel een handeling in strijd met de goede zeden. De oudere juristen zagen dit als een gewoon geval van onzedelijkheid aan weerszijden en sloten daarom de condictio uit. Ulpianus meent echter, volgens een nieuwe redenering, dat er wat betreft de betaling alleen onzedelijkheid aan de kant van de betaler is, niet aan de kant van de prostituée, maar dat leidt tot hetzelfde resultaat: uitsluiting van de restitutieaktie. Op de omvangrijke, ook recente litteratuur hierover kan hier niet worden ingegaan.
48. Ulp.-Sab.-Peg. D 12.5.4 pr. Als *adulterium* is in Rome in elk geval sinds voormelde *Lex Iulia* in beginsel strafbaar overspel waaraan een gehuwde vrouw deel heeft (dus niet ook overspel tussen een gehuwde man en een ongehuwde vrouw). Strafbaar zijn de vrouw en haar paramour. Koppelarij, *lenocinium*, was aan dit misdrijf gelijkgesteld; deze deed zich voor als iemand materieel voordeel trok uit overspel. Op grond van dezelfde wet is verder strafbaar, als afzonderlijk misdrijf, zwijggeld aannemen na het ontdekken van *stuprum* of *adulterium*.
49. Ulp. D 12.5.4.1. Uit de tekst blijkt niet of de ontdekker de dief betrapt heeft, of pas naderhand ontdekt heeft dat hij gestolen heeft.
50. Ulp. D 3.6.5.1. Het gaat hier om het praetorische misdrijf *calumnia*, een vergrijp in verband met de rechtspleging. Strafbaar is degeen die een beloning aanneemt om een ongefundeerd (civiel of straf-)proces tegen iemand aan te spannen, of juist om daarvan af te zien. De beoogde tegenpartij in het ongefundeerde proces zal in het eerste geval een derde zijn, en de gever van de beloning deugt hier ook zelf niet. In het tweede geval kan die tegenpartij een derde, maar ook de gever zelf zijn, en de gever treft hier geen blaam. De *calumniator* is niet alleen de boete voor het misdrijf schuldig (jegens de beoogde tegenpartij); hij kan in beginsel ook met de *condictio ob turpem causam* tot teruggaaf van wat hem is gegeven, worden aangesproken door de gever. Die laatste aktie moet echter stranden in het voornoemde eerste geval.
51. Ulp. D 12.5.2.2 en Paul. D 12.5.3. Het zich laten omkopen als rechter is in Rome van ouds een misdrijf. Wat betreft de beoordeling van de partij die iets aan de rechter geeft, heeft in het jaar 212 n. Chr. een verschuiving plaatsgevonden. Men onderscheidde tevoren tussen de toeleg om de rechter tot een onjuiste beslissing te bewegen, en die om de rechter een juiste uitspraak te laten doen. In het eerste heeft men altijd immoraliteit aan weerszijden gezien, bij de rechter en de gevende partij. Maar voor het tweede was de aanvankelijke opvatting dat hier alléén de rechter onbehoorlijk handelde, niet ook de gever. Deze laatste kon dus (de uitspraak afwachten en dan) restitutie van het gegevene eisen. Keizer Caracalla

de in-pari-delicto-regel die ons uit de Romeinse Oudheid zijn overgeleverd. Ontucht; verhinderen van een strafproces (inzake overspel of diefstal); omgekeerd het aanzetten tot een chicaneus proces; omkopen van de rechter. Steeds zijn het regelrechte misdrijven of gedragingen in strijd met de goede zeden die in verband staan met misdrijven.

Al bij al valt te concluderen dat de in-pari-delicto-regel in de Romeinse teksten in feite een zeer beperkt toepassingsgebied kende. Er zijn echter geen duidelijke grenslijnen getrokken.[52] Dat laatste heeft in de latere rechtsgeschiedenis tot grote problemen geleid. De vuistregel is toen ook in allerlei andere dan de oorspronkelijke gevallen toegepast. Volgens de Toelichting bij Boek 6 van het nieuwe Burgerlijke Wetboek[53] bestaat in het huidige Franse en Duitse recht op dit punt nog altijd verwarring en rechtsonzekerheid. De Toelichting had ook het Engelse recht kunnen noemen. We moeten ervan afzien deze aantijgingen hier nader uit te werken.

Het kernbezwaar tegen de in-pari-delicto-regel lijkt ons: dat de rechtsorde hier simpelweg weigert zich in te laten met de rechtsverhouding tussen twee partijen. Lord Mansfield zei op 5 juli 1775 in de King's Bench, waarvan hij toen Chief Justice was: 'No Court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act ... the Court says: he has no right to be assisted'.[54] Dat argument is deugdelijk als het gaat om een nakomingsaktie uit een verboden contract. Het komt echter neer op rechtsweigering als het gaat om een restitutieaktie.

Het Nederlandse recht van na 1838 hadden we naar de zijlijn gestuurd. Het mag nu weer in het veld komen. Naar dit recht is hetgeen gegeven is ter uitvoering van een nietige overeenkomst - ook bij strijd met wet of goede zeden - steeds in beginsel als onverschuldigd betaald terug te vorderen.[55] Onze

bepaalde nu bij rescript van 19 dec. 212 (Ant. C 7.49.1; zie ook Ulp. D 12.5.2.2 en 3.6.1.3) dat in dit tweede geval óók de gever misdadig handelt omdat hij de rechter corrumpeert. Gevolg daarvan is dat de 'gesmeerde' rechter voortaan niet meer met de *condictio ob turpem causam* tot restitutie aangesproken kan worden. Het ongelukkige neveneffekt zal zijn geweest dat zo'n geval nog maar sporadisch aan het licht zal zijn gekomen. De gever moest immers zwijgen wilde hij niet zelf een strafproces op zijn dak krijgen.

52. Zoals: de grenslijn tussen verboden die wèl en die niet onder de regel vallen (alleen verboden ontleend aan de goede zeden wèl, en verboden ontleend aan bijv. de wet niet?) en de grenslijnen om uit te maken of het 'delikt' aan weerszijden 'gelijk' is, of niet. En passant noteren we nog dat de in-pari-delicto-regel in de Romeinse teksten nooit aan de orde wordt gesteld bij gevallen van strijd met de wet. In dergelijke gevallen wordt de restitutieaktie ook wel toegelaten als blijkt dat beide partijen zich bewust waren van de wetsschending.
53. Parl. Gesch. Boek 6, 820-821.
54. In *Holman* v. *Johnson* (1775) 1 Cowp. 341, op 343. De 'three other Judges' die op de zaak zaten, 'concurred', zonder dat blijkt dat zij daaraan nog iets hadden toe te voegen.
55. Zie Asser-Hartkamp III, 1994[9], nos. 345-348, met litteratuuropgaaf, maar ook Ch.J.J.M. Petit, onderschrift bij HR 4 dec. 1953, Ars Aequi 1954-1955, 142-149 en L.C. Hofmann - K. Wiersma, Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer ..., tweede gedeelte ..., Groningen 1959[8], 29-33; verder O. de Savornin Lohman, Enige civielrechtelijke gevolgen van omkoping, in: Lugdunum Batavorum Juri Sacrum, Deventer 1982, 127-158, en zeer

Londense rover zou dus naar dit recht restitutie hebben kunnen vorderen van de pistolen die hij aan de ander had gegeven. De Hoge Raad heeft niet willen weten van uitzonderingen voor gevallen van *in pari delicto*. De verklaring van die verrassende *Einzelgang* ligt, denken wij, in het toeval dat de vraag pas op 4 mei 1923 voor het eerst door de Hoge Raad behoefde te worden beantwoord. Toen zag de Hoge Raad in het algemeen weinig ruimte meer voor ongeschreven regels van vóór de codificatie, die aan wettelijke regels moesten derogeren. Dat was dichter bij 1838 anders geweest. Hoe dit zij, géén afwijzing in 1923 van de restitutievordering van een deelnemer aan de verboden loterij van Lotisico; hij kreeg de betaalde premie terug.[56] Ook geen bezwaar tegen de restitutievordering van de leverancier van de immorele bontmantel, bestemd voor Madame Victor, die zo veelvuldig door de Nederlandse en Engelse gerechten heeft gezwierd; de bontwerker kreeg in 1928 de geldswaarde van de mantel, *f* 40.000, terug.[57] Er was in 1933 geen beletsel tegen de restitutievordering van de vrouw die haar echtscheiding voor *f* 124.000 van haar man had moeten kopen.[58]

Op zijn beurt evenwel heeft de Hoge Raad één uitzondering gemaakt op de regel dat restitutie kan worden gevorderd. Als namelijk een bepaalde prestatie niet ongedaan kan worden gemaakt en het bovendien stuitend zou zijn die prestatie op een geldswaarde te schatten, is er géén recht op restitutie van die prestatie. Denken we hier aan de man van het gekochte-echtscheidingsarrest van 1933. Zijn prestatie was het medewerken aan de door de vrouw gewenste echtscheiding. Denken we verder aan de man bij Hugo de Groot, die beloofde een moord te plegen.

Op het eerste gezicht stuit het inderdaad tegen de borst dergelijke prestaties in een geldswaarde uit te drukken. Op het tweede gezicht gaat nu het Nederlandse stelsel precies hetzelfde bezwaar oproepen als de buitenlandse stelsels waar de in-pari-delicto-regel geldt. Eén van de twee krijgt alles, en de ander niets;[59] aan die ander wordt recht geweigerd. Dit kan zich in die gevallen voordoen waarin van twee kanten wordt gepresteerd; voornamelijk dus bij nietige wederkerige overeenkomsten, maar niet alleen daar.[60] Telkens als we beslissen dat de ene partij niet kan terugvorderen en de andere wèl, mag die andere de prestatie van de eerste definitief behouden terwijl zij ook nog haar geld terugkrijgt. De moord wordt, uit de aard van zo'n handeling, niet teruggedraaid en de opdrachtgever krijgt ook nog het moordenaarsloon terug.

Typisch een kluifje voor de ontwerpers van Boek 6 van het nieuwe

onlangs Hugo van Kooten, Artikel 6:211 BW en de Engelse law of restitution, Ars Aequi 1994, 311-320.

56. HR 4 mei 1923, W. 11113 m.o. HdJ, NJ 1923, 920.
57. HR 6 jan. 1928, W. 11784, NJ 1928, 311 m.o. EMM. Andere uitspraken in deze zaak: Rb. 's-Gravenhage 10 apr. 1923, NJ 1923, 969; Hof 's-Gravenhage 14 jan. 1924, W. 11150; HR 14 nov. 1924, NJ 1925, 91.
58. HR 10 mrt. 1933, W. 12590 m.o. R, NJ 1933, 804 m.o. PS.
59. Parl. Gesch. Boek 6, 820.
60. Parl. Gesch. Boek 6, 822 noemt de remuneratoire schenking.

Burgerlijke Wetboek. Hun oplossing is neergelegd in artikel 211 van Boek 6.[61] Deze bepaling voorziet in de situatie dat op de nietige overeenkomst al van twee kanten is gepresteerd en één van de verrichte prestaties niet in rechte op geld getaxeerd behoort te worden. In Hijma's kernachtige woorden: het artikel blokkeert in dat geval de vordering uit onverschuldigde betaling.[62] Die blokkering slaat alleen toe in geval van strijd met redelijkheid en billijkheid. Als ik niets terug kan vorderen, omdat mijn prestatie bestond in het plegen van een moord, dan kan u onder omstandigheden ook niet het mij betaalde moordenaarsloon terugvorderen; niet onder alle omstandigheden, maar toch dàn wanneer uw vordering 'deswege in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn'. In een aantal gevallen biedt dit ongetwijfeld een goede oplossing. Maar toch ... wij vinden het moeilijk de lof te delen die Schoordijk deze bepaling heeft toegezwaaid.[63] We kunnen dit nog kort uitwerken.

De Toelichting noemt als voorbeeld waar de blokkering niet mag toeslaan, de gechanteerde persoon die betaald heeft.[64] In de dertig jaren die verstreken zijn sinds die Toelichting verscheen, is een frekwenter voorbeeld geworden het losgeld, betaald voor vrijlating van een gijzelaar. In zulke gevallen kan inderdaad in redelijkheid eenzijdig worden teruggevorderd. De Toelichting noemt ook voorbeelden waar de blokkering wèl toeslaat: als iemand krachtens overeenkomst met een ander, voor geld een derde heeft gedood of mishandeld. In zo'n geval kan de pleger van de moord of mishandeling geen restitutie vragen en daarom zou het ook niet redelijk zijn als van hem de betaalde beloning zou kunnen worden teruggevorderd, aldus de Toelichting.[65] Wij vinden dat te stellig, omdat men niet van tevoren weet of terugvordering in het concrete geval in strijd met redelijkheid en billijkheid zal zijn.[66]

61. Art. 6:211 lid 1 BW: 'Kan een prestatie die op grond van een nietige overeenkomst is verricht, naar haar aard niet ongedaan worden gemaakt en behoort zij ook niet in rechte op geld te worden gewaardeerd, dan is een tot ongedaanmaking van een tegenprestatie of tot vergoeding van de waarde daarvan strekkende vordering, voor zover deze deswege in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn, eveneens uitgesloten'. Het artikel was in het ontwerp genummerd: 6.4.2.9.
62. T&C (Hijma), 1994², aant. 1 bij art. 211 Boek 6 BW.
63. H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht..., Deventer 1979, 450: 'Mijn conclusie is, dat art. 9 [= 6:211] lid 1 een goede bepaling is'.
64. Parl. Gesch. Boek 6, 822.
65. *Ibidem*, waar zelfs gezegd wordt dat de mogelijkheid van 'éénzijdige' terugvordering van het betaalde geld 'stuitend' zou zijn.
66. Wij bestrijden niet dat de pleger van de moord of mishandeling geen recht kan hebben op restitutie van de geldswaarde die het doden of mishandelen vertegenwoordigde voor de opdrachtgever; rechterlijke vaststelling van die waarde zou inderdaad stuitend zijn. Anders dan de Toelichting kunnen wij echter niet inzien dat het enkele feit dat de misdadiger van zijn kant niets kan terugvorderen, al meebrengt dat de restitutieaktie aangaande het loon van de misdaad óók stuitend zou zijn. Het argument van de Toelichting, dat beide partijen gelijk moeten worden behandeld, kan niet beslissend zijn. Alle omstandigheden van het concrete geval zullen hier in aanmerking moeten worden genomen. Asser-Hartkamp III, no. 348 'van hem die ... zich tegen betaling verbonden heeft een misdrijf te plegen, *kan* nadat het misdrijf is gepleegd, de betaalde beloning *niet worden teruggevorderd*' (onze cursivering)

Er is evenwel een veel ernstiger bezwaar tegen artikel 211. Die bepaling geldt niet voor de situatie dat de nietige overeenkomst nog niet van weerszijden is uitgevoerd. In die situatie blijft het restitutierecht dus onverkort in stand. Nu betaal ik steekpenningen aan een gemeenteambtenaar van bouw- en woningtoezicht. De ambtenaar komt echter even later tot inkeer en doet niet het lelijks wat hij mij beloofd had. Ik mag dan mijn betaling terugvorderen.[67] Maar warempel, als de ambtenaar volhardt in de corruptie en de beloofde schending van zijn ambtsplicht ook begaat, geldt artikel 211 en dus zal ik dan niet kunnen terugvorderen, althans voor zover dat 'deswege in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn'. Wie berouw toont moet terugbetalen, wie doorzet in het kwaad mag het geld houden. Wij vinden dat ongerijmd.

De absurditeit wordt niet weggenomen doordat de steekpenningen strafrechtelijk ten laste van de ambtenaar verbeurd kunnen worden verklaard, zoals de Toelichting nog aanvoert.[68] De vatbaarheid voor verbeurdverklaring blijft namelijk ook bestaan als de ambtenaar de steekpenningen inmiddels heeft teruggegeven. Bovendien kan de verbeurdverklaring niet alleen naar aanleiding van de strafvervolging tegen de ambtenaar, maar net zo goed in de strafzaak tegen de omkoper worden uitgesproken. Men bedenke vooral dat strafzaken en verbeurdverklaringen nogal eens achterwege blijven. De wetgever voor het privaatrecht behoort dan ook niet welbewust gaten open te laten in de hoop dat de strafrechtstoepasser ze wel zal dichten.

Wij zien niet over het hoofd dat in het geval van de ambtenaar die berouw kreeg, mijn terugvorderingsrecht toch ook geblokkeerd kan zijn 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn', op de voet van artikel 2, lid 2, Boek 6.[69] De bijzondere redelijkheidstoets van artikel 211 kan toch alleen zelfstandige betekenis hebben naast de algemene toets van artikel 2, lid 2, als de bijzondere toets lichter is. Terugvordering van de steekpenningen is dus eerder geblokkeerd bij de ambtenaar die corrupt blijft, dan bij hem die te elfder ure tot inkeer komt.

Ons bezwaar spreekt nog sterker bij de man die op zich had genomen te moorden, maar berouw kreeg. Hij is financieel slechter af dan de huurmoordenaar die geen scrupules kende en doorzette. Als Pascal toch nòg eens een *Provinciale* kon schrijven!

is dan ook in zijn algemeenheid onjuist.

67. Als onverschuldigd betaald; art. 6:203 BW.
68. Parl. Gesch. Boek 6, 822.
69. Art. 6:2 lid 2 BW: 'Een tussen hen [d.i. schuldeiser en schuldenaar] krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. Deze bepaling is ook van toepassing op de vordering uit onverschuldigde betaling; verg. Asser-Hartkamp III, no. 348 i.f.

Reële kontrakte en *pacta sunt servanda*

*Duard Kleyn**

INLEIDING

Soos algemeen bekend, deel Suid-Afrika 'n ryke regstradisie met die Nederlande. Die Suid-Afrikaanse reg is ongekodifiseerd, wat tot gevolg het dat die Romeins-Hollandse reg van die 17de en 18de eeu, die basis van die Suid-Afrikaanse gemenereg vorm. Die Romeins-Hollandse reg is 'n bron van die Suid-Afrikaanse reg, met bindende krag in die howe.[1] Op die gebied van die kontraktereg oefen die Romeins-Hollandse reg steeds 'n sterk invloed uit, alhoewel die Engelse reg ook sedert 1806 sy stempel op sekere areas van hierdie vakgebied afgedruk het.[2]

In die moderne Westerse regswetenskap word algemeen aanvaar dat kontrakte deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming of *consensus*) tot stand kom. Hierdie benadering word gewoonlik uitgedruk met die middeleeuse adagium *pacta sunt servanda*.[3] Dit word vergestalt in die heersende opvatting van materiële en formele kontrakteervryheid. Materiële kontrakteervryheid behels dat daar nie 'n beperkte groep (*numerus clausus*) van kontrakstipes is nie. Enige ooreenkoms kan 'n kontrak daarstel, mits dit natuurlik nie ongeoorloof is nie en dit andersins voldoen aan voorskrifte van die dwingende reg. Dit impliseer 'n sogenaamde oop sisteem van kontrakte. Formele kontrakteervryheid behels dat 'n kontrak in beginsel vormloos tot stand kom deur blote wilsooreenstemming. Dit kom neer op die beginsel van konsensualiteit.[4]

* Prof. dr. D.G. Kleyn is hoogleraar in die Departement Regsgeskiedenis, Regsvergelyking en Regsfilosofie, aan die Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Pretoria.

1. Vir sover as wat die regsposisie nie deur geldende wetgewing of moderne regspraak verander is nie.
2. Sien oor die Engelse invloed op die Suid-Afrikaanse reg bv. H.R. Hahlo en E. Kahn, The South African Legal System and its Background, Cape Town 1973, p. 575-596.
3. Sien oor die algemeen R. Zimmermann, The Law of Obligations — Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1990, p. 85-86, 164.
4. R. Feenstra en M. Ahsmann, Contract, Aspecten van die begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspektief [Rechtshistorische cahiers, 2], 2de uitgawe, Deventer 1988, p. 5; R. Feenstra, Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht, 6de uitgawe, Leiden 1994, p. 135 nr. 231; Vgl. ook Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 546.

Hierdie is die heersende opvatting met betrekking tot die kontrakteregteorie tans in Nederland[5] en Suid-Afrika.[6]

Daarteenoor staan die welbekende benadering van die Romeinse reg, waaruit beide die Nederlandse en Suid-Afrikaanse reg deels gegroei het; *ex nudo pacto non oritur actio* (blote wilsooreenstemming gee nie aanleiding tot aksie, dit wil sê, kontrak nie). Soos hieronder aangetoon sal word, behels dit 'n geslote sisteem van kontrakstipes, waar 'n onderskeid tussen onafdwingbare *pacta* en afdwingbare *contractus* getref is. In beginsel was die Romeinse sisteem aan vorm gebonde. Een van die bekende klasse of tipes kontrakte was die *contractus re* (reële kontrakte). In hierdie gevalle het die kontrak nie deur blote *consensus* tot stand gekom het nie, maar eers deur die daaropvolgende lewering van 'n saak.

Die historiese ontwikkeling in die Wes-Europese regswetenskap vanaf die beginsel *ex nudo pacto non oritur actio* tot by *pacta sunt servanda*, was 'n lang een. Laasgenoemde beginsel het eers gedurende die 16de eeu in die alledaagse regspraktyk ingang gevind. Hierdie historiese ontwikkeling is 'n onderwerp wat Robert Feenstra na aan die hart lê en waaroor hy dikwels gepubliseer het.[7]

Maar ongeag die latere, algemeen aanvaarde beginsel van *pacta sunt servanda*, het die Romeinse kontrakteleer steeds 'n strydende en dwingende invloed uitgeoefen. Feenstra en Ahsmann[8] wys daarop dat die Romeinsregtelike onderskeid tussen *pacta* en *contractus* die Wes-Europese regswetenskap tot in die 17de en 18de eeu beheers het — lank nadat *pacta sunt servanda* aanvaar is. In hierdie verband het veral die *contractus re* 'n dominerende rol gespeel. Zimmermann[9] vestig die aandag daarop dat die 19de eeuse skrywers oor die *ius commune*, die idee van die Romeinse *contractus re* as 'n logiese noodsaaklikheid verskans het. Dit leef vandag steeds nog in die gees voort in die Duitse, Franse en Italiaanse kodes.

In Suid-Afrika, soos aangetoon sal word, word die idee dat die Romeinse *contractus re* eers na lewering van 'n saak tot stand kom, selfs vandag nog

5. Feenstra-Ahsmann, Contract, p. 5.
6. D.J. Joubert, General Principles of the Law of Contract, Cape Town 1987, p. 21-23; J.C. de Wet en A.H. van Wyk, Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg, 5e uitgawe, Durban 1992, p. 6, 130; Eiselen, 'Kontrakteervryheid, kontraktuele geregtigheid en die ekonomiese liberalisme' 1989 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse reg (THRHR), p. 516 ev.
7. Sien bv. Feenstra-Ahsmann, Contract (hierbo n. 4); 'Pact and Contract in the Low Countries from the 16th to the 18th Century' in Towards a General Law of Contract (red. J. Barton) Berlin 1990, p. 197-213; 'Die Klagbarkeit der pacta nuda', in Das römisch-hollandische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, (red. R. Feenstra en R. Zimmermann), Berlin 1992, p. 123-144; 'Beginselen van vermogensrecht in de middeleeuwen en bij Hugo de Groot' (onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking), in Beginselen van vermogensrecht (BW-krant Jaarboek 1993) Arnhem 1993, p. 26.
8. Contract (hierbo n. 4), p. 3.
9. Obligations (hierbo n. 3), p. 164-165, veral n. 62.

direk of by implikasie verkondig. Sommige gevalle van die ou *contractus re* dien tans maar selde voor die Suid-Afrikaanse howe. 'n Onlangse beslissing, dié van *Saridakis t/a Auto Test v Lamont*,[10] het gehandel oor die bruikleenkontrak (*commodatum*). Hoewel die hof nie ingegaan het op die totstandkoming van die kontrak nie — die geskil het alleenlik gehandel oor die aanspreeklikheid van die bruiklener — skep die blote geval tog vrae oor die moderne aard, wese en sin van hierdie tipe kontrak. Joubert[11] verklaar ten opsigte van die Suid-Afrikaanse reg, dat die Romeinse *contractus re* vandag deur blote *consensus* tot stand kom. Volgens Zimmermann[12] steun hierdie stelling egter op 'n taamlike wankelrige basis.

Om die meriete van beide hierdie standpunte toe te lig, word die plek van die *contractus re* binne die Romeinse kontrakteregleër vervolgens in oënskou geneem. Daarna word dit bespreek teen die agtergrond van *pacta sunt servanda* in onderskeidelik die Romeins-Hollandse en die Suid-Afrikaanse reg.

ROMEINSE REG

Volgens die fundamentele indeling van Gaius, vorm *contractus* en *delictum* die twee hoofbronne van 'n verbintenis (*obligatio*). Dit is Gaius se *summa divisio*.[13] Ten einde die geval van ongeregverdigde verryking te inkorporeer, wat nóg op *contractus* nóg op *delictum* neerkom, maar tog 'n verbintenisskeppende feit is, skep Gaius in sy *Res cottidianae sive aurea* 'n derde bron van *obligatio*, naamlik *ex variis causarum figuris*.[14] Ongeveer vier eeue later neem Justinianus, Gaius se indeling in beginsel oor, maar verfyn dit na 'n vierledige indeling, onder invloed van die regsdenke van die Oos-Romeinse skole. Hiervolgens ontstaan verbintenisse uit *contractus, quasi uit contractus, maleficium* (delik) en *quasi uit maleficium*.[15]

Uit Paulus[16] en Justinianus[17] se omskrywings van die begrip *obligatio*, is dit duidelik dat 'n verbintenis gesien is as 'n abstrakte regsverhouding, ('n

10. 1993 2 SA 164 (K).
11. D.J. Joubert 'Loan' in The Law of South Africa (red. Joubert), vol. 15, Durban 1981, p. 200; Contract (hierbo n. 6), p. 33 n. 61.
12. Obligations (hierbo n. 3), p. 165 n. 66.
13. G. 3, 88.
14. D 44, 7, 1 pr. Vgl. ook G 3, 91. Sien oor Gaius se indeling Kaser Das römische Privatrecht I, 2de uitgawe, München 1971, p. 522-527.
15. Inst 3, 13, 2. Sien M. Kaser, Das römische Privatrecht II, 2e uitgawe, München 1975, p.360-361. Daar bestaan ook ander indelings van verbintenisse, vgl. Inst 3.13. 1 en sien W.W. Buckland, A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, 3e uitgawe deur P. Stein, Cambridge 1963, p. 410-411; J.A.C. Thomas, Textbook of Roman Law, Amsterdam 1976, p. 219-221.
16. D 44, 7, 3 pr: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.
17. Inst 3,13 pr. Nunc Transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.

iuris vinculum) tussen partye waardeur hulle as debiteur en krediteur teenoor mekaar verbind (*obstringere* of *adstringere*) is. Dit kom met ander woorde op 'n gesanksioneerde reg — plig verhouding neer.[18] Heel waarskynlik het die klassieke beskouing van *contractus* wat tot hierdie abstrakte verbintenis aanleiding gee, gegroei vanuit 'n baie vroeër situasie waar die debiteur ooreenkomstig die ou figure van *nexum* en *sponsio,* oorspronklik fisies onderworpe was (*persona obligata*) aan die krediteur. Dit wil voorkom asof hierdie gedagte nog gesuggureer word deur die figuurlike gebruik van die woorde *iuris vinculum* en *ob-* of *adstringere* by Paulus en Justinianus.[19]

Volgens die klassieke en latere Romeinse reg word die verbintenis, in die geval van kontrakte, in die lewe geroep deur die ooreenkoms of wilsooreenstemming (*conventio* or *consensus*) tussen die partye. Ulpianus verwys na Pedius wat aanvoer dat wilsooreenstemming die basis van alle kontrakte vorm.[20] Maar soos bekend, beteken dit in die Romeinse reg nie dat die wilsooreenstemming op sigself genoeg is om 'n kontrak daar te stel wat tot 'n verbintenis aanleiding gee nie. *Conventio* en *contractus* is nie sinonieme nie. Die blote wilsooreenstemmingskep 'n onafdwingbare *pactum*, wat in beginsel slegs tot 'n verweer (*exceptio*) aanleiding gee en nie tot 'n afdwingbare aksie nie. Die algemene benadering is *nuda pactio obligationem, non parit* of soos dit later uitgedruk is, *ex nudo pacto non oritur actio*.[21] In beginsel is 'n bykomende element tot die wilsooreenstemming, 'a pre-existing fact giving validity',[22] vereis vir die totstandkoming van 'n geldige *contractus*. Hierdie bykomende element word gewoonlik aangedui as die *causa contractus*, soms ook genoem *causa civilis*.[23] Wilsooreenstemming plus *causa* skep gevolglik 'n *contractus*. Daar is dus nie sprake van kontrakteervryheid in die formele sin

18. Sien Thomas, Textbook (hierbo n. 15), p. 214; C. Visser, 'The principle *pacta servanda sunt* in Roman and Roman-Dutch law, with specific reference to contracts in restraint of trade' 1984 South African Law Journal (SALJ), p. 642.
19. Sien oor die algemeen F. de Zulueta, The Institutes of Gaius part II, Oxford 1967, p. 143-146; Kaser, Das römische Privatrecht I (hierbo n. 14), p. 146-155, 166-171; J.A.C. Thomas, The Institutes of Justinian, Text, Translation and Commentary, Cape Town 1975, p. 198-200; Thomas, Textbook (hierbo n. 15), p. 198-200; Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p. 8-9; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 1-6; M.E. Storme, 'De bindende kracht van de overeenkomst', BW-krant Jaarboek 1993, p. 123-124.
20. D 2, 14, 1, 3: ... ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem ... Vgl. ook D 44, 7, 3, 1 en Kaser, Das römische Privatrecht II (hierbo n. 15), p. 365-366.
21. Die einste Ulpianus wat in D 2, 14, 1, 3 na Pedius verwys (hierbo n. 20), verkondig in D 2, 14, 7, 4: Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Sien ook D 2, 14, 7, 5; D 15, 1, 49, 2; C 2, 3, 10; C 4, 65, 27; C 5, 14, 1.
22. Buckland, Textbook (hierbo n. 15), p. 429.
23. Vgl. D 2, 14, 7, 4 hierbo. Sien D 15, 1, 49, 2 en ook G. Kotze, Causa in the Roman and Roman-Dutch Law of Contract, Cape Town 1922, p.1; J.C. Stassen, 'Causa in die Kontraktereg' 1979 THRHR p. 359. Die term 'causa' kan verskeie betekenisse hê. Sien oor die algemeen Buckland, Text-Book (hierbo n. 15), p. 428-429 en die genoemde werk van Kotze.

nie. Na aanleiding van die verskillende vorme wat die *causa* kan aanneem, word die kontrakte in groepe of klasse verdeel. Dit impliseer 'n vormgebondenheid, 'n geslote sisteem. In beginsel is daar gevolglik ook nie sprake van materiele kontrakteervryheid, deurdat partye nuwe kontrakstipes buite die erkende kring, in die lewe kon roep nie.[24] Hoewel daar sekere algemene beginsels van die kontraktereg in die Romeinse reg uitgekristalliseer het, wys moderne skrywers daarop dat die Romeinse reg nie bekend was met 'n algemene kontrakteregteorie nie, maar eerder met teorieë ten opsigte van verskillende tipes kontrakte.[25]

Gaius onderskei vier groepe kontrakte, te wete *contractus re, verbis, litteris* en *consensu*.[26] Hierdie indeling is waarskynlik vir onderrigdoeleindes gemaak en word gewoonlik nie as oorspronklik aan Gaius toegeskryf nie.[27] Gaius se indeling beheers steeds die na-klassieke Romeinse reg, waar Justinianus in sy *Institutiones* dieselfde vierledige indeling van kontrakte maak.[28]

In die geval van die *contractus re* (reële kontrakte), het die *causa* op die lewering van 'n saak neergekom. Die *consensus* tussen die partye moes opgevolg word deur lewering alvorens 'n kontrak tot stand gekom het. Lewering in hierdie sin, vorm met ander woorde nie deel van die prestasie nie maar het ten doel om die *consensus* afdwingbaar te maak. Vier *contractus re* is onderskei,[29] te wete *mutuum* (verbruikleen), *commodatum* (bruikleen), *depositum* (bewaargewing) en *pignus* (pandgewing). Die onderskeid tussen *mutuum* en *commodatum* is geleë in die tipe saak wat uitgeleen word. By *mutuum* gaan dit om verbruikbare sake, waarvan geldlening die algemeenste vorm is, terwyl *commodatum* die uitleen van onverbruikbare sake behels.[30] Beide hierdie kontrakte bestaan ten gunste van die lener. *Depositum* bestaan weer uitsluitlik tot voordeel van die bewaargewer terwyl *pignus* tot albei partye se voordeel strek.[31] By *mutuum, commodatum* en *depositum* gaan dit hoofsaaklik om betrekkinge tussen partye wat op gratis vriendedienste neerkom.[32] Gedurende die na-klassieke regsontwikkeling het daar allerlei

24. Kaser, Das römische Privatrecht I, (hierbo n. 14), p. 477.
25. De Zulueta, Institutes II (hierbo n. 19), p. 142; Buckland (hierbo n. 15), p. 413; Joubert, Contract (hierbo n. 6), p. 24; Visser 1984 SALJ (hierbo n. 18), p. 643.
26. G 3, 89: Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re [con] trahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu. Sien ook G 3, 119a; D 44, 7, 1, 1.
27. Sien De Zulueta, Institutes II, (hierbo n. 19), p. 148; Buckland, Text-Book (hierbo n. 15), p. 433; Kaser, Das römische Privatrecht I (hierbo n. 14), p. 525.
28. Inst 3, 13, 2.
29. In sy Institutiones 3, 90 noem Gaius slegs *mutuum* as voorbeeld van *contractus re*. Dit word egter aanvaar dat die ander drie vorme ook in sy tyd bekend was: vgl. bv. Gaius in D 44, 7, 1, 3-6; De Zulueta, Institutes II (hierbo n. 19), p. 147; Feenstra, Grondslagen (hierbo n. 4), p. 139 nr. 237. Sien oor die algemeen i.v.m. die vier *contractus re* D 44, 7, 1-2; Inst 3, 14.
30. D 44, 7, 1, 2-3; Inst 3, 14 pr, 2.
31. Sien bv. D 44, 7, 1, 5; Inst 3, 14, 4; Thomas, Institutes (hierbo n. 19), p. 202.
32. Kaser, Das römische Privatrecht I (hierbo n. 14), p. 531; Feenstra en Ahsmann, Contract

tendense voorgekom wat afbreuk gedoen het aan die reële karakter van hierdie vier kontrakte. In Justinianus se *Corpus Iuris* word hulle egter as suiwer *contractus re* in ere herstel.[33]

In die geval van *contractus verbis*, moes die *consensus* opgevolg word met formele woorde (*verbis solemnibus*). Die belangrikste tipe mondelinge kontrak was die *stipulatio*. Die formaliteite het behels dat die kontrak gegiet moes wees in die vorm van 'n vraag van die *stipulator* en 'n daaropvolgende antwoord van die *promissor*. Die partye moes in mekaar se teenwoordigheid wees; die antwoord moes direk op die vraag volg en dieselfde werkwoord as die vraag bevat.[34] Aanvanklik is slegs die werkwoord *spondere* gebruik. Volgens die uiteensetting van Gaius is dit duidelik dat in die klassieke reg verskeie ander woorde, ook Griekse woorde gebruik kon word, solank die partye mekaar net verstaan het en aan die genoemde vereistes voldoen het.[35] Hierdie kontrak het die hoeksteen van die Romeinse kontraktesisteem gevorm. Binne 'n geslote sisteem van kontrakte, het dit 'n besonder elastisiteit vertoon, aangesien enige geoorloofde prestasie in die vorm van *dare, facere* of *praestare* só beding kon word.[36] Reeds in die klassieke tyd het die gebruik ontstaan om die *stipulatio* vir bewysdoeleindes op skrif te stel.[37]

Vir die kategorie *contractus litteris* is skrifstelling as *causa* vereis. Die tipe kontrak waarna Gaius in hierdie verband verwys, het neergekom op 'n skriftelike opgawe van fiktiewe boekskulde. Daar is weinig oor bekend en dit het reeds in die klassieke tyd verdwyn.[38] Die feit dat Justinianus nog die *contractus litteris* as kategorie noem, beskryf Feenstra as 'n 'truc' om bloot net die sisteem van Gaius te handhaaf. Justinianus gee toe dat die tipe kontrak waarna Gaius verwys, reeds in onbruik verval het. Die tipe kontrak wat Justinianus wel as *contractus litteris* voorhou, is egter niks anders as 'n besondere vorm van 'n opskrifgestelde *stipulatio* nie.[39]

In die geval van *contractus consensu* kom die kontrakte vormvry deur blote *consensus* tot stand. Hierdie kategorie maak egter nie die deur oop vir konsensualiteit as algemene beginsel nie, aangesien dit by Gaius sowel as Justinianus, beperk is tot vier spesifieke kontrakte, naamlik *emptio et venditio* (koopkontrak), *locatio et conductio* (huurkontrak), *societas* (vennootskap-

(hierbo n. 4), p. 9.

33. Kaser, Das römische Privatrecht II (hierbo n. 15), p. 369-373.
34. G 3, 136; D 44, 7, 1, 7; D 44, 7, 52, 2; D 45, 1, 1, 1; D 45, 1, 5, 1. Die kontrak was uit en uit mondeling en onmoontlik vir stommes en dowes om te sluit: G 3, 105. Sien oor die algemeen Kaser, Das römische Privatrecht I (hierbo n. 14), p, 539-541; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 68-71.
35. G 3, 92-93.
36. Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 89.
37. Kaser, Das römische Privatrecht I (hierbo n. 14), p. 540-541.
38. G 3, 128-134. Kaser, Das römische Privatrecht II (hierbo n. 15), p. 382.
39. Inst 3, 21. Sien ook Feenstra, Grondslagen (hierbo n. 4), p. 140 nr. 239, p. 237 nr. 374. Thomas, Textbook (hierbo n. 15), p. 268-269 beskou die Justiniaanse *contractus litteris* as bewysmateriaal eerder as materiële reg. Sien D 46, 1, 8, 1 en D 46, 2, 1, 1, waar die ander drie kontraksvorme, maar nie *contractus litteris* gelys word.

kontrak) en *mandatum* (lasgewing). Hierdie kontrakte het ontwikkel toe die handelsverkeer in Rome begin bloei het. Dit is gebaseer op die fatsoensnorme (*fides*) wat tussen handelslui gegeld het.[40]

Justinianus se uiteensetting van die kontraktereg in sy *Institutiones*, weerspieël egter nie die stand van regsontwikkeling in sy tyd nie.[41] Dit is eerder 'n onrealistiese teruggrype na die sistematiek van *Gaius noster*. Sedert die klassieke tyd was daar ontwikkelinge in die kontraktereg in die rigting van konsensualiteit as norm. Hierdie ontwikkeling het plaasgevind op die gebiede van *pacta*, die *stipulatio* en die sogenaamde *contractus innominati*. Ons sal elk vervolgens kortliks in oënskou neem.

Soos aangetoon, was 'n informele ooreenkoms tussen partye wat nie ingepas het by die vier kategorië erkende kontrakte nie, 'n onafdwingbare *pactum*. Hoewel dit nie aanleiding gegee het tot 'n aksie nie, is die afspraak wel as verweer (*exceptio*) erken.[42] Die bekendste vorme van sulke afsprake wat deur die praetor as *exceptiones* erken is, was skuld-kwytskelding en uitstelling van betaling.[43] Dit is waarskynlik waarop die praetor se belofte dat hy *pacta* sal eer, betrekking het: 'Pacta conventa ... servabo.'[44] Hierdie teks het blykbaar die terminologie verskaf vir die latere algemene opvatting van *pacta sunt servanda*. Die klassieke juriste het mettertyd die praetoriese belofte toegepas op bykomende of toegevoegde afsprake tot die *contractus bonae fidei*. Sulke afsrpake kon byvoorbeeld in verband staan met die inhoud of nakoming van die hoofskuld en word na verwys as *pacta adiecta*. Indien so 'n afspraak onmiddellik (*ex continenti*) toegevoeg is tot die kontrak, kon dit met die aksie uit die kontrak afgedwing word. Waar dit eers later (*ex intervallo*) bygevoeg is, gee dit slegs tot 'n *exceptio* aanleiding.[45] As 'n volgende stap het die praetor begin om *pacta* wat losstaan van 'n kontrak met 'n aksie af te dwing (sogenaamde *pacta praetoria*). Hierdie benadering is voortgesit deur die keisers wat ook sekere *pacta* afdwingbaar gemaak het (bekend as *pacta legitima*).[46] Die glossatore het na al die afdwingbare *pacta* verwys as *pacta vestita*. Daarteenoor het die *nuda pacta* gestaan wat slegs tot 'n *exceptio* aanleiding gegee het.[47] Die afdwinging van *pacta* behels 'n direkte breuk met die beginsel *ex nudo pacto non oritur actio* en laat die onderskeid tussen *pacta* en *contractus* vervaag. Volgens Zimmermann[48] vorm die regsontwikkeling op hierdie gebied die 'doctrinal bridge towards the modern, general law of contract.' Waarom die ontwikkeling nie deur Justinia-

40. G 3, 135; Inst 3, 22 pr. Sien ook Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p. 9.
41. Sien R.H. Christie, The Law of Contract in South Africa, Durban 1991, p. 6-8.
42. D 2, 14, 7, 4.
43. Vgl. G 4, 122.
44. D 2, 14, 7, 7. Sien Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p.12; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 508-509.
45. D 2, 14, 7, 5.
46. Sien oor die algemeen Zimmermann Obligations (hierbo n. 3), p. 511-530.
47. Kotze, Causa (hierbo n. 23), p. 7-8.
48. Obligations (hierbo n. 3), p. 33.

nus tot sy logiese gevolge gevoer is nie, kom vir die moderne juris onverklaarbaar voor.[49]

Wat die *stipulatio* betref, is hierbo gewys op die gebruik wat ontstaan het om die *stipulatio* vir bewysdoeleindes op skrif te stel. Die gedagte het algaande posgevat dat skrifstelling noodsaaklik is vir die geldigheid daarvan en uiteindelik het die *stipulatio* feitlik alleen maar in geskrewe vorm voorgekom. Gewoonlik het die geskrewe dokument 'n klousule bevat dat die formaliteit van vraag en antwoord nagekom is. Dit het dan as vermoede gedien dat die *stipulatio* geldig was, vir sover die teendeel nie bewys is nie.[50] Later is vanuit keiserlike oord bepaal dat indien so 'n klousule nie in die dokument voorkom nie, maar die partye wel in mekaar se teenwoordigheid was, die *stipulatio* as geldig aanvaar moet word asof vraag en antwoord gestel is.[51] In 472 het keiser Leo die vereiste van formele woorde by die mondelinge aangaan van die *stipulatio* afgeskaf. Enige woorde kon *pro consensu contrahentium* gebruik word. *Consensus* is nou bo vorm gestel.[52] Die presiese betekenis van Leo se verordening is onduidelik, maar ten minste kan ons aanneem dat mondelinge woorde en die teenwoordigheid van die partye steeds vereis is.[53] Wat laasgenoemde vereiste betref, skep Justinianus die vermoede dat 'n dokument wat beweer dat die partye tydens aflegging van die *stipulatio* in mekaar se teenwoordigheid was, as geldig aanvaar moet word, tensy met absolute sekerheid bewys word dat die een party vir die hele dag afwesig was.[54] Deur die gebruik van skrifstelling en die vermoedens wat in dié verband gegeld het, is die *causa* van die ou mondelinge *stipulatio* uiteindelik tot fiksie gereduseer. Die *consensus* soos uitgedruk in die dokument was die belangrikste. Die mondelinge *stipulatio* kom nie meer in die praktyk van Justinianus voor nie. Tog kleef hy vas aan die klassieke vorm daarvan, deur te verkondig dat dit 'n mondelinge kontrak is wat deur vraag en antwoord tot stand kom.[55] Hierdie diskrepansie is te wyte aan Justinianus se poging om die volmaakte sintese tussen die klassieke en na-klassieke te probeer bewerkstellig. In sy poging ry hy die potensiaal van die *stipulatio,* om as basis vir 'n algemene kontraktereg-teorie te funksioneer, in die wiele.[56]

Met die benaming *contractus innominati* het latere Romaniste 'n groep kontrakte aangedui wat sedert die klassieke tyd begin vorm aanneem het. In hierdie gevalle het die partye informeel 'n wisseling van prestasies tussen hulle beding. Dit kon die vorm aanneem van *do ut des, do ut facias, facio ut*

49. Christie, Contract (hierbo n. 3), p. 33.
50. D 2, 14, 7, 12.
51. C 8, 37, 1; vgl. ook Inst 3, 19, 17.
52. C 8, 37, 10; Inst 3, 15, 1.
53. Sien Thomas Textbook (hierbo n. 15), p. 260-261; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 80 nr. 81.
54. C 8, 37, 14, 2; Inst 3, 19, 12.
55. Inst 3, 15 pr; Inst 3, 19, 7. Kaser, Das römische Privatrecht II (hierbo n. 15), p. 381.
56. Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 546.

des, facio ut facias.[57] Die praetor het met 'n *actio in factum* die afspraak afdwingbaar gemaak in die geval waar die een party reeds presteer het. Met die *actio in factum* kon die ander party dan tot teenprestasie gedwing word. In die tyd van Justinianus was hierdie kontrakte as 'n nuwe afsonderlike groep erken, hoewel dit nie in sy *Institutiones* behandel word nie. Dié kontrakte kon toe met die *actio praescriptis verbis* afgedwing word.[58] Voordat teenprestasie gerealiseer het, het die party wat reeds presteer het egter die keuse gehad om, waar toepaslik, sy prestasie terug te eis met die *condictio causa data causa non secuta.*[59] Hierdie groep kontrakte het inbreuk gemaak op die geslote klassieke sisteem. Gedurende die middeleeue het die neiging ontstaan om hulle as *contractus re* te klassifiseer.[60] Hierdie analogie gaan egter nie op nie. By die *contractus re* gaan dit uitsluitlik oor die lewering van 'n saak en nie ook oor *facere* nie. Verder vervul lewering by *contractus re* nie die rol van gedeeltelike prestasie nie, aangesien dit nie daar om 'n *quid pro quo* gaan nie.[61]

In die lig van die voorafgaande bespreking blyk dit dat daar tog 'n belangrike mate van materiële kontraksvryheid in die Justiniaanse reg bestaan het.[62] Slegs die *contractus re* was sterk vormgebonde. Maar die finale stap na konsensualiteit as norm is nooit geneem nie. Die romeinse tradisionalisme, konserwatisme en rigiditeit is al as rede hiervoor aangegee.[63] Teen die agtergrond van konsensualiteit, het die *contractus re* volgens Zimmermann[64] geen plek nie. Met verwysing na *mutuum* voer hy aan dat die reële karakter daarvan, die plig van die lener om die geld terug te gee, oorbeklemtoon. *Mutuum*, argumenteer hy, word aangegaan nie om die geld terug te kry nie, maar om dit aan die lener beskikbaar te stel.

ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die wegbreek van die Romeinse kontrakteregsisteem en die vorming van die beginsel van *pacta sunt servanda* of *ex nudo pacto oritur actio*, is oor 'n tydperk van eeue in die Wes-Europese regspraktyk en -teorie ontwikkel.

57. D 19, 5, 5, pr.
58. Sien D 19, 5 en C 4, 64.
59. D 19, 5, 5, 1.
60. Feenstra, Grondslagen (hierbo n. 4), p. 139.
61. Buckland, Text-book (hierbo n. 15), p. 521; Thomas, Textbook (hierbo n. 15), p. 311.
62. Feenstra, Grondslagen (hierbo n. 4), p. 135 nr. 231.
63. Sien H. Ietswaart, 'Legal change in Roman law', in Uit het Recht, Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr P.J. Verdam, Deventer 1971, p. 113; W.M. Gordon, 'Legal Tradition, with particular reference to Roman Law', in The Legal Mind, Essays for Tony Honoré, Oxford 1986, p. 282. Sien ook *Conradie v Rossouw* 1919 AD 279 306 waar De Villiers WAR hom soos volg uitlaat: 'The fact is there is no valid reason in the nature of things for stopping here. But such was the conservatism of the Romans that they never advanced far beyond it. They never took the final step of declaring that all lawfull agreements, involving as they do the consensus of the parties, give rise to a civil obligation and are consequently actionable.'
64. Obligations (hierbo n. 3), p. 164.

Hierdie beginsel wat inhou dat 'n kontrak vormvry deur *consensus* alleen tot stand kom, impliseer nie dat alle vorme van wilsooreenstemming as 'n kontrak beskou kan word nie. Daarom gaan die ontwikkeling van *pacta sunt servanda* hand aan hand met die ontwikkeling van die leerstuk van *causa*. *Causa* moet aan die *consensus* die bindende krag verleen. Hierdie *causa* is iets anders as die Romeinse *causa contractus* en kom in die Romeins-Hollandse reg gewoonlik neer op die ernstige bedoeling om gebonde te wees, of in ander woorde, die bedoeling om 'n verbintenis te skep.[65]

Feenstra[66] het aangetoon hoe die beginsel van *pacta sunt servanda* sedert die 17de eeu in die Nederlande algemeen aanvaar is. In hierdie verband het hy die werke van 'n seleksie van skrywers uit die sestiende, sewentiende en agtiende eeu in behandeling geneem. Hieronder gaan vervolgens dieselfde benadering gevolg word, om aan te toon hoe hierdie skrywers, teen die agtergrond van *pacta sunt servanda*, die *contractus re* hanteer.[67] Aangesien die *contractus innominati* dikwels as *contractus re* geklassifiseer is, sal dit ook onder bespreking kom.

Die enigste 16de eeuse skrywer waarna Feenstra verwys, is Matthaeus Wesenbecius (1531-1586). Dit word aanvaar dat sy werk die vroegste gesag bied in die Duitse en Nederlandse *Usus modernus Pandectarum*, vir die benadering dat 'n *nudum pactum* tot 'n aksie aanleiding kan gee.[68] Wesenbecius verklaar in sy kommentaar op die Digesta-titel *de pactis*, dat daar weggedoen is met die subtiele onderskeide van die Romeinse reg. Volgens die *communis opinio* word die kanoniekregtelike benadering, dat 'n *nudum pactum* tot 'n aksie aanleiding gee, in die sekulêre howe nagevolg.[69]

Maar voordat hy hierdie stelling maak, maak hy eers sekere opmerkings oor die *contractus innominati* en *contractus re*. Hy tref 'n onderskeid tussen *nuda pacta* en *contractus innominati*. Laasgenoemde gee nie *ex sua natura* aanleiding tot 'n verbintenis nie. Lewering moet bykom.[70] Dit is dieselfde by die *contractus re*, naamlik *commodatum, depositum, pignus* en *mutuum*.[71]

65. Sien oor die ontwikkeling van die *causa*-begrip Kotze, Causa (hierbo n. 23); Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 549-556.
66. Pact and Contract in the Low Countries (hierbo n. 7); Die Klagbarkeit der pacta nuda (hierbo n. 7).
67. Ek behandel meeste, maar nie al die skrywers waarna Feenstra verwys nie, asook enkele andere.
68. Sien Feenstra, Pact and Contract (hierbo n. 7), p. 198-199.
69. Wesenbecius, Commentarii in Pandectas Iuris Civilis et Codicem Justinianeum olim dicti Paratitla, met note deur R. Bachovius, Lugduni Batavorum 1649, ad D 2, 14, nr. 9. Feenstra, Pact and Contract (hierbo n. 7), p. 200 wys daarop dat dit nie die *communis opinio* was dat die reël wel in sekulêre howe toegepas is nie.
70. ad D 2, 14, nr. 9: Nam re contractus quidem innominati, ex sua natura efficaces sunt ad obligationem jure civili producendam, sed tantum per accidens: scilicet quatenus res intervenit ... .
71. ad D 2, 14 nr. 9: ... ut in commodato, deposito, pignore, mutuo ... quam in multis non nisi re constat obligatio.

Nadat Wesenbecius die algemene stelling gemaak het dat 'n *nudum pactum* aanleiding tot 'n aksie gee, bespreek hy sekere gevolge daarvan en keer weer terug na die *contractus innominati*. Hy wys daarop dat die *actio praescriptis verbis* slegs verleen kan word nadat lewering plaasgevind het. Dit kan nie gebruik word om die blote afspraak tot wederkerige prestasies af te dwing nie. So 'n afspraak kan egter wel met 'n *condictio ex canone* afgedwing word.[72] Die *contractus innominati* kry gevolglik tot 'n mate 'n konsensuele kleur. Hy bring nie die *contractus re* weer in hierdie gedeelte onder bespreking nie, wat die vermoede laat ontstaan dat hierdie kontrakte, ongeag Wesenbecius se algemene stelling oor *nuda pacta*, steeds reëel van karakter bly. Hierdie vermoede word bevestig in sy kommentare oor die *Digesta*-titels insake *mutuum,*[73] *commodatum*[74] en *depositum*[75] waar lewering telkens as vereiste naas *consensus* gestel word vir totstandkoming van die kontrak.

Wat die 17de eeu betref, is Hugo de Groot (1583-1645) een van die belangrikste juriste. In sy *Inleidinge* maak hy die volgende indeling: Persoonlike regte ('inschuld') ontstaan uit twee hoofbronne, naamlik 'toezegging' (*promissio*) en 'onevenheid'.[76] 'Toezegging' word omskryf as 'n willekeurige daad waardeur mens aan 'n ander iets beloof, met die bedoeling dat die ander dit sal aanvaar en daardeur 'n reg sal verkry teen die een wat beloof het.[77] 'Toezegging' geskied òf uitdruklik òf deur 'wetduiding'.[78] Uitdruklike 'toezegging' is of in woorde of in skrif.[79] Hier het De Groot die Romeinse *stipulatio* en die *contractus litteris* in gedagte.[80] Vir ons is die 'toezegging deur wetduiding' van belang. Dit kan of met 'overkominge' (*contractus*) of sonder 'overkominge' wees.[81] 'Overkominge' word omskryf as die 'eendracht des willes' van twee of meer mense tot een of beide se nut. Dit handel hier oor die benoemde kontrakte.[82] Dit is egter duidelik dat De Groot in hierdie verband by die Romeinse geslote sisteem hou. 'n Blote 'eendracht des willes' stel nie noodwendig 'n kontrak daar nie. Hy voer aan dat hierdie kontrakte elk 'n eie vorm het en dat hulle òf deur oordrag van 'n saak òf deur wilsooreenstemming alleen tot stand kom. Die kontrakte wat in eersgenoemde

72. ad D 2, 14 nr. 9: Atqui sciendum est, actionem praescriptis verbis, non ex sola produci conventione, sed tantummodo ex aequitate rei traditae, qua paciscens alterum sibi obligavit ... Magis ergo consentaneum videtur, ex pacto non actionem praescriptis verbis ... sed condictionem ex lege, vel potius ex canone nasci.
73. ad D 12, 1 nr. 5.
74. ad D 13, 6 nr. 3.
75. ad D 13, 6, nr. 3.
76. De Groot, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid, nuut uitgegee deur S.J. Fockema Andreae, 1895, 3, 1, 9.
77. 3, 1, 10.
78. 3, 1, 49.
79. 3, 1, 50.
80. Sien Stassen, 1979 THRHR (hierbo n. 23), p. 366; Feenstra, Pact and Contract (hierbo n. 7), p. 208.
81. 3, 6, 1.
82. 3, 6, 2. Sien ook 3, 6, 5-6 waar hy die kontrakte een vir een noem.

kategorie tuishoort, is die vier reële kontrakte, bewaargewing, pand, bruikleen en verbruikleen.[83] In hierdie gevalle is berou (*locus poenitentiae*) gevolglik voordat lewering plaasvind, toelaatbaar. Dit beteken dat die party wat die onderneming tot prestasie gemaak het, sonder gevolge kan terugtree — die kontrak het nog nie tot stand gekom nie. Dit is egter nie moontlik indien die een wat die onderneming gemaak het, voor lewering 'n vaste reg aan die ander party deur middel van 'n uitdruklike 'toezegging' gegee het nie. In so 'n geval verkry die ander party die reg om lewering te vorder, welke reg voortspruit uit die uitdruklike 'toezegging' en nie uit die aard van die besondere reële kontrak nie.[84] Slegs indien die partye aan die kontrak 'n ander karakter, naamlik dié van 'n uitdruklike 'toezegging' gegee het, verkry dit dus 'n konsensuele karakter.

Oor die algemeen wys De Groot daarop dat *depositum* op 'n vriendediens sonder vergoeding neerkom.[85] By *pand* en *bruikleen* beklemtoon hy die nutsaspek. Pand is tot voordeel van beide die partye. Bruikleen bestaan tot die uitsluitlike voordeel van die lener en bewaargewing tot uitsluitlike voordeel van die bewaargewer.[86]

Die *contractus innominati* klassifiseer De Groot onder 'onevenheid', een van die twee hoofbronne van persoonlike regte.[87] Hierdie kontrakte is nie konsensueel nie. Hulle toon ooreenkoms met die reële kontrakte deurdat 'zaaks tuschenkomst' vir totstandkoming vereis word. Daarom kan enige party, voordat daar enigsins presteer is, berou kry en onttrek (*locus poenitentiae*).[88] Ná prestasie deur die een party bestaan daar vir hom 'n keuse. Hy kan of die ander party dwing om te presteer, of indien die prestasie uit lewering van 'n saak bestaan het en daar was nog geen teenprestasie nie, kan hy die saak terugeis.[89] Soos in die geval van reële kontrakte, meen De Groot dat die karakter van die kontrak deur 'toezegging' verander kan word. Indien die *locus poenitentiae* deur 'n duidelike 'toezegging' uitgesluit is, bestaan daar geen moontlikheid van berou en die kontrak kan sonder enige voorafgaande prestasie afgedwing word. Op hierdie manier kan dit dus wel 'n konsensuele karakter verkry, maar dan word dit 'n 'toezegging'.

Hoewel die gedagte van *pacta sunt servanda* met die eerste oog opslag in De Groot se omskrywing van 'toezegging' en *contractus* na vore kom, is dit duidelik dat hy nie aan die Romeinse kontrakteleer ontsnap nie. Hy het die beginsel *pacta sunt servanda* in sy latere *De Jure Belli ac Pacis* as 'n algemene beginsel van die natuurreg geformuleer. Sy *Inleidinge* het egter wel vir latere skrywers van die 17de eeu as hoofbron vir die afskaffing van die Romeinse beginsel van *ex nudo pacto non oritur actio* gedien.[90]

83. 3, 7, 1.
84. 3, 6, 11.
85. 3, 7, 9.
86. 3, 9, 7. Sien oor die nutsaspek Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p. 18, 20.
87. 3, 31, 1.
88. 3, 31, 8.
89. 3, 31, 9.
90. Sien Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p. 19-20; Feenstra, Klagbarkeit der pacta

Een juris wat in hierdie verband deur De Groot beïnvloed was, is Arnoldus Vinnius (1588-1657). In sy kommentare op Justinianus se *Institutiones*, verkondig Vinnius dat in sy tyd die beginsel geresipieer is dat 'n *nudum pactum* 'n aksie voorsien. Hiermee word bedoel ernstige afsprake en nie ooreenkomste wat grappenderwys gemaak is nie. Hy haal die kanonieke reg as bron aan en maak die stelling dat die reg van sy tyd gereduseer is tot die eenvoudige beginsels van die *ius gentium*. Vinnius verwys na die 16de eeuse Franse juris, Franciscus Connanus wat ontken het dat *pacta* bindend is, maar hy toon aan dat De Groot, Connanus se opvattinge bestry het.[91] Vinnius se definisie van 'n kontrak, as 'n ooreenkoms (*conventio*) om 'n verbintenis in die lewe te roep ooreenkomstig die bepalings van die reg, is ook heeltemal in lyn met sy opvattinge oor *pacta*.[92] Direk na sy opmerking oor *pacta*, vervolg Vinnius egter met 'n indeling van kontrakte volgens Justinianus se geslote sisteem in *contractus re, verbis, litteris* en *consensu*. Hy toon aan dat nie net die *contractus consensu* nie, maar alle kontrakte, wilsooreenstemming vereis. Hy wys daarop dat die *contractus litteris* verdwyn het.[93] In sy bespreking van *contractus re* verduidelik hy dat in hierdie gevalle, die lewering van 'n saak of 'n *factum*, naas die *consensus*, moet bykom. Hy sluit dus ook die *contractus innominati* hierby in. Onder *contractus re* verstaan hy die tradisionele vier gevalle.[94] Uit sy behandeling wat volg, behandel hy al vier gevalle as suiwer reële kontrakte.[95] Daar bestaan dus 'n kloof tussen Vinnius se opvattings oor *pacta* en sy hantering van die *contractus re*.

By Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652) is daar duideliker aanduidings van 'n algemene leerstuk van konsensualiteit. Hy wys daarop dat die destydse geskille or *pacta nuda, pacta vestita* en *pacta adiecta* tot 'n einde gekom het, aangesien alle *pacta* tot 'n aksie aanleiding gee.[96] In sy note op De Groot se *Inleidinge* wys hy op 'n reëling wat afwyk van De Groot se opvatting oor die *locus poenitentiae* by die reële kontrakte. Hierbo is aange-

nuda (hierbo n. 7), p. 138; Stassen 1979 THRHR (hierbo n. 23), p. 367; Visser 1984 SALJ (hierbo n. 18), p. 650. Dit was veral de Groot se stelling dat alle 'toezegginge' wat uit 'n redelike oorsaak geskied, afdwingbaar is (3, 1, 52), wat geweldige invloed uitgeoefen het.

91. Vinnius, In quattuor libros Institutionum imperialium Commentarius, Lugduni Batavorum 1709, ad Inst. 3, 13, 2 nr. 11: Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo et simplici pacto actio detur ... pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Sien oor die meningsverskil tussen de Groot en Connanus, Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p. 18.
92. Sien die inleidende *notae*, ad Inst 3, 13, 3: Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum.
93. ad Inst 3, 13, 2 nr. 12.
94. ad Inst 3, 14, die inleidende opmerkings.
95. Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 157 verwys na die volgende opmerking van Vinnius i.v.m. *mutuum*, ad Inst 3, 15 pr. n. 1: Constitutur mutuum non solo nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet. Zimmermann voer aan dat dit duidelik is dat die klem hier op *consensus* val. Hierdie mening kan nie gedeel word nie — daarvoor is Vinnius te duidelik en ondubbelsinnig.
96. Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus, Lugduni Batavorum 1649, ad D 12, 1, 40; Sien ook ad C 2, 3, 13.

toon dat De Groot van mening is dat in die geval van reële kontrakte, 'n party voor lewering kan terugtree aangesien die kontrak nog nie tot stand gekom het nie. Groenewegen verwys daarteenoor na 'n keur van Antwerpen waarvolgens die *locus poenitentiae* selfs voor lewering nie toegelaat word nie. In die lig van hierdie reëling verkry die kontrak dus tot 'n mate 'n konsensuele karakter en is die partye aan die blote afspraak gebonde.[97] Wat die *contractus innominati* betref, verkondig Groenewegen dat hierdie kontrakte ooreenkomstig die kanonieke reg en die reg van sy tyd, suiwer konsensueel is. Geen *locus poenitentiae* word, soos in die Romeinse *ius civile*, toegelaat voordat enige van die partye presteer het nie.[98]

Die Frisiese juris Ulricus Huber (1636-1694) vertel dat in sy tyd daar weggedoen is met die onderskeid tussen formele en gewone beloftes. Die 'practijke der volkeren' is tevrede met die eenvoudige bepaling van die natuurreg dat alle mense wat in staat is om hulself te verbind, dit deur enige tipe verklaring hetsy mondeling, skriftelik of selfs in die afwesigheid, kan doen.[99] Ook De Groot se onderskeid tussen 'toezegging' en gewone beloftes is ongegegrond want beloftes maak skuld.[100] Hierdie opmerkings is merkwaardig, aangesien soos Feenstra[101] meld, daar 'n taamlike sterk resepsie van die Romeinse reg in Friesland was.

Huber omskryf 'n kontrak wyd, as 'n ooreenkoms tussen twee of meer persone waaruit 'n eis en 'n aanspraak teenoor iemand kan ontstaan.[102] Hy deel kontrakte soos volg in: Eerstens word onderskei tussen 'eygentlijke' (*veri*) en 'oneygentlijke' (*quasi*) kontrakte. 'Eygentlijke' kontrakte onderverdeel in benoemde en onbenoemde kontrakte. Benoemde kontrakte bestaan uit *contractus consensu, re* en *litteris*.[103] Die ou *stipulatio* geld nie meer nie aangesien enige belofte waarmee iemand hom duidelik verbind, 'n verbintenis skep.[104] Maar in sy bespreking van die reële kontrakte handhaaf Huber die suiwer Romeinse benadering. Hierdie kontrakte behels die twee leenkontrakte, bewaargewing en pand. Hulle het geen krag voordat 'n saak nie gelewer is nie. Iemand wat byvoorbeeld (teenoor 'n ander) onderneem het dat hy geld teen rente van daardie ander sal opneem, kan nie daartoe verplig word nie.[105]

Volgens Huber is die *contractus innominati* egter suiwer konsensueel. Hulle kom nie eers na prestasie tot stand nie, aangesien alle beloftes bindende krag het.[106]

97. Sien de Groot, Inleidinge tot de Hollandtsche Regts-geleertheid, met note deur S. van Groenewegen van der Made, Dordrecht 1644, ad Gr 3, 6, 11 n. 10.
98. ad D 12, 4, 5.
99. Heedendaagse Rechtsgeleertheyt, so elders als in Frieslandt gebruikelyk, Amsterdam 1742, 3, 21 nr. 2. Sien ook sy Praelectiones Juris Civilis, Lovanii 1766, ad D 2, 14 nr. 11.
100. 3, 21 nr. 5.
101. 3, 21 nr. 5.
102. 3, 1 nr. 20.
103. 3, 16 nr. 2-3.
104. 3, 1 nr. 24-25.
105. 3, 16 nr. 2-3.
106. 3, 21 nr. 3.

Johannes Voet, in sy kommentare op die *Digesta*-titel, *De Pactis*, verklaar dat alle *nuda pacta* wat met 'n ernstige bedoeling aangegaan is, tot 'n aksie aanleiding gee, net soos in die geval van die erkende *contractus*. Hierdie beginsel kom nie soseer uit die kanonieke reg nie, maar eerder uit die *bona fides* en die *simplicitas* van die *ius gentium*.[107] In hierdie verband verwys Voet na onder andere De Groot, Groenewegen en Vinnius as gesag. In hierdie gedeelte noem hy dat ook 'n *pactum* om 'n saak in *pignus*, of in *mutuum* of *commodatum* te gee, afdwingbaar is.

Wanneer hy egter kontrakte omskryf, onderskei hy dit van *pacta*. Kontrakte is ooreenkomste (*conventiones*), wat elk volgens sy aard onderlê word deur 'n *causa obligandi* om iets te gee, doen, of te presteer. Hy onderskei benoemde en onbenoemde kontrakte. Die benoemde kontrakte kom tot stand *re, verbis, litteris* en *consensu. Contractus re* kom tot stand deur lewering van 'n saak.[108] In sy besprekinge van *mutuum, commodatum, pignus* en *depositum* hou hy deurgaans by die reële karakter van hierdie kontrakte.[109] Hierdie benadering bots met Voet se algemene stelling hierbo.

Die *contractus innominati* is egter volgens Voet volledig konsensueel. Geen *locus poenitentiae* word toegelaat nie, aangesien 'n *nudum pactum* 'n aksie voorsien.[110]

Waar Voet sy algemene stelling oor die afdwingbaarheid van *nuda pacta* maak, verwys hy na 'n ander skrywer uit die 17de eeu, Simon van Leeuwen (1626-1682).[111] Voet merk op dat Van Leeuwen fouteer waar hy in sy *Censura Forensis*[112] verkondig dat die Romeinse *ex nudo pacto non oritur actio*-beginsel geresipieer is. In sy *Het Roomsch Hollandsch Recht* volg Van Leeuwen, De Groot se indeling van persoonlike regte wat uit 'toezegging' of 'onevenheid' kan ontstaan, sowel as die verdere indeling daarvan, nougeset na.[113] Hieruit blyk dit dat hy ook De Groot se algemene gedagtes ondersteun, dat beloftes wat ernstig aangegaan is, en 'toezegging' wat uit 'n redelike oorsaak gemaak is, afdwingbaar is.[114] Sy behandeling van die reële kontrakte, toon dieselfde tendense as by De Groot. By hierdie kontrakte is die ooreenkoms alleen nie genoeg nie. Lewering van 'n saak moet bykom om 'n afdwingbare kontrak daar te stel. As reële kontrakte noem hy die vier tradisionele *contractus re*, asook die *contractus innominati*. Hy maak dieselfde stelling as De Groot, naamlik dat daar gevolglik voor lewering geskied het, geleentheid vir terugtrede is. Dit is egter moontlik om die blote ooreenkoms

107. Commentarius ad Pandectas, Lugduni Batavorum 1698, ad D 2, 14 nr. 9.
108. ad D 12, 1 nr. 1.
109. Sien oor *mutuum* ad D 12, 1 nr. 1; oor *commodatum* ad D 13, 6 nr. 1; oor *pignus* ad D 13, 7 nr. 1 - hier onderskei Voet vyf soorte *pignus*, o.a. *conventionale* wat 'n *contractus re* is; oor *depositum* ad D 16, 3 nr. 1.
110. ad D 12, 4 nr. 6 en 19, 5 nr. 2.
111. ad D 2, 14 nr. 9.
112. 1, 4, 2 nr. 2.
113. Het Roomsch Hollandsch Recht, met note deur C.W. Decker, Amsterdam 1783, 4, 1.
114. Vgl. Feenstra, Pact and Contract (hierbo n. 6), p. 213.

in die vorm van 'n 'toezegging' te giet, op grond waarvan die partye gebonde sal wees uit hoofde van die 'toezegging'.[115]

Van Leeuwen wys daarop dat die terugtredingsreg, voordat daar enige prestasie was by *contractus innominati*, nie meer bestaan nie. Die rede hiervoor is dat 'n enkele 'toezegging' wat ernstig bedoel is, soos in die kanonieke reg, afdwingbaar is.[116] Hiervolgens het die *contractus innominati* wel 'n konsensuele karakter, maar dit kom tog vreemd voor dat Van Leeuwen hierdie kontrakte terselfdertyd ook as reëel klassifiseer.

Wat skrywers uit die 18de eeu betref, kan ons eerstens kortliks na Dionysius van der Keessel (1738-1816) verwys. In sy *Praelectiones* op De Groot se *Inleidinge*, maak hy die algemene stelling dat *ex nudo pacto apud nos nascitur actio*.[117] Wat die reële kontrakte betref volg hy De Groot presies na, en beskou dit as deel van die kategorie 'toezegging deur wetduiding met overkominge'.[118] Hierdie kontrakte kom slegs na lewering tot stand. Hy verwys na Groenewegen, wat van mening is dat terugtrede voor lewering nie moontlik is nie, in die lig van die Antwerpse keur. Van der Keessel verdedig egter die standpunt van De Groot, dat dit slegs so sal wees indien daar 'n uitdruklike 'toezegging' te dien effekte is.

Van der Keessel wyk egter af van De Groot wat betref die *contractus innominati*. Volgens hom kom hierdie kontrakte deur *consensus* alleen tot stand, aangesien 'n *nudum pactum* 'n aksie verleen. Daar bestaan dus geen moontlikheid op 'n terugtredingsreg ná die ooreenkoms voordat prestasie geskied het nie.[119]

Johannes van der Linden (1756-1835) voer aan dat kontrakte die mees algemene bron van verbintenisse is en dat alle kontrakte op wilsooreenstemming gebaseer is.[120] Uit sy bespreking van verbruikleen, bruikleen en bewaargewing is dit duidelik dat lewering telkens as vereiste gestel word.[121] Hy behandel nie die *contractus innominati* nie.

Ten slotte kan verwys word na Cornelius Decker wat teen die einde van die 18de eeu as advokaat in Amsterdam gepraktiseer het. In sy inleidende noot op boek 4, deel 2 van Van Leeuwen se *Het Roomsch Hollandsch Recht* laat hy hom soos volg uit.[122] Die Romeinse klassifikasie van kontrakte in vier kategorieë, het verval aangesien alle kontrakte deur *consensus* alleen tot stand kom. Vir die totstandkoming van 'n kontrak in sy tyd is daar drie vereistes: (i) die partye moet handelingsbevoegd wees, (ii) die ooreenkoms moet

115. 4, 5 nr. 1-3.
116. 4, 14 nr. 3.
117. Praelectiones iuris hodierni ad Hugonius Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam, uitgegee deur P. van Warmelo et al, Amsterdam/Kaapstad 1964, ad Gr 3, 6, 2.
118. ad Gr 3, 6, 1; 3, 6, 10-11.
119. ad Gr 3, 31, 8-9. Vgl. ook ad Gr 3, 31, 6.
120. Regtsgeleerd, practicaal en Koopmans Handboek, Amsterdam 1806, 1, 14, II.
121. Sien 1, 15, II oor verbruikleen; 1, 15, IV oor bruikleen; 1, 15, V oor bewaargewing. By 1, 15 VII oor pand bespreek hy nie lewering as vereiste nie.
122. Sien 4, 2 nr. 1 (hierbo n. 113) n. 1.

vrywillig wees met 'n ernstige bedoeling, en (iii) die prestasie moet moontlik wees en daar moet 'n redelike oorsaak wees. Decker bevraagteken die Romeinse benadering dat 'n ernstige onderneming om aan iemand geld te leen, geen afdwingbare kontrak sonder lewering daarstel nie. Dit sal die einde van alle *bona fides* beteken en alle ernstige afsprake in rook laat opgaan — dit stry teen die gesonde verstand in. Decker volstaan met hierdie inleidende opmerkings en kritiseer nie weer vir Van Leeuwen waar laasgenoemde die reële kontrakte bespreek nie.

Uit die voorafgaande bespreking, blyk dit dat die los drade van die Romeinse kontrakteleer in die Romeins-Hollandse reg verknoop is tot die algemene opvatting van *pacta sunt servanda*. Die Romeinse *contractus innominati* het uiteindelik ontwikkel tot konsensuele kontrakte in die ware sin van die woord. Dieselfde kan egter nie van die *contractus re* gesê word nie. Hierdie kontrakte het oor die algemeen hulle Romeinse reële karakter behou as 'n eiland in die see van *pacta sunt servanda*. Groenewegen se Antwerpse keur, die teenstrydige uitsprake van Voet en die opvattinge van Decker dui egter op die teendeel, maar hierdie skrywers is in die minderheid. Die stelling dat *pacta sunt servanda* in die 17de en 18de eeu in die Nederlande, die *algemene* kontrakteregleer beliggaam, kom gevolglik veralgemenend voor. Die *contractus re* is 'n duidelike uitsondering. Dit wil voorkom asof die rede hiervoor geleë is in die feit dat die algemene beginsel van *pacta sunt servanda* òf slegs met sekere tipes ooreenkomste soos die Romeinse *stipulatio* vereenselwig is, òf alleenlik met alle ooreenkomste buiten die vier erkende Romeinse kontrakstipes wat nog gelding geniet het in die Romeins-Hollandse reg. Dit was met ander woorde nie 'n algemene doktrine wat deurgesuur het tot alle vlakke van die kontraktereg nie.

Suid-Afrikaanse reg

In die onlangse beslissing van *Saridakis v Lamont*[123] wat oor *commodatum* gehandel het, het die hof gesteun op De Groot, Van Leeuwen en Van der Linden as gesag. Na aanleiding hiervan kan mens wonder in hoe 'n mate hierdie kontrak en die ander Romeinse *contractus re* hul reële karakter in die Suid-Afrikaanse reg behou het. 'n Nadere ondersoek van hierdie geskiedenis toon aan dat dieselfde annomaliëe wat in die Romeins-Hollandse reg aangetref is, in die Suid-Afrikaanse reg oorgespoel het.

Gedurende die tweede helfte van die 19de eeu, is die Engelse leerstuk van *valuable consideration*, deur hoofregter Lord Henry de Villiers in die Kaapse howe ingevoer. Hierdie leerstuk behels dat die een of ander *quid pro quo* gegee moet word deur die persoon aan wie 'n onderneming gemaak is, alvorens die ooreenkoms afdwingbaar sal wees. Dit is die geval in alle kontrakte behalwe dié wat gesluit is 'by deed under seal'.[124] Waarskynlik

123. Hierbo n. 10.

124. Sien in die algemeen oor *valuable consideration* Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 504-507, 554-556; Joubert, Contract (hierbo n. 6), p. 30-31; M.W. Scheltema, Het

het hierdie benadering van die Engelse *common law* gegroei uit die Romeinse beginsel van *ex nudo pacto non oritur actio*.[125] In 'n reeks beslissings het Lord de Villiers aangevoer dat die Engelse *consideration* en die Romeins-Hollandse *causa* een en dieselfde ding is. Hierdie benadering het ook in Natal posgevat. In die Transvaalse en Vrystaatse howe is die benadering verwerp. Dáár is, veral onder leiding van hoofregter Sir John Kotze, verkondig dat die Romeins-Hollandse *causa* neerkom op die ernstige bedoeling om gebonde te wees en dat dit hemelsbreed verskil van *valuable consideration*.[126] Verskeie skrywers gedurende hierdie periode, het hierdie strydvraag in behandeling geneem en daarop gewys dat die standpunt van die Transvaalse howe die korrekte een is en te verkies is.[127] Hierdie gekibbel sou aanhou tot in 1919.

Gedurende hierdie tydperk, toe die algemene kontrakteleer ten dele onder Engelse invloed gestaan het, is ook die *contractus re* in die besonder, deur Engelse beïnvloeding geraak. Die tendens het posgevat om die Romeinse en Romeins-Hollandse reële kontrakte te vereenselwig met die Engelse *bailments*. Volgens die definisie van Story behels 'n *bailment* 'a delivery of a thing in trust for some special object or purpose, and upon a contract express or implied to conform to the object or purpose of the trust'.[128] Onder *bailments* is *commodatum, depositum* en *pignus*, maar ook *mandatum* (lasgewing) en *locatio et conductio* (huurkontrak) tuisgebring. Die verskil tussen *bailments* en die *contractus re* is geleë in die feit dat by *bailments* dieselfde saak teruggee moet word, daarom sluit dit nie *mutuum* in nie. Verder het *bailments* slegs op roerende sake betrekking. Skrywers oor hierdie onderwerp het egter deurgaans gewys op die merkwaardige ooreenkomste tussen die twee instellings, en het by die behandeling van die Romeins-Hollandse reële kontrakte as *bailments*, sterk gesteun op Romeinse en Romeins-Hollandse bronne. Die gevolg hiervan was dat al hierdie kontrakte, veral in lig van die genoemde gesag, as reëel gesien is, met ander woorde dat lewering noodsaaklik is vir die totstandkoming daarvan.[129]

causa-beginsel, BW-krant Jaarboek 1993 (Beginselen van vermogensrecht), p. 152-154. Vgl. Christie, Contract (hierbo n. 41), p. 11: 'English law, in fact, unlike Roman-Dutch law, enforces bargains not promises.'

125. G.T. Morice, English and Roman-Dutch law, Grahamstown/London 1903, p. 73; M. Nathan, Common Law of South Africa, 1913, p. 593; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 555.
126. Sien vir 'n bespreking van hierdie hele geskiedenis, Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 556-557; Joubert, Contract (hierbo n. 6), p. 32-33; Christie (hierbo n. 41), p. 10-13.
127. Morice, English and Roman-Dutch Law (hierbo n. 125), p. 71-74; J.W. Wessels, History of the Roman-Dutch Law, Grahamstown 1908, p. 573-574; T.J. Roos en H. Reitz, Principles of Roman-Dutch Law, Grahamstown 1909, p. 105-106; Nathan, Common Law of South Africa (hierbo n. 125), p. 593-601; R.W. Lee, An Introduction to Roman-Dutch Law, Oxford 1915, p. 197-199. Sien ook Kotze se noot in sy vertaling van Van Leeuwen se Het Roomsch Hollandsch Recht: Commentaries on Roman-Dutch Law, vol. 2, London 1886, ad 4, 2 nr. 13.
128. Soos aangehaal deur W. Burge, Commentaries on the Civil Law and the Law of Holland, Cape Town 1887, p. 216.
129. Sien Burge, Commentaries (hierbo n. 128), p. 216-236; Morice, English and Roman-

Maar in hierdie tyd vind mens ook die benadering van Josson wat suiwer Romeins-Hollands is.[130] Hy toon aan, met 'n beroep op Van der Linden en Van Leeuwen, dat 'n redelike oorsaak genoegsaam is om kontrakte oor die algemeen tot stand te bring. Vir die benoemde kontrakte geld egter boonop besondere, eiesoortige vereistes. In die lig hiervan is die *contractus re* suiwer reëel. Josson[131] toon aan dat die *contractus innominati* slegs deur algemene reëls van die kontraktereg beheer word en deur blote wilsooreenstemming tot stand kom. Nathan[132] fundeer aan die ander kant die afdwingbaarheid van die *contractus innominati* op Engelse reg, deurdat die wederkerige belofte tot prestasie van die teenparty, genoegsame *consideration* bied.

In 1910 is die vier provinsies verenig in die Unie van Suid-Afrika en is die appèlafdeling van die Hooggeregshof in Bloemfontein, ingestel as die hoogste hof van appèl binneslands. Hierdie hof, wat nou vir eenvormige regspleging in die hele land kon sorg, moes in 1919 uitsluitsel gee oor die geskil tussen die Kaapse en die Transvaalse howe. In die beslissing van *Conradie v Rossouw*,[133] het die appèlhof beslis dat *valuable consideration* en die *causa* van die Romeins-Hollandse reg nie dieselfde is nie. Daar is bevind dat *valuable consideration* nie deel van die Suid-Afrikaase reg vorm nie. In ons reg kom kontrakte oor die algemeen ooreenkomstig die Romeins-Hollandse reg deur blote *consensus* tot stand, mits daar 'n *iusta causa* is. Oor hierdie vereiste aanvaar die hof dat 'a good cause of action can be founded on a promise made seriously and deliberately and with the intention that a lawful obligation should be established.'[134] Hierdie is steeds die heersende opvatting.[135]

Die hof maak egter die opmerking dat, in die lig van die *ex nudo pacto oritur actio*-beginsel in die Romeins-Hollandse reg, die reële kontrakte sowel as die *contractus innominati* deur blote wilsooreenstemming tot stand kon kom.[136] Hierbo is egter aangetoon dat hierdie stelling wel uiteindelik korrek is wat laasgenoemde tipe kontrakte betref. Dit gee egter nie die Suid-Afrikaanse gemeenregtelike posisie insake reële kontrakte korrek weer nie. Verder, vir sover die hof by implikasie wil beweer dat reële kontrakte in die moderne Suid-Afrikaase reg suiwer konsensueel is, is die uitlating 'n duide-

Dutch Law (hierbo n. 127), p. 104-112; Nathan, Common Law of South Africa (hierbo n. 125), p. 1112-1128.

130. M. Jossen, Schets van Het Recht van de Zuid-Afrikaansche Republiek, Gent 1897, p. 218-220, 291-295.
131. Schets, (hierbo n. 130), p. 219.
132. Common Law of South Africa (hierbo n. 125), p. 562-563.
133. 1919 AD 279.
134. Die kopstuk van die saak asook p. 288, 297, 324.
135. *Saambou-Nasionale Bouvereniging v Friedman* 1979 3 SA 978 (A). Daar bestaan egter gevalle waar wetgewing sekere vormvereistes vir die afdwingbaarheid van kontrakte stel. In die lig van die Wet op Vervreemding van Grond, 68 van 1981 moet 'n koopkontrak van grond op skrif wees. Die Wet op Kredietooreenkomste, 75 van 1980 berpaal weer byvoorbeeld dat by 'n kredietooreenkoms 'n deposito betaal moet word.
136. Hierbo n. 133, p. 310.

like *obiter dictum*. In *Conradie v Rossouw* het dit nie oor 'n reële kontrak gehandel nie maar oor 'n opsie om te koop.

Conradie v Rossouw het nie meegebring dat al die reële kontrakte hul reële karakter totaal verloor het en opgelos het in die algemene leer van konsensualiteit nie. Dit kom duidelik na vore in die latere werke van sekere skrywers en in die opmerkings van die howe oor hierdie gevalle.

Aan die een kant is daar skrywers wat aanvaar dat kontrakte oor die algemeen deur blote wilsooreenstemming tot stand kom, maar dan tog die tradisionele Romeinse *contractus re* as reëel behandel. Wessels, in 1937, verkondig byvoorbeeld dat die ernstige bedoeling van die kontrakterende partye vereis word en dat 'n ooreenkoms wat hieraan voldoen onmiddellik 'n verbintenis skep. Maar dan onderskei hy gevolge wat gemeenskaplik aan alle kontrakte is, van gevolge wat te doen het met kontrakte wat eers ná lewering van 'n saak ontstaan. *Mutuum, commodatum, depositum* en *pignus* val in laasgenoemde kategorie.[137] Gane, in sy geselekteerde vertaling van Voet, merk in 1955-1956 op dat Voet se bespreking van *mutuum* en *commodatum* 'n akkurate weergawe van die heersende regsposisie is en dat die howe nog nie daarvan afgewyk het nie.[138] In die 1978-uitgawe van Maasdorp se *Institutes* word *mutuum* as *contractus re* behandel. Zimmermann[139] is in 1990 van mening dat die posisie met betrekking tot *commodatum* in Suid-Afrika sowel as Europa en Engeland grotendeels onveranderd gebly het sedert die Romeinse reg — so veel so, dat die Romeinse juris Paulus sy weg met gemak deur die moderne reg sou kon vind.

Aan die ander kant is daar skrywers wat nie prontuit beweer dat die ou *contractus re* vandag steeds reëel van aard is nie, maar uit wie se behandeling van die onderwerp geen ander afleiding gemaak kon word nie. Hulle definieer telkens *mutuum, commodatum* en *depositum* met die klem op die leweringselement, byvoorbeeld: '*mutuum* ... is a contract whereby one person delivers some fungible thing to another,' of '*commodatum* ... is a contract whereby one person hands over something to another ...'. Wanneer die verpligtinge van die onderskeie kontrakspartye dan vervolgens gehandel word, word die plig van die uitlener om te lewer, of dié van die bewaarnemer om ontvangs te neem, hoegenaamd nie as 'n kontraktuele plig aangegee nie. Dit sou tog 'n logiese kontraktuele plig voortspruitend uit die kontrak wees, indien die kontrakte konsensueel sou wees! Telkens egter word die lener en bewaarnemer se plig

137. J.W. Wessels, The Law of Contract in South Africa, vol. 1, Johannesburg 1937, p. 22-23, 619-623.
138. Gane, The Selective Voet being the Commentary on the Pandects by Johannes Voet, Durban 1955-1957, die inleidende kommentaar ad 12, 1 en 13,6.
139. A.F.S. Maasdorp, Maasdorp's Institutes of South African Law, vol. III, 9de uitgawe deur C.G. Hall, Cape Town 1978, p. 83.

tot teruggawe beklemtoon.[140] Dit is dieselfde tendens as wat in Duitsland onder skrywers van die 'Realvertragstheorie' aangetref word.[141]

Hierdie benadering kom ook in ons regspraak voor. In *Moser v Meiring*[142] word *mutuum*, met 'n beroep op Voet, gedefinieer as 'a contract by which a fungible thing is delivered to another who undertakes to return a thing of the same kind, quality and quantity.' In *Minister of Posts and Telegraphs v Daddy Bros. and Johnstone*[143] aanvaar die hof Lee en Honoré se omskrywing van *depositum* as 'a contract whereby one person delivers to another a thing to be kept by him gratuitously or for reward and returned on demand.'[144] In *Adamson v Boshoff*[145] aanvaar die hof Cooper se definisie van *commodatum* as 'a contract whereby one person (the lender) delivers property to another person (the borrower) ... to be returned to the lender ...'

Dan weer is daar 'n skrywer soos Joubert wat aanvoer dat die ou reële kontrakte vandag alleenlik deur wilsoorenstemming tot stand kom.[146] Joubert pas hierdie stelling suiwer toe. In sy behandeling van *mutuum* en *commodatum* lys hy telkens, anders as die skrywers hierbo genoem, die plig van die uitlener om te lewer as 'n plig voortvloeiend uit die afspraak tussen die partye.[147] Maar Joubert se opvatting oor die konsensuele aard van hierdie kontrakte staan nie op rotsvaste fondamente nie. Eerstens kom dit eienaardig voor dat hy ten spyte van sy voorgestelde konsensuele aard van die kontrakte, die verpligting van die lener tot teruggawe, as die 'main obligation' van die kontrak sien.[148] Hierdie benadering gaan nie op, indien mens soos Zimmermann[149] aanvaar dat geld in die eerste plek nie uitgeleen word sodat dit teruggegee kan word nie, maar eerder sodat die lener dit kan gebruik. Tweedens steun sy gesag hom nie. Joubert steun hoofsaaklik op *Conradie v Rossouw* en voer in die lig van hierdie uitspraak aan: '[f]rom this it appears that a promise to lend ... is enforceable by action.' Hierbo is aangetoon dat die opmerkings in *Conradie v Rossouw* oor die *contractus re*, nie die gemeenregtelike posisie korrek weergee nie en dat dit bloot as *obiter* geld ten aansien van die moderne Suid-Afrikaanse reg in hierdie verband.

140. Sien bv. R.W. Lee en A.M. Honoré, The South African Law of Obligations, 2de uitgawe deur E. Newman en D.J. McQuoid-Mason, Durban 1978, p. 125-132; D. Hutchinson et al, Wille's Principles of South African Law, 8ste uitgawe, Cape Town 1991, p. 576-583.
141. Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 164-165. Sien ook i.v.m. *depositum*, dieselfde tendens by D.H. Bester, Deposit, in Law of South Africa, (red. W.A. Joubert) vol. 8, Durban 1979, p. 118-121.
142. 1931 OPD 74, op p. 77.
143. 1965 3 SA 394 (OK) op p. 396.
144. Die omskrywing in hierdie saak is nagevolg in *Smith v Minister of Lands and Natural Resources* 1980 1 SA 565 (Z) op p. 571; *Socrat v Electra Rubber Products* 1981 3 SA 722 (Z) op p. 724.
145. 1975 3 SA 221 (K) op p. 225.
146. Joubert, Contract (hierbo n. 6), p. 33 m. 61.
147. Joubert, Loan (hierbo n. 11), p. 200-207.
148. Loan, hierbo, p. 200, par. 270.
149. n. 64 hierbo.

Vir sover Joubert daarop wys dat *pignus* (pand) vandag as 'n konsensuele kontrak gesien word, is hy korrek - dit word algemeen so aanvaar.[150] Dieselfde geld ook vir die *contractus innominati* en in hierdie geval is die situasie heeltemal in ooreenstemming met die ontwikkelinge in ons Romeins-Hollandse gemenereg.[151]

SLOTBESKOUING

Benewens die gevalle van pand en die onbenoemde kontrakte, bestaan daar geen afdoende gemeenregtelike of ander gesag in Suid-Afrika dat die kontrakte van verbruikleen, bruikleen en bewaargewing konsensueel van aard is nie. In hierdie verband oefen die Romeinse reg steeds via die Romeins-Hollandse reg sy invloed uit. Hierdie kontrakte is histories gesien as vriendskapsdienste wat gratis verrig word, en vanuit daardie perspektief maak die reële karakter daarvan sin. Maar dit kan nie ontken word dat aard van die moderne samelewing, nie vergelykbaar met dié van die Romeinse gemeenskap of die 17de en 18de eeuse sosiale maatskappy van die Nederlande is nie. In die lig van moderne ekonomiese behoeftes kan 'n sterk argument seker uitgemaak word dat verbruikleen, spesifiek wat geldlening betref, eerder as konsensueel gesien moet word. Die vraag is egter of dieselfde argument deug vir ander gevalle van verbruikleen, asook vir bruikleen en bewaargewing. Aan die een kant is die dikwels vriendskaplike karakter van hierdie kontrakte 'n oorweging. Dit maak waarskynlik 'n eis vir spesifieke nakoming, bloot op grond van die afspraak tussen die partye, ongewens. Dit is ook moontlik die rede waarom hierdie gevalle selde voor die howe dien. Aan die ander kant is dit so dat 'n kontrak nie slegs deur spesifieke nakoming afgedwing kan word nie, maar ook deur 'n eis vir skadevergoeding. 'n Party kan byvoorbeeld soms skade ly op grond van 'n belofte om te leen of om in bewaring te neem, wat nie materialiseer nie. Maar dan is die vraag of die *boni mores*, gegewe die vriendskaplike aard van hierdie kontrakte wat terselfdertyd ook gratis is, verg dat skadevergoeding toegestaan moet word. Wat die *boni mores* binne die Suid-Afrikaanse konteks betref, moet ten slotte spesifiek gelet word op die feit dat ooreenkomstig die inheemse reg van die swart volkere, alle kontrakte reëel van aard is.[152] Die 1993-grondwet bepaal dat sowel die inheemse reg as die gemenereg uitgelê moet word teen die agtergrond van die menseregtehandves.[153] Op hierdie wyse maak die grondwet voorsiening vir die volgehoue toepassing van inheemse reg. Die opinie is onlangs uitgespreek dat ernstige

150. Sien *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) 611; G.F. Lubbe, Mortgage and Pledge in the Law of South Africa, (red. Joubert) vol. 17, Durban 1983, p. 366, 485; T.J. Scott en S. Scott, Wille's Law of Mortgage and Pledge in South Africa, Cape Town 1987, p. 46-47; De Wet en Van Wyk, Kontraktereg (hierbo n. 6), p. 402.
151. Sien Maasdorp, The Institutes of Cape Law, Book III The Law of Obligations, Cape Town 1924, p. 371-372.
152. Sien bv. F.P. van R. Whelpton, Die Inheemse Kontraktereg van die Bakwena Ba Mogopa van Hebron in die ODI I Distrik van Bophuthatswana, (LLD-proefskrif, UNISA) 1991.
153. Art. 35 (3), Wet 200 van 1993.

aandag in die toekoms gegee sal moet word aan die intergrering van Westerse en inheemse reg op die gebied van die kontraktereg.[154] Vir sover as wat hierdie integrering noodsaaklik sal wees, kan die gemeenregtelike reële kontrakte 'n waardevolle vergemaklikende rol speel. Dit is gevolglik te betwyfel of daar gesê kan word dat die reële kontrakte geen plek binne die moderne konteks het nie.

154. A. van Aswegen, The Future of South African Contract Law, referaat gelewer tydens 'n simposium: The Future of the South African Private Law, op 25 Augustus 1993, aan die Universiteit van Suid-Afrika.

De dynamiek van de lijdelijkheid

*P.C. Kop**

1. Een pleidooi voor het handhaven van de lijdelijkheid van de rechter zal in het heden niet op veel enthousiaste bijval kunnen rekenen. Ik zal zo'n pleidooi in die algemeenheid ook niet houden. Wel wil ik in deze bijdrage enige vraagtekens zetten bij de huidige discussie over de vraag of de (burgerlijke) rechter al dan niet lijdelijk dient te zijn en daarbij tevens enige kanttekeningen maken vanuit het perspectief van de rechter.

2. De discussie over het begrip 'lijdelijkheid' heeft een nogal theoretisch karakter. Zij heeft daardoor soms weinig met de rechterlijke praktijk te maken. Het is makkelijk neergeschreven dat de lijdelijkheid is uitgediend en moet worden afgeschaft. Daarbij past echter wel een nadere bepaling van het begrip. Het kan niet zo zijn dat het als een vergaarbak functioneert, waarin elementen van lijdelijkheid een constituerende rol spelen doch daarnaast evenzeer elementen van een in de persoon van de rechter geprojecteerde, verplichte passiviteit — hetgeen iets geheel anders is —, om het over elementen van rechterlijke luiheid nog maar niet te hebben. Dan ligt het namelijk voor de hand te roepen dat de lijdelijkheid moet verdwijnen. Daarover kan men het wel eens worden. Lastig is het dat een dergelijk fantasie-begrip soms wordt gebruikt om de praktijk van het burgerlijk geding (te trachten) te analyseren. Uit die analyse worden dan consequenties getrokken die erop neerkomen dat met een grote-stappen-gauw-thuis redenering tamelijk achteloos de gehele dagvaardingprocedure naar de prullemand wordt verwezen.[1] Dan is de discussie op een oneigenlijk en daarmee vrij moeizaam spoor beland. Die discussie is in wezen ook achterhaald, de geschiedenis voorbij.[2] Cleveringa was in zijn tijd al een stuk verder, zoals ook Star Busmann en Haardt.

3. Het lijkt soms wel — het moge in dit verband ten overvloede worden opgemerkt — of het denken over de grondbeginselen van ons burgerlijk procesrecht een niet geringe achterstand heeft op de huidige, nieuw-zakelijke

* Mr. P.C. Kop is raadsheer in het Gerechtshof te Amsterdam.

1. Zo A.F.M. Brenninkmeijer in Burgerlijk procesrecht als Publiekrecht, Zwolle 1993.
2. Onder verwijzing naar de hiervoor door W.D.H. Asser gehouden rede 'Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?'.

(no-nonsense) benadering van het procesrecht. Vanuit de praktijk worden vele veranderingen voorgesteld, stroomlijningen aangebracht, nieuwe en strakkere procedures voorgesteld én geïntroduceerd,[3] maar het daarbij behorende, grondig doordachte theoretische kader tref ik nog niet (in uitgewerkte vorm) aan.[4]

4. Als iets uit de huidige discussie ook blijkt dan is het (alweer) dat de (rechts)geschiedenis zo licht kan functioneren als bron van het anti-beeld. Een verwijzing naar de negentiende eeuw als de periode waarin de rechter ten onrechte en op een verwerpelijke wijze lijdelijk zou zijn geweest, kan immers worden gebruikt als extra-argument om de noodzaak tot verandering in het heden nadruk te geven. Zo wordt er in een recent proefschrift over de lijdelijkheid gesproken over de uiterst passieve houding van de Nederlandse rechter in de periode van 1838-1881, benoemd tot de 'bloeitijd van de lijdelijkheid'.[5] Schrijfster beroept zich daarbij onder meer op een geschrift van mij over het legisme in de negentiende eeuw.[6] Welnu, nieuwsgierig geworden en met enige verbazing heb ik dat nagezocht maar die uiterst passieve houding heb ik nergens gevonden. Het is m.i. ook te gemakkelijk om opkomst en ondergang van het legisme enerzijds en van de lijdelijkheid anderzijds zo zonder meer parallel te schakelen.

5. Langzamerhand komen er steeds meer studies, gewijd aan de negentiende eeuw, op de markt. In hoofdzaak blijven deze beperkt tot een analyse van de ontwikkelingen in de rechtstheorie. Dat is terecht want waar gebrek aan mankracht is — hetgeen in de rechtshistorische wereld helaas het geval is —, dienen prioriteiten te worden gesteld en kunnen niet alle aspecten van een historische ontwikkeling tegelijkertijd aan de orde worden gesteld. Het is dus niet verwonderlijk dat de invloed van de rechtstheorie op de rechterlijke praktijk aan de hand van jurisprudentie-onderzoek tot nu toe nog niet systematisch aan bod is gekomen.[7] Uit het boek van Van Boneval Faure,[8] uit de invloedrijke geschriften van Duitse schrijvers valt minimaal het vermoeden — maar ook niet meer dan dat — af te leiden dat de rechter in de negentiende eeuw zich lijdelijk opstelde (in de betekenis die in dat tijdperk aan dat begrip werd gegeven) maar zeker weten doen we dat niet. En altijd weer blijkt dat nader onderzoek dan voor verrassingen kan zorgen.

6. Zo is het ook in het heden. De zeven (of acht) harde beginselen van het

3. Zie bijvoorbeeld recentelijk H. van Breda, Het kort geding als donor voor de bodemprocedure nieuwe stijl?, in NJB 1993 (jrg. 68), blz. 1197 e.v.; zie ook het Advocatenblad 1993 (jrg. 73), nummer 15: Efficiency in het geding; zie voorts de Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 121e jrg./1991-I, Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak (preadviezen van A.F.M. Brenninkmeijer, P.C.E. van Wijmen en J.H. Blaauw).
4. Zie met betrekking tot het voorontwerp voor boek I Rechtsvordering (onder meer) A.F.M. Brenninkmeijer, Rechtsvordering: een uitdaging voor de wetgever, in NJB 1994, blz. 317.
5. J.E. Bosch-Boesjes, Lijdelijkheid in geding, Deventer 1991, blz. 23.
6. P.C. Kop, Legisme en Privaatrechtswetenschap, Deventer 1982 (2e druk 1992).
7. Uitzonderingen zijn er altijd. zo bijvoorbeeld G.E. van Maanen, Onrechtmatige daad. Aspekten van de ontwikkeling en struktuur van een omstreden leerstuk, Deventer 1986.
8. R. van Boneval Faure, Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht, 5 dln., Leiden 1893-1901.

Nederlandse burgerlijk procesrecht mogen tot het vaste gedachtengoed van de jurist worden gerekend.[9] Wat er echter in de praktijk van terecht komt, is een geheel ander verhaal. Alleen daar, waar die beginselen een concrete uitwerking in het positieve recht hebben gekregen is hun directe invloed te traceren. Dat is niet onlogisch. Die beginselen zijn niet zozeer normen voor de rechtspraktijk als wel elementen in het analytisch apparaat van de theoreticus. Hij probeert met behulp van deze beginselen het geheel van regels van het procesrecht doorzichtig te maken en tracht daarmee overigens — al dan niet voorzichtig — de richting van het ius constituendum te bepalen. Daarmee komt die beginselen op zich nog geen rechtskracht toe.

7. Het aardige is nu dat in de huidige, steeds meer opflakkerende discussie inzake de geschiedenis van het begrip lijdelijkheid nagenoeg altijd wordt verwezen naar de oratie van Chorus maar dat niet of — voorzichtiger geformuleerd — niet altijd blijkt dat deze oratie ook is verwerkt in het debat.[10] Daarom ga ik daar nu dieper op in.

8. Chorus stelt — terecht — dat het één van de taken van de historicus is over dit soort begrippen 'helder licht te laten schijnen, om de jurist van vandaag te bevrijden van stukjes dogmatiek die overtollig zijn geworden'.[11] Vervolgens legt hij aan de hand van het hoofdwerk van Van Boneval Faure uit, hetgeen deze met de lijdelijke rechter bedoelt: 'We zien nu dat daar slechts twee dingen zijn bedoeld. Het ene, dat het aanleggen en het voortzetten van een geding zaak van de partijen zijn. Niemand kan gedwongen worden zijn recht te handhaven met een procedure. Geen klager, geen rechter. Het andere dat Faure op het oog heeft, is de omvang van de strijdpunten waarop de rechter beslist. Ook deze hangt af van wat de partijen in het geding doen. De eiser en de gedaagde brengen de feiten in het geding en alleen zij ontlenen aan de feiten hun zogeheten "rechtsmiddelen". De rechter mag in zijn vonnis niets méér aan de eiser toewijzen dan wat deze partij heeft gevorderd. Hij mag ook niets van de eis onbesproken laten, hij moet uitspraak doen op elk gedeelte van de eis'.[12]

9. In W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, Utrecht 1991 (16e druk), worden de volgende acht hoofdbeginselen genoemd: 1. Hoor en wederhoor — gelijkheidsbeginsel; 2. onpartijdigheid van de rechter; 3. openbaarheid van behandeling en uitspraak; 4. motivering van de beslissing; 5. partij-autonomie; 6. onderzoek en beslissing in twee instanties; 7. toezicht op de rechtspraak door middel van cassatie; 8. verplichte procesvertegenwoordiging. Zie ook K. Wiersma, Administratieve en burgerlijke procesgangen, beginselen en organisatie, in Een goede procesorde (Haardt-bundel) Deventer 1983, blz. 131 e.v.
10. J.M.J. Chorus, De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip, Deventer 1987. Zie van dezelfde schrijver 'The judge's role in the conduct of civil proceedings', in Comparative and historical essays in scots law (A tribute to Professor Sir Thomas Smith QC) (Edited by D.L. Carey Miller and D.W. Meyers), Edinburgh 1992.
11. Chorus, op. cit., blz. 6.
12. Chorus, op. cit., blz. 6/7. Het lijkt zo logisch; de rechter mag in zijn vonnis niets méér aan de eiser toewijzen dan wat deze partij heeft gevorderd. Zie echter thans Benelux-Gerechtshof 17 december 1992, NJ 1993, 545, waarin is geoordeeld dat de rechter (onder omstandighe-

9. Chorus vervolgt met een uiteenzetting over de Duitse achtergronden van het door Faure geschrevene. En wat blijkt (althans als we uitgaan van de analyse van Chorus): dat zowel het Verhandlungsmaxime[13] als het Untersuchungsmaxime[14] niet primair de lijdelijkheid als passiviteit normatief stellen maar de lijdelijkheid vanuit — in modieuze termen gezegd — een positieve grondhouding benaderen, zeg maar: daarin een actief beginsel zien, een dynamisch beginsel. 'Bij beide Maximen gaat het erom voor de partijen, die in de werkelijkheid buiten de rechtszaal onderling zozeer ongelijk zijn, binnen het geding een zo groot mogelijke gelijkheid te scheppen'.[15]

10. Zo behoort het beginsel ook in het moderne recht te worden benaderd. De lijdelijkheid dient te worden besproken in termen van wat de rechter mag en moet: hij moet — in een parafrase van Chorus — de goede procesorde handhaven, de feiten vaststellen, de rechtsregels aanvoeren, deze toepassen en beslissen op alle onderdelen van eis en verweer, die in het geding zijn gebracht en daarin ook zijn gebleven.[16] Onlosmakelijk hiermee is verbonden de partij-autonomie: 'de vrijheid van het rechtssubjekt om over zijn rechten te beschikken en om zijn rechten al dan niet te doen gelden'.[17] De gedingvoerende heeft — om Chorus voor de laatste keer aan te halen — de macht 'te disponeren over het procederen'.[18]

11. Op het moment dat lijdelijkheid en partij-autonomie als twee kanten van dezelfde medaille worden geschetst, wordt niet alleen de samenhang met een aantal belangrijke beginselen van ons huidig (materiële) privaatrecht duidelijk — de contractsvrijheid, de testeervrijheid etc. (althans wat ons daarvan rest) — doch ook met andere beginselen van procesrecht. Daarbij stel ik het uitgangspunt voorop dat partijen bepalen waarover zij procederen alsmede het beginsel van hoor en wederhoor.[19] En, meer afgeleid, houdt de

den) een hogere dwangsom mag opleggen dan is gevorderd: '9. Overwegende dat toch uit de opzet van de Eenvormige Wet (...) voortvloeit, dat de vaststelling van de hoogte van de dwangsom, d.i. een dwangmiddel om de uitvoering van een rechterlijke uitspraak te verkrijgen, niet aan de beoordeling van de eiser wordt overgelaten, doch uitsluitend onder de bevoegdheid van de rechter ressorteert. 10. Overwegende dat daaruit volgt dat de rechter niet door de aanwijzing van de eiser met betrekking tot de hoogte van de dwangsom gebonden is'. De vordering is derhalve tot aanwijzing getransformeerd. Over deze problematiek al eerder Th.B ten Kate, Kort geding en dwangsom, in Vorm en wezen (Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk), Utrecht 1991, blz. 145 e.v.

13. Bij het Verhandlungsmaxime ligt de verantwoordelijkheid voor het feitenmateriaal dat in het geding komt, bij partijen; hulp van rechtsgeleerde raadslieden dient verplicht te worden gesteld. Vgl. Chorus, op. cit., blz. 8.
14. Bij het Untersuchungsmaxime ligt de verantwoordelijkheid voor het feitenmateriaal dat in het geding komt, bij de rechter. De hulp van advocaten wordt overbodig, ja zelfs onwenselijk geacht. Vgl. Chorus, ebd.
15. Chorus, op. cit., blz. 8.
16. Chorus, op. cit., blz. 4/5.
17. Chorus, op. cit., blz. 4.
18. Chorus, op. cit., blz. 4. Zie ook Hugenholz/Heemskerk, op.cit., blz. 12.
19. Vgl. W.D.H. Asser, Salomo's wijsheid (Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen), Utrecht 1992. Zie eveneens H.E. Ras in zijn bespreking van het proefschrift van

discussie over de formele dan wel materiele waarheid van de door partijen in een procedure geïntroduceerde feiten hiermee ook verband.[20] Ik werk dit verder uit doch niet na nogmaals de nadruk er op te hebben gelegd dat lijdelijkheid en partij-autonomie de kanten van één medaille zijn dus — ook — onderscheiden moeten worden. Het ene beginsel ziet op de rechterlijke activiteit, het andere op de activiteit van de procesvoerende partijen.[21]

12. Voor ik mij nu nader verdiep in de actieve kanten van de lijdelijkheid — de lijdelijkheid staat ergens voor en spoort soms juist aan tot activiteit (daarmee het woord contradictoir aan de dagelijkse betekenis ervan bepalend) — wil ik eerst wat ruis uit de discussie over de lijdelijkheid halen. Die ruis zorgt voor misverstanden.

13. Een belangrijk misverstand schuilt in de veronderstelling dat, als men alle bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering naleest en vervolgens die bepalingen optelt, waarbij de rechter iets niet mag doen ofwel waarbij hem geen bevoegdheden zijn opgedragen, de kern van de lijdelijkheid is getroffen.[22] Welnu, daarmee is (nog) niets getroffen. Pas daarna kan het eigenlijke werk beginnen.[23]

14. Een volgend misverstand schuilt in de veronderstelling dat men alleen naar de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering hoeft te kijken om de kern van lijdelijkheid te analyseren. In het huidig BW wordt immers de rechter een keur van bevoegdheden gegeven, waarvan hij soms mag en in sommige gevallen ook moet gebruik maken en waardoor zijn bevoegdheid (en mogelijkheid) in te grijpen in de procesvoering én in de toepassing van het door partijen gewenste materiële recht ten opzichte van een aantal decennia geleden ongelooflijk is toegenomen. Een goed begrip van de aan partijen resterende autonomie en de daarmee verbonden lijdelijkheid van de rechter valt zonder het erbij betrekken van deze bepalingen niet meer te verkrijgen. Curieus is in dit verband dat deze toename van bevoegdheden wel aanleiding heeft gegeven tot rekensommen over de meerdere werkbelasting van de rechter maar (nog) niet tot herziening van het oude beeld van de lijdelijkheid of tot opstand ter verdediging van de bedreigde partij-autonomie. Uiteraard verdient deze problematiek een apart opstel. Hier is immers het vraagstuk aan de orde of en zo ja, in hoeverre, de rechter door gebruik te maken van zijn (nieuwe) discretionaire bevoegdheden kan en mag inbreken in het debat van partijen.

15. Het voornaamste misverstand schuilt evenwel in de gelijkstelling van

Vriesendorp (Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding), in NJB 1971, blz. 100 e.v.

20. Vgl. H.C.F. Schoordijk, 'De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht', in WPNR 1989 (jrg. 120 nr.5937), blz. 680 e.v.
21. Zie bijvoorbeeld W. Hugenholz en W.H. Heemskerk, op. cit., blz. 12/13.
22. Dat is naar de kern genomen de werkwijze van J.E. Bosch-Boesjes in haar hiervoor in noot 6 genoemde proefschrift.
23. Zie — onder meer — de recensie van het proefschrift van Bosch-Boesjes door S.V. Hoogendijk-Deutsch in Trema 1994-1, bladzijde 31/32.

lijdelijkheid met passiviteit. De rechter zou zich bijvoorbeeld niet met het tempo van de procesvoering van partijen mogen bemoeien. Dat nu is — in deze algemeenheid — niet waar en veeleer is het tegendeel gewenst. De rechter zou zich ook in het geval dat partijen gezamenlijk feiten als waar presenteren, verder niet met het vaststaan van die feiten mogen bemoeien. Dat is in die vorm ook niet (meer) juist.

16. Voorts is de veronderstelling dat de rechter in de verzoekschrift procedure niet lijdelijk zou zijn in die ongenuanceerde vorm niet waar. Dat geldt zeker voor de niet klassieke verzoekschriftprocedures.

17. Het begrip lijdelijkheid zonder ruis zou ik lijdelijkheid in enge zin willen noemen. Met ruis ware te spreken over de vulgaire opvatting van de lijdelijkheid. Dat is niet pejoratief bedoeld. Die vulgaire lijdelijkheid vervult soms in het proces een zeer aardige rol. Ik kom daarop nog terug.

18. De genoemde misverstanden — en ik heb bepaald niet alle opgesomd — leiden er soms toe (het is reeds gezegd) dat sommige schrijvers roepen: weg met de lijdelijkheid (en op naar de verzoekschrift-procedure). Daarmee gooien zij derhalve ook de partij-autonomie over boord. Dat is niet alleen onwenselijk doch gezien de structuur en de dragende principes van ons rechtsysteem ook vrijwel ondenkbaar.[24]

19. Partij-autonomie betekent in de eerste plaats dat partijen bepalen waarover zij procederen. Dit beginsel heeft zijn uitwerking gekregen — ik noem slechts een paar elementen — in de dagvaardingsprocedure, in de eisen die zijn gesteld aan de formulering van het petitum en van de aan het petitum ten grondslag liggende gronden, evenals in de eisen, gesteld aan de formulering van de weren en het stadium van de procedure waarin deze kunnen worden opgeworpen e.t.q. Het is de door partijen aan het proces gegeven reikwijdte.[25]

20. Deze uitgangspunten hebben ook neveneffecten, die elk voor zich weer een eigen waarde hebben. De door de wetgever gekozen vorm, gestaald door de historische ontwikkeling — om maar eens een heel conservatieve opmerking te maken —, dwingt partijen tot nauwkeurigheid. Nauwkeurigheid heeft met efficiency te maken. Schaft men de dagvaardingprocedure af met het oogmerk grotere efficiency te bereiken dan zal men m.i. het tegendeel bereiken. Waar de eis of het verweer gaat zwemmen, verdwijnt het tempo uit de procedure en zal de rechter gedwongen zijn voor een groot deel advocatuurlijke taken op zich te nemen en wel om het standpunt van elk der partijen tot hun recht te laten komen. Dat is onwenselijk.

21. Het curieuze is dat deze roep om het loslaten van het strenge keurslijf van de dagvaardingsprocedure een parallel in een thans gevoerde strafrechte-

24. Doch in dit vak is niets ondenkbaar. Zie thans HR 22 oktober 1993, nr. 15 088, in NJB 1993, rechtspraakkatern, blz. 500 e.v. en wel met name de eerste drie van de aan het HvJ EG gestelde prejudiciële vragen.

25. Die vorm van partij-autonomie wint ook in het administratieve recht terrein. De reformatio in peius is er de laatste tijd niet populairder op geworden. Zie. bijv. H.E. Ras in zijn bespreking van het proefschrift van Bosch-Boesjes, in Themis 1992/8, blz. 379 e.v.

lijk discussie kent: de zo strenge aan de telastelegging gestelde eisen zouden versoepeld moeten worden. Dat moet m.i. ten koste van alles worden voorkomen. De strafrechter is lijdelijk — beter: passief — met betrekking tot dat wat het Openbaar Ministerie hem voorschotelt. De introductie van het strafproces is typisch een taak van het openbaar ministerie en die taak moet met grote akribie ten uitvoer worden gelegd. Daaraan dienen eisen te worden gesteld. En die zijn er gelukkig. Loslaten van die eisen zou een grijs gebied van elkaar overlappende taken van het O.M. en de zittende magistratuur in het leven roepen. Dat zou de rechter in een uiterst ongelukkige, want (onder meer) voor de verdachte onduidelijke positie brengen. De strafrechter zal dan op den duur legitimiteitsproblemen krijgen.

22. Men bedenke voorts dat ook in de verzoekschriftprocedure de verzoeker bepaalt wat zijn verzoek is. De rechter kan niet daarbuiten treden. Het grote verschil met de dagvaardingsprocedure is natuurlijk dat in vele (klassieke) verzoekschriftprocedures een aantal uit het beginsel van de partij-autonomie af te leiden normen niet toepasbaar is en wel om de eenvoudige reden dat er een verzoeker is en er — veelal — belanghebbenden zijn doch geen partijen in de zin van de dagvaardingsprocedure. En wie die belanghebbenden zijn, hoeft niet altijd op voorhand duidelijk te zijn. Het is dus niet meer dan logisch dat de rechter daar (soms) een eigen onderzoekstaak heeft.[26]

23. Terug naar de dagvaardingsprocedure. Partijen bepalen niet alleen de reikwijdte van het door hen gevoerde proces. Zij hebben ook de vrijheid de hen door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aangereikte mogelijkheden om hun standpunt (uitvoerig) te bepleiten volledig uit te buiten. Dragend beginsel van de organisatie van dat debat is het beginsel van hoor en wederhoor. Als ergens is gestreefd het principe van de 'herrschaftsfreie Diskussion' gestalte te geven, dan is het wel hier. Echter, ook hier kan de rechter grenzen stellen. Eén voorbeeld: het is mij volmaakt onduidelijk waarom het bij veel rechtbanken de gewoonte is automatisch het nemen van een conclusie na enquête toe te staan. Dat is in een aantal gevallen pure tijdverspilling.

24. De rechter heeft echter ook andere bevoegdheden. Soms staat het te zijner discretie daarvan gebruik te maken, soms moet hij dat doen. Die bevoegdheden doen hem lijken (ik werk hier een bij Chorus en, naar ik meen ook bij Asser, populaire vergelijking maar wat verder uit) op de dirigent die de muziek leidt, wanneer althans het orkest autonoom heeft besloten te gaan spelen. Het orkest kan ook zonder zijn inspraak in staking gaan of definitief naar huis. Maar àls het orkest speelt dàn zullen ze weten, wie de leiding heeft. Die leiding strekt er mede toe het stuk a tempo giusto ten einde te brengen en elk instrument en elke melodische lijn tot zijn recht te laten komen. Zo ook in het proces.

25. Allereerst het juiste tempo. Dat wordt in hoge mate door de rolrechter bepaald. Hier heeft zich echter in de loop der tijden een merkwaardige ontwikkeling voorgedaan. Eerst drie rechters, vervolgens één rechter. En dan

26. Zie ook P.A.M. Meijknecht, Heeft de verzoekschriftprocedure (de) toekomst?, Zwolle 1987.

het dédain voor dat werk, uitgaande van de premisse dat het eigenlijk een administratieve klus is, eigenlijk geen rechterswerk. Dus wordt de administratie — een gerechtssecretaris — er (in feite) mee belast, althans in veel rechtbanken. En op dat moment verliest de rechter de controle over het tempo. De advocaat wordt in de meerderheid van de gevallen heer en meester over het tempo. Dat leidt tot vertraging en wel om een heel simpele reden: het belang van de cliënt spoort in de procedure niet altijd met het belang van zijn advocaat. Termijnen worden veelal overschreden niet omdat de cliënt geen tempo wil, maar omdat zijn advocaat te veel om handen heeft. Dus moet de rechter de controle over de rol hernemen en wel terwille van het belang van de rechtzoekenden. Dat is niet in strijd met het beginsel van de lijdelijkheid, integendeel. Hierover is de laatste tijd veel geschreven en als één ding daaruit blijkt dan is het wel dat er geen enkele verandering in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering nodig is om partijen en vooral hun advocaten te dwingen het tempo te handhaven.[27] Dat heeft hoogstens tot gevolg dat de advocaat de organisatie van zijn werk anders zal moeten inrichten. Dat lijkt mij op dit onderdeel nuttig en wenselijk.

26. Dit brengt mij tot een aantekening in de marge van het onderwerp van deze voordracht. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dient door de participanten aan het rechtsverkeer — en wel met name de rechterlijke macht — minder defensief te worden gelezen. Allerwegen klinkt de roep om meer zakelijkheid, meer efficiency in het geding. De grote klacht geldt ook de tijdrovendheid van de bodemprocedure. En als de druk op het kort geding toeneemt, zal die klacht binnenkort ook die procedure treffen en dan neemt het spoed kort geding weer de fakkel over. Echter, binnen de door het wetboek gestelde regels valt zoveel te vernieuwen, zoveel te veranderen. Daarvoor is geen nieuw wetboek nodig.[28] Noodzakelijk is wel dat de rechterlijke macht meer produktgericht wordt en vanuit dat standpunt het wetboek leest. Laat de rechter eens in termen van produkt en concurrentie — bijvoorbeeld met de arbitrage-procedure — gaan denken en op die basis produkten scheppen, die niet alleen concurrerend zijn wat betreft de prijs maar ook wat betreft het tempo en kwaliteit. De rechterlijke macht heeft hier zulke prachtige verkoopargumenten in handen, bijvoorbeeld het gegeven van de onafhankelijk-

27. Zie voor het verleden K. Wiersma, l.c., blz. 134, naar aanleiding van een door Meijers uitgevoerd archiefonderzoek met betrekking tot de zogenaamde summiere procedure, een tussen 1811 en 1838 door de Code de procédure civile mogelijk gemaakte nieuwigheid: 'Het onderzoek bracht aan het licht dat omstreeks 1830 het schriftelijk deel van die procedure beperkt was tot eis en antwoord en dat de gemiddelde procesduur niet meer bedroeg dan twee tot drie maanden, ook in ingewikkelde zaken van zeevervoer en prolongatie op effecten. Na het antwoord, waarvoor kennelijk geen uitstel kon worden verkregen, werd de dienende dag vastgesteld waarop de hele mondelinge procesvoering was geconcentreerd: formele excepties, eventuele getuigenverhoren en in aansluiting daarop (!) de pleidooien. Interlocutoire vonnissen, al dan niet met voorlopige rechtsbeslissingen en daaruit voortvloeiende bewijsopdrachten, kwamen er dus niet aan te pas. De rechters zorgden op de zitting zelf wel voor het stellen van vragen aan partijen of eventuele getuigen'.

28. Zie — onder meer — T.A.W. Sterk, Vrij moedige procesvoering, Deventer 1979.

heid (en overigens het gegeven van de prijsstelling: het griffiegeld is niet zelden veel geringer dan de kosten van arbitrage). Waar overheidsdwang nodig is, heeft zij al het monopolie, alsook waar rechtsgevolgen niet ter vrije beschikking van partijen staan. Daarbuiten heeft zij geen monopolie.[29] Dus moet zij zich wel concurrerend opstellen. Dat kan de kwaliteit alleen maar ten goede komen en hoeft op geen enkele wijze in strijd te komen met de grondbeginselen van het burgerlijk procesrecht. De discussie over dit soort zaken wordt echter verstikt door het eeuwige gepraat over het gebrek aan mankracht binnen de rechterlijke macht. De discussie moet echter niet (alleen) de kwantiteit van die mankracht betreffen maar (ook en vooral) de kwaliteit en de professionele ondersteuning van de reeds aanwezige mankracht. Dit alles geldt uiteraard alleen vanuit de vooronderstelling dat deze concurrentie gewenst is. Daarover moet de discussie dan óók gaan. Is de (wild)groei van (aan) arbitrage-procedures gewenst of niet? Hoe verhoudt zich de toename van deze procedures tot het aan de codificatie-gedachte ten grondslag liggende streven naar rechtseenheid? Waar haalt de rechterlijke macht de specialisten vandaan die bij de superspecialisten van de grote advocatenkantoren respect afdwingen?

27. Terug naar het eigenlijke onderwerp en wel thans — ik roep de dirigent weer even terug in de herinnering — de plicht om elk instrument en elke melodische lijn tot zijn recht te laten komen. Lijdelijkheid dient ertoe de (standpunten van) partijen in hun volle autonomie, uitgaande van de premisse van gelijkheid van partijen, tot hun recht te laten komen. Daarvoor heeft de rechter vele instrumenten tot zijn beschikking, variërend van — bijvoorbeeld — de comparitie na antwoord tot het ambtshalve vragen van inlichtingen op bepaalde punten. Ik wil hierbij een paar aantekeningen maken.

28. Lijdelijkheid kan door de rechter ook worden beschouwd als een hem ter beschikking staand stuk gereedschap. Dat staat in verband met het hiervoor reeds ter sprake gekomen vulgaire begrip van lijdelijkheid. Soms is het heerlijk om achterover te leunen en in raadkamer tegen elkaar te zeggen: wij gaan nu even lijdelijk zijn. Dat betekent: laat partijen het zelf maar uitzoeken en als zij het ons niet goed presenteren dan is het jammer. Die keuze kan gemaakt worden uit efficiency-overwegingen. Als bijvoorbeeld een proces vanaf den beginne door de advocaten dan wel door partijen in een foute sleutel is gezet en er eenvoudigweg niets meer te repareren valt. Wat zou de rechter dan nog moeten doen? Hij doet niets. Hij trekt even een extra toga aan — is (vulgair) lijdelijk — en schrijft gelaten een vonnis of arrest. Er is dan geen recht gedaan maar dat geeft niet. Dat kan namelijk soms niet.

29. De mate van lijdelijkheid kan ook uit andere motieven variëren. Partijautonomie komt tot de rechter via het medium 'de advocaat'. Het moet maar eens gezegd worden: de lijdelijkheid van de rechter en de kwaliteit van de advocaat dienen communicerende vaten te zijn. Naar mate de kwaliteit van de advocaat beroerder is, zal de rechter zich actiever dienen op te stellen en het gehele instrumentarium om het proces te beheersen uit de kast moeten halen.

29. Tenzij in de vorm van het exequatur.

Naarmate de advocaat meer niveau heeft, zal daartoe minder noodzaak bestaan. Op deze attitude hebben de rechtzoekenden recht. De mogelijke tegenwerping dat een partij zijn eigen advocaat kiest — het lijkt soms op: zijn eigen ongeluk kiest —, snijdt geen hout. Slechts weinig potentiële cliënten zullen voorafgaande aan hun keuze van een advocaat aan kwaliteitsvergelijking kunnen doen. Een voorbeeld ter verduidelijking: als tijdens een enquete blijkt dat een advocaat de laatste jaren de veranderingen in het recht omtrent het getuigenverhoor niet (geheel) heeft bijgehouden, kan (of dient) de rechter-commissaris (als dat dienstig lijkt) minimaal erop (te) wijzen dat in het heden ook de eigen partij als getuige kan worden voorgebracht.[30] Het hier geponeerde kan ook op een andere wijze worden benaderd: het beginsel van de verplichte procesvertegenwoordiging staat of valt met de kwaliteit van die vertegenwoordiging.

30. Vervolgens een opmerking met betrekking tot de lijdelijkheid ten opzichte van de door partijen gepresenteerde feiten, rakend aan het probleem van de materiële waarheid als van de procesrechtelijke waarheid te onderscheiden begrip. Star Busmann heeft al in een ver verleden opgemerkt dat de rechter in dezen een eigen taak heeft: partijen zijn verplicht 'de rechter aangaande betwiste feiten volledig en naar waarheid in te lichten', er bestaat in dezen 'een processuele mededelingsplicht' en de rechter is ook 'op zijn minst bevoegd zelfstandig mee te werken tot opheldering van de feitelijke grondslag van het geding. Ook zonder de aandrang van partijen mag hij maatregelen nemen, nodig om tegenstrijdige beweringen tot klaarheid te brengen'.[31] Mijns inziens gaat de onderzoeksplicht van de rechter toch iets verder: waar twee tegenover elkaar staande partijen stellen dat zij in het aardedonker tijdens lunchtijd met hun auto's op elkaar zijn geknald en zij stellen niet tegelijkertijd een totale zonsverduistering of dat de aanrijding in de winter in noordelijk Noorwegen heeft plaatsgevonden, is er een probleem. De rechter kan dan niet zeggen: wel de processuele waarheid is dat het toen tijdens lunchtijd aardedonker was. Neen, hij dient dan toch de waarheid van het door partijen aangevoerde feit ter discussie te stellen. Het 'We're not arguing truth here, we're arguing evidence' kan niet in alle gevallen standhouden.[32] Overeind blijft echter dat partijen zelf de feitelijke grondslag van hun geschil bepalen. Daarmee is echter slechts de uiterste grens van de onderzoeksplicht

30. Hier zal een deel van de balie het niet mee eens zijn. Ik voorspel een reactie, analoog aan die van H. van Son in haar bespreking van de oratie van Chorus in het Advocatenblad 1988 (jrg. 68), blz. 105: 'Het is duidelijk dat Chorus de lijdelijkheid maar niks vindt en daar zal niet vreemd aan zijn dat hij de afgelopen jaren rechter in een rechtbank resp. raadsheer in een hof is geweest. Ware hij advocaat dan zou hij met de gehele balie de mening zijn toegedaan dat de lijdelijkheid van de rechter juist het allergrootste goed van ons burgerlijk procesrecht is'.
31. C.W. Star Busman, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, Haarlem 1972 (3e druk, bewerkt door L.E.H. Rutten), blz. 219.
32. Zie C.M. Sevilla, Disorder in the court, New York/London 1993, blz. 63.

van de rechter aangegeven.[33] Zolang hij niet buiten het debat van partijen treedt, is er weinig tot niets aan de hand.[34]

31. De mate van activering van de onderzoeksplicht van de rechter hangt naar mijn mening ook samen met het type geding, waarvan partijen zich bedienen. In de bodemprocedure zijn een groot aantal waarborgen met betrekking tot de waarheidsvinding ingebouwd. Getuigen, eed, deskundigen etc. Daar is het bewijs nog 'de ziel van het proces'.[35] In de meeste kort gedingen kennen we echter alleen de informant. Dan moet de rechter terughoudender zijn met het aannemen van de waarheid van op die weg tot hem gekomen mededelingen omtrent feiten en tegelijkertijd persistenter zijn in zijn verhoor. Hij moet welhaast actiever zijn in het naar boven halen van de feitelijke grondslag van het geschil. In het spoed kort geding geldt dit mijns inziens a fortiori. Wiersma was overigens in 1983 al van mening dat het lijdelijkheidsbeginsel bij het kort geding praktisch geen rol speelt.[36] Ik ben het daarmee eens. Dat houdt verband met het (soms vergeten) karakter van het kort geding: een maatregel van orde.

32. Dat op dit gehele terrein een kentering merkbaar is, is ook af te lezen uit het in heden populaire gebruik van de uitdrukking 'naar de kern' dan wel 'de kern van het geschil' in vonnissen en arresten. Het gebruik van een zodanige terminologie duidt er veelal op dat de rechter de feitelijke grondslag van het hem voorliggende geschil herformuleert. Soms betekent dit dat de advocaten hem die grondslag niet naar zijn zin hebben gepresenteerd. Meestal betekent dit ook dat de rechter het standpunt van partijen, ontdaan van de juridische stofwolken, wil formuleren. Het geschil wordt weer herkenbaar.

33. Ik keer — ter afronding — terug naar de eens door Chorus met de dirigent getrokken vergelijking. De rechter blijve de dirigent, hij moet niet — bij wijze van spreken en met dank aan Chorus (maar die houdt meer van opera) — de klarinettist het instrument uit handen rukken en zelf gaan spelen.[37] Dat zal hem onder de vigueur van het huidig BW wel eens moeilijk vallen. Het aantal hem ter beschikking staande discretionaire bevoegdheden is immers aanzienlijk. Doch, bij de uitoefening van deze bevoegdheden dient één ding voorop te staan: de partij-autonomie. Wil de rechter — bijvoorbeeld — matigen dan zal het materiaal dat aan die beslissing ten grondslag ligt, hem toch minimaal door partijen moeten zijn verschaft. Zo niet, dan is het uitoefenen van een dergelijke bevoegdheid een slag in de lucht. Daarmee

33. Zie in dit verband HR 12 februari 1993, NJ 1993, 572.
34. Zie hieromtrent A.F.M. Brenninkmeijer in het hiervoor in noot 5 gememoreerde NJB-artikel, blz. 321 e.v.
35. Meijknecht, op. cit., blz. 11 en noot 61, Perrot aanhalend: 'il n'est pas excessif de dire que la preuve est l'âme du procès'.
36. K. Wiersma, l.c., blz. 132.
37. Chorus, op. cit., blz. 4: 'Zo een hoofdbeginsel voor het proces is even gek als voor de opera het beginsel van lijdelijkheid van de dirigent zou zijn. Natuurlijk, de dirigent mag niet hard meezingen met Tristan, Rodolfo, of met welke partij dan ook, maar we hebben er meer aan te weten wat hij nu wél moet doen, en trouwens ook wat van de partijen wordt verwacht'.

zou de rechter op de stoel van partijen gaan zitten en zijn eigen legitimiteit ondergraven.

Het NBW en de pandektistiek

*J.H.A. Lokin**

Op de aan mij gestelde vraag welke de invloed is van de pandektistische wetenschap zoals zij in de negentiende eeuw in Duitsland werd beoefend op het huidige Nederlandse burgerlijke wetboek, kan het antwoord kort zijn. Die invloed is groot, zeer groot, zij het ook dat hij niet rechtstreeks is. Overal waar de makers van het nieuwe BW het Duitse BGB in hun overwegingen hebben betrokken, hebben zij als het ware over de schouder van het Duitse wetboek een kijkje genomen in de keuken van de pandektisten, waarin immers de recepten voor de wettelijke paragrafen zijn uitgedacht en bereid. Voordat we daarvan enkele voorbeelden zullen geven, is het wellicht dienstig enkele inleidende woorden aan de pandektistiek te wijden ten behoeve van de niet geheel daarmee vertrouwde lezer.

De pandektistiek is een uitvloeisel van de gedachten die met name F.C. von Savigny (1779-1861) over de beoefening van de rechtsgeleerdheid en de rechtsgeschiedenis heeft ontwikkeld.[1] Von Savigny zag de ontwikkeling van het recht als een organische, die evenwijdig liep met de ontwikkeling van wat hij noemde het volk, wij zouden nu zeggen de maatschappij of de samenleving. 'Das Recht ist und wird mit dem Volke', was zijn leus. Naarmate die ontwikkeling voortschrijdt wordt het recht ingewikkelder en kan tenslotte slechts door afzonderlijk opgeleide vertegenwoordigers van het volk worden gekend en toegepast.

'Es liegt in dem natürlichen Entwicklungsgang der Völker, daß bey fortschreitender Bildung einzelne Thätigkeiten und Kenntnisse sich absondern, und so den eigenthümischen Lebensberuf besonderer Stände bilden. So auch wird das Recht, ursprünglich Gemeingut des gesammten Volkes, durch die sich mehr verzweigenden Verhältnisse des thätigen Lebens dergestalt ins Einzelne ausgebildet, daß es durch die im Volk gleichmäßig verbreitete Kenntniß nicht mehr

* Prof. mr. J.H.A. Lokin is hoogleraar in het Romeinse recht en zijn geschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Zie over Von Savigny en zijn school ook J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis, 1991, 215 e.v.; over de pandektistiek als Europees privaatrecht H. Coing, Europäisches Privatrecht II, 19. Jahrhundert, 1989; R. Zimmermann in Juristenzeitung 1992; dezelfde, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht I 1993; daartegen T. Giaro, Europa und das Pandektenrecht, in Rechtshistorisches Journal 12, 326-345, alwaar meer literatuur.

beherrscht werden kann. Dann wird sich ein besonderer Stand der Rechtskundigen bilden, welcher, selbst Bestandtheil des Volkes, in diesem Kreise des Denkens die Gesammtheit vertritt.'[2]

De juristen nu kunnen zich slechts van hun taak kwijten wanneer zij in de rechtstechniek, in wat Von Savigny noemt *die juristische Methode*, zijn geschoold. Hoe nu kunnen zij die scholing opdoen? Door de bestudering van het Romeinse recht, dat namelijk kan gelden als *Muster juristischer Methode*. Door bestudering van het Romeinse recht kan de jurist zich de grondbeginselen, *die leitenden Grundsätze*, eigen maken die voor de beoefening van het recht onmisbaar zijn. Want uit die grondbeginselen kan het antwoord op een rechtsvraag met mathematische zekerheid worden afgeleid, zoals de derde zijde van een driehoek kan worden uitgerekend wanneer men de gegevens van de andere twee heeft.

'In jedem Dreyeck nämlich giebt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrige mit Nothwendigkeit folgen: durch diese z.B. durch zwey Seiten und den zwischenliegenden Winkel ist das Dreyeck 'gegeben'. Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unsres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen.'[3]

Om nu die *leitende Grundsätze* in het Romeinse recht op te sporen en dienstbaar te maken, moest men de Justiniaanse teksten geheel en al herinterpreteren. Daarbij moest men afzien van de interpretaties die de Middeleeuwse rechtsgeleerden, de aanhangers van de Italiaanse, de Franse en de Hollandse Elegante school, die van de 'usus modernus' en de natuurrechtsgeleerden hadden gegeven. Uit de kale teksten van het Corpus Juris Civilis moest men een stelsel van grondbeginselen ontwerpen, een *System*, waarin schijnbaar afzonderlijke onderwerpen met elkaar in verband werden gebracht en schijnbaar bij elkaar horende rechtsfiguren werden onderscheiden.

'Diese heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unsrer Wissenschaft, ja es ist eigentlich desjenige, was unsrer Arbeit den wissenschaftlichen Character giebt!'[4]

Deze als wetenschappelijk gekenschetste herinterpretatie heeft Von Savigny beoefend in zijn *System des heutigen römischen Rechts*, dat dus zowel Romeins als eigentijds wilde zijn. Daardoor was er voor de geschiedkundige ontwikkeling van de rechtsbetrekkingen en rechtsinstellingen in zijn Systeem geen plaats.

'Es ist heutiges Römisches Recht. Dadurch wird ausgeschlossen: erstens die Geschichte der Rechtsinstitute als solche; zweytens jede einzelne, dem früheren Recht angehörende, dem Justinianischen fremde, Bestimmung, da nur diese neueste Gestalt des Römischen Rechts mit

2. F.C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts I, 1840, 45.
3. F.C. von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 22.
4. F.C. von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 28.

unsrem heutigen Rechtszustand in Verbindung getreten ist; drittens jedes Institut, welches zwar dem Justinianischen Recht angehört, aber aus unsrem Rechtszustand verschwunden ist.'[5]

De werkwijze van Savigny werd gemeengoed aan alle universiteiten, niet alleen in Duitsland, maar ook daarbuiten. Zij werd beoefend in zogenaamde Pandektencolleges en de beoefenaars werden Pandektisten genoemd. Zij legden dus alle nadruk op hetgeen gemeenschappelijk was aan Romeins en hedendaags recht, en plaatsten dat gemeenschappelijke in wat zij noemden een wetenschappelijk stelsel. Von Savigny zei het aldus:

'Insbesondere wird aber gar Manches aufzunehmen seyn, was zu den gemeinsamen Grundlehren eines jeden positiven Rechts gehört, also dem Römischen Recht nicht gerade eigenthümlich ist. Für diese Ausnahme spricht nicht blos der bisherige Gebrauch, besonders in den Pandektenvorlesungen der Deutschen Universitäten: nicht blos die besondere Gestalt, die das Römische Recht auch manchem Theil dieser Lehren gegeben, und der Einfluß, den es hierin auf andere Gesetzgebungen ausgeübt hat: sondern vorzüglich die Rücksicht, daß das Römische Recht durch seine Schicksale mehr als jedes andere positive Recht einen allgemeinen Character angenommen hat, welcher sich zu einer befriedigenden Behandlung jener Grundlehren vorzugsweise eignet.'[6]

Over deze grondslagen gaf Von Savigny college en de zalen stroomden vol. Sinds kort hebben wij in gedrukte vorm zo'n Pandektencollege tot onze beschikking dat Von Savigny gaf in het jaar 1824/1825. Aan het begin daarvan zet Von Savigny in telegramstijl de bedoeling van deze colleges nog eens uiteen.

'Die Methoden müssen wir aufstellen, woraus die Regel für jeden vorkommenden Fall entwickelt werden kann. Im römischen Recht müssen wir die Entstehung der vorhandenen Regeln ausfinden, und uns so ihres Princips bemächtigen. Die Arbeit der römischen Juristen ist unvollendet, weil sie es in materieller Hinsicht unvollendet bleiben muste; in ihrem Geiste müssen wir dieselbe fortsetzen. Dies ist die historische Methode, mit Unrecht der Practischen oft entgegengesetzt.'[7]

Van de Pandektisten die Von Savigny's traditie na zijn dood hebben voortgezet zijn G.F. Puchta en Bernhard Windscheid wel de belangrijkste geweest. Het *Lehrbuch des Pandektenrechts* van laatstgenoemde werd geraadpleegd als was dit het burgerlijk wetboek zelve. Hij had zitting in de eerste commissie ter voorbereiding van het BGB en had zo'n overheersende invloed op het eerste ontwerp dat de rechtsgeleerde Otto Bähr het kwalificeerde als *ein kleiner Windscheid.*

'Der Entwurf ist ein doktrinäres Werk, er steht unter der Herrschaft eines Lehrbuchs, ist ein kleiner Windscheid. Was nicht in Windscheid steht, fehlt auch im Gesetzbuch.'[8]

Het is dan ook niet verwonderlijk dat Meijers het leerboek van Windscheid

5. F.C. von Savigny, System I, 1840, 1/2.
6. F.C. von Savigny, System I, 1840, 6.
7. F.C. von Savigny, Pandektenvorlesung 1824/1825, herausgegeben von Horst Hammen, Frankfurt 1993, 3.
8. Otto Bähr, gecit. n. E. Wolff, Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte (Tübingen 1963) 613.

onder zijn bereik had tijdens de voorbereidingen aan het nieuwe burgerlijke wetboek.[9]

Waarin dan is de blijvende invloed bespeurbaar van de pandektistiek? Wat heeft zij gedaan wat tevoren in die mate niet gedaan was? Wat is haar grote verdienste? Zij is mijns inziens gelegen in de *stelselmatige veralgemening* van afzonderlijke leerstukken. Die veralgemening van bijzondere rechtsfiguren had al wel eerder plaatsgevonden, eigenlijk al sinds de vroege dagen van de glosse; ook stelselmatige bewerking van de Romeinse teksten was al wel geschied door met name de natuurrechtsgeleerden, maar de combinatie van beide denkwijzen door Von Savigny en de pandektisten leverde nieuwe resultaten op. Dat de leerboeken in het burgerlijk recht van de landen op het Westeuropese continent eruit zien zoals zij eruit zien — de indeling, de volgorde der behandelde onderwerpen, de obligate samenvoeging van verschillende leerstukken — is in belangrijke mate aan de pandektisten te danken en hetzelfde geldt voor de door hen geïnspireerde wetboeken, het BGB, het Zwitserse ZGB, de Italiaanse Codice civile en in mindere mate het nieuwe Nederlandse BW. Om duidelijk te maken hetgeen ik bedoel te zeggen is het dienstig de behandeling van het privaatrecht door de pandektisten rechtstreeks te vergelijken met die van de Pandekten zelf. Als voorbeeld nemen wij het verbintenissenrecht.

Wanneer we de algemene leerstukken beschouwen die in het kader van het verbintenissenrecht worden behandeld dan zien wij dat deze in de teksten van het Corpus Iuris ofwel in het geheel niet als afzonderlijk leerstuk behandeld worden ofwel te pas komen bij één bepaalde overeenkomst of rechtsfiguur. Zo wordt bijvoorbeeld de natuurlijke verbintenis nergens afzonderlijk behandeld, maar slechts geplaatst in het brede kader van het *ius naturale*, dat tegen het specifiek Romeinse *ius civile* wordt afgezet. De alternatieve verbintenis wordt besproken bij de overeenkomst van stipulatie, evenals de hoofdelijkheid en het derdenbeding. De ondeelbaarheid daarentegen komt in zijn moderne vorm slechts voor bij de erfdienstbaarheden, de voorwaarde en de tijdsbepaling wederom bij de stipulatie. De nakoming van de verbintenis en de daarbij horende leerstukken van wanprestatie en overmacht verschillen van overeenkomst tot overeenkomst, hetgeen te maken heeft met de verschillende bewoordingen der afzonderlijke acties. Een algemene leer der overeenkomsten zoals wij die kennen ontbreekt en wat er in de Romeinse teksten over gezegd wordt vindt men in de Digestentitel 2, 14, die handelt over de weinig belangrijke vormloze afspraken, *de pactis*. De leerstukken van dwang en bedrog waren gekoppeld aan de praetorische maatregel van het herstel in de oude toestand, *restitutio in integrum*, terwijl de dwaling in hoofdzaak voorkomt in de teksten over koop en verkoop. Wat wij kortom sinds lang gewend zijn in een soort van algemeen deel te behandelen, bespraken de Romeinen niet stelselmatig, maar in het kader van afzonderlijke acties en edictsbepalingen. De grote commentaren op de Digesten tot en met die van

9. Zie E.M. Meijers, Toelichting op boek 6, 1961, 810 en 813.

Voet en Pothier hielden de volgorde van de Pandekten aan en traden zodoende niet in de ordening die Justinianus in de immense stof had aangebracht. Toch was de betrekkelijke willekeurigheid van de Justiniaanse ordening de juristen reeds lang opgevallen en daarom waren naast de commentaren afzonderlijke monografieën ontstaan die een deelontwerp behandelden. Pothier bijvoorbeeld schreef naast zijn Digestencommentaar zijn beroemde Traité's. Naast de Digestencommentaren waren er natuurlijk wel werken verschenen die de beproefde Justiniaanse volgorde doorbraken en een eigen *ordre naturel* nastreefden. Het bekendste werk in dit verband is dat van Jean Domat dat ontstond in 1689.[10] Het was voorafgegaan door het eigenstandige commentaar van Donellus, waarvan het eerste deel precies honderd jaar tevoren, in 1589, in druk was verschenen.[11] Anderen behandelden de stof aan de hand van het iets rationeler ingedeelde Institutensysteem, maar ook dan volgde men aanvankelijk angstvallig de volgorde der Justiniaanse Instituten. Precies honderd jaar na Domat's *opus magnum* verscheen in Duitsland een geheel zelfstandige bewerking van het Romeinse recht in de *Institutionen des heutigen römischen Rechts*. Zij waren geschreven door degene die wel de grondlegger van de Historische School wordt genoemd, Gustav Hugo, en zij inspireerden op hun beurt de nu welhaast vergeten jurist Georg Arnold Heise, die Hugo's boek in 1807 omwerkte tot de *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts*. Het boekje '*macht auf wissenschaftliches Verdienst überall keinen Anspruch*', zegt de schrijver in zijn voorwoord, maar diende slechts als hulpmiddel bij de colleges. Het beperkte zich tot het *Römisch-Justinianische Privatrecht, so wie es bey uns als gemeines Recht gilt*. Dus weinig over de niet gerecipieerde stipulatio en niets over de slavernij. Wèl is het relevante canonieke recht in de *Grundriß* verwerkt. De *Grundriß* is niet veel meer dan een beredeneerde inhoudsopgave, die natuurlijk begint met *Allgemeine Lehren*. Von Savigny heeft dadelijk belangstelling gehad voor het schema van Heise en schreef al in 1811 aan de Nederlandse hoogleraar H.W. Tydeman dat de volgorde van de Digesten verlaten en die van Heise gevolgd moest worden.[12] Ook uit het voorwoord van een volgende druk van Heise's werk in 1819 blijkt van die belangstelling. Von Savigny heeft Heise met raad en daad bijgestaan om diens schets van een systeem te perfectioneren en het is dan ook niet verwonderlijk dat Von Savigny Heise's *Grundriß* in zijn Pandektenvorlesung van 1824/1825 als enige systematisch werk aan zijn studenten aanbeveelt.

10. Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, 1689.
11. Hug. Donelli commentarii iuris civilis, 1589 e.v.
12. Savigny an Tydeman, Berlin, Vom 13. April 1811: ... solus ordo digestorum relinquendus mihi visus est, cujus loco eum ordinem sequor quem delineavit Arnoldus Heise, Iurisconsultus Heidelbergensis accutissimus. Gecit. uit C.J.H. Jansen, Der Briefwechsel zwischen H.W. Tydeman (1778-1861) und F.C. von Savigny (1779-1861) in: Die rechtswissenschaftlichen Beziehungen zwischen den Niederlanden und Deutschland in historischer Sicht, 1991, 80 noot 29.

'Die noch ausserdem zu benutzenden Bücher sind: Heise, Uebersicht und Anordnung, zugleich mit den Quellen der einzelnen Materien.'[13]

Apodictisch verklaart hij vervolgens:

'Neben diesen Vorlesungen ist der Inhalt des Corpus iuris das wichtigste. Ein zweckmäßiges Commentar existirt nicht.'[14]

Het is deze systematische behandeling van het vermogensrecht door Von Savigny en zijn navolgers[15] die zijn sporen heeft nagelaten in de rechtsontwikkeling van heel Europa. Recentelijk heeft Tomasz Giaro, overigens geen voorstander van een pandektistische renaissance, die invloed als volgt onder woorden gebracht:

'Die aus der Historischen Rechtsschule erwachsene Pandektistik war die erfolgreichste juristische Doktrin Europas. Als Geschichte und Dogmatik in einem hat sie dort, wo Gesetzbücher vorhanden waren, ihre exegetische Behandlung durch eine systematisch-historische angereichert, anderswo die systemgerechte Erfassung des einheimischen Rechts angeregt. 'Pandektisieren' ließ sich alles: in Deutschland das antike Recht, auf dem Balkan, in Ungarn und Rußland das feudale Gewohnheitsrecht, in Preußen, Österreich und Frankreich die vernunftrechtlichen Kodifikationen. Weil die Pandektistik mit keinem politischen, sondern nur mit einem wissenschaftlichen Anspruch auftrat, war sie als Modernisierungsvehikel willkommen und konnte auch auf solche Territorien vordringen, die sich früher gegen die Rezeption römischen Rechts gesträubt hatten.'[16]

Wegens de beschikbare ruimte zullen wij ons beperken tot twee 'verworvenheden' van ons nieuwe BW, waaraan de invloed der pandektistiek zichtbaar kan worden gemaakt: de indeling van het wetboek en de figuur van de rechtshandeling.

De indeling van ons BW en het algemene deel van het vermogensrecht

Toen Von Savigny in zijn strijdschrift van 1814 de ondeugdelijkheid van de Franse Code civil aan de kaak stelde, noemde hij als 'Hauptfehler' het ontbreken van een algemene leer van het vermogensrecht.

'Ein Hauptfehler, der überall fühlbar wird, ist dieser. Die Theorie des Vermögensrechtes ist im Ganzen die Römische. Bekanntlich beruht aber das Römische Vermögensrecht auf zwey Grundbegriffen, der dinglichen Recht nämlich und der Obligationen, und jeder weiß, wie viel die

13. Daarnaast noemt hij nog de *Principiajuris* van J.O. Westenberg, die echter aan de volgorde van de Instituten vasthoudt, F.C. von Savigny, Pandektenvorlesung 1824/1825, herausgegeben von Horst Hammen, Frankfurt 1993, 5.
14. Hij vervolgt: Die noten des Dionysius Gothofredus sind brauchbar als Citate der parallelstellen. Ausserdem ist ein juristisches Lexikon sehr wichtig und das beste ist Brissonius, de verborum significatione Halle. Ueber die innere Rechtsgeschichte. Antiquitates Heineccii durch Humbold. Commentaria jurisprudentiae ante-iustinianeae in Schulting.
15. Interessant is het System des Pandektenrechts van A.F. Thibaut, die in zijn eerste druk in 1803 nog trouw het Institutensysteem volgde, maar na 1807 het systeem van Heise overnam.
16. T. Giaro in Rechthistorisches Journal 12, 1993, 328.

Römer mit der Schärfe und Bestimmtheit dieser Begriffe ausrichten. Diese Grundbegriffe nun sind hier nicht etwa blos nirgends definirt, was ich gar nicht tadeln wollte, sondern sie kennen sie gar nicht in dieser Allgemeinheit, und diese Unkunde verbreitet über das ganze Werk mehr Dämmerung, als man glauben sollte.'[17]

De taak van de rechtswetenschap bestaat er volgens Von Savigny in de *algemene* gelding — steeds weer bespeurt men de nadruk die op de veralgemening wordt gelegd — der verschillende leerstukken aan het licht te brengen. Heeft men geen wetenschappelijke vorming gehad, dan brengt men van een codificatie niets terecht. Dat kan men aan de Code civil duidelijk aflezen:

'So ist es denn gekommen, daß z.B. die Discussion über die Anfechtung des Kaufs wenigstens viermal so stark ist, als die über die zwey ersten Kapitel der Verträge. Und doch wird mir jeder Sachkundige zugeben, daß für den Werth und die Brauchbarkeit des Gesetzbuchs überhaupt jene isolirte Fragen gegen diese allgemeinen Lehren ganz unbedeutend sind.'[18]

Het is na het bovenstaande dan ook niet verwonderlijk dat Savigny, evenals Heise, zijn colleges begon met *Allgemeine Lehren*. Wat staat daar nu in?

'Das was für den inneren Zusammenhang das wichtigste ist, was uns mit dem wissenschaftl. Zusammenhang des römischen Rechts bekannt macht.'[19]

In 1824/1825 bestaan de algemene leerstukken uit zeven hoofdstukken, waarin ook het procesrecht zijn plaats heeft. De kern van de algemene leer vormt de onderscheiding in personen, zaken en handelingen. In de laatste kategorie wordt de rechtshandeling besproken. Deze driedeling wordt dan vervolgens in de bijzondere delen van het vermogensrecht vertaald in wat Puchta[20] in zijn Pandekten noemt *Die Rechte an Personen* (personen- en familierecht, behandeld nà het zaken- en verbintenissenrecht), *Die Rechte an Sachen* (zakelijke rechten) en *Die Rechte an Handlungen* (verbintenissen). In zijn *System* van 1840-1848 heeft Von Savigny dit alles onder één gemeenschappelijke noemer gebracht, rechtsbetrekkingen, *Rechtsverhältniße*. Daaronder vallen dan het zakenrecht (betrekking tussen persoon en zaak), het verbintenissenrecht (betrekking tussen persoon en 'vreemde' persoon), het familierecht (betrekking tussen personen van één familie) en het erfrecht (betrekking tussen overledene en erfgenamen).[21]

17. F.C. von Savigny, System I, 1840, 109.
18. F.C. von Savigny, System I, 1840, 105-106.
19. In dit opzicht achtte hij een beperking van de opzet van Heise gewenst: Der Allg. Theil nach Heise ist daher zu beschränken. F.C. von Savigny, Pandektenvorlesung 1824/1825, 1993, 6.
20. G.F. Puchta was de opvolger van Von Savigny op de Berlijnse leerstoel. Hij geldt als de meest 'orthodoxe' pandektist. Deze indeling staat in Pandekten, 1856, IX, XI, XIII.
21. Er dient te worden opgemerkt dat Von Savigny zijn System nooit heeft voltooid. In het eerste deel heeft hij een voorlopig overzicht gegeven van het gehele werk, waaruit blijkt dat hij zeven boeken in zijn gedachten had, die als opschrift hadden: 1. Rechtsquellen, 2. Rechtsverhältniße, 3. Anwendung der Rechtsregeln auf die Rechtsverhältniße, 4.

Het is hier niet de plaats de verschillende pandektisten en hun algemeen deel met elkaar te vergelijken. Voldoende is te constateren dat de onder hun invloed staande commissie ter voorbereiding van het BGB van de noodzaak van zo'n algemeen deel in het wetboek overtuigd was geraakt. De kern daarvan bestaat uit de drie eerste Abschnitte, handelende over *Personen*, *Sachen* en *Rechtsgeschäfte*.

Op de verworvenheden van de pandektistiek en het BGB bouwde Meijers voort. De Franse Code civil had zich immers 'zeer weinig moeite gegeven om de stof van het burgerlijk wetboek systematisch in te delen'.[22] Maar hoewel, aldus Meijers, 'de indeling die wij aan de Duitse Pandecten-wetenschap danken meer systematisch is', heeft toch ook zij haar gebreken. Een van die gebreken betreft nu juist de plaats van het algemeen deel. Door het vooraan te plaatsen wordt immers de suggestie gewekt dat de daarin vervatte voorschriften op alle bijzondere boeken onverkort van toepassing zijn. Neem bijvoorbeeld de rechtsregels met betrekking tot de rechtshandeling in het algemeen.

'Deze regels zijn steeds opgesteld met de vermogensrechtelijke rechtshandelingen voor ogen. Het is gevaarlijk deze regels ook op het familierecht van toepassing te verklaren. Wanneer men algemene regels omtrent de volmacht geeft, moet men die ook bij een huwelijk bij volmacht toepassen. Zal men echter ook de regel der bekrachtiging van hetgeen door de gevolmachtigde met overschrijding van zijn volmacht verricht is, toepassen, wanneer deze q.q. met een ander gehuwd is dan de lastgever hem heeft aangewezen? Of een huwelijk geldig tot stand doen komen, wanneer de gevolmachtigde en degene met wie deze q.q. huwt, onbekend waren met de dood van de lastgever? Of om een ander voorbeeld te geven: wat bij vermogensrechtelijke handelingen omtrent wilsgebreken geldt, mag men dit zonder meer op familierechtelijke handelingen toepassen?'[23]

Om een rigoureuze toepassing te vermijden verkoos Meijers de plaatsing aan het slot van sommige titels van het vermogensrecht van een artikel dat overeenkomstige toepassing toestaat voorzover de aard van de verhouding zich daar niet tegen verzet of de wet niet uitdrukkelijk anders bepaalt. Ik acht dit bezwaar van Meijers niet erg groot en vind het meermalen opnemen van zo'n 'verlofartikel' een overbodige taak van de wetgever, zeker nu het algemeen deel nà het personen- en familierecht en vóór het zaken- en overeenkomstenrecht is geplaatst.

Een tweede gebrek betrof de grondslag van het algemene gedeelte. Dat berust immers op de gedachte, aldus Meijers, dat iedere rechtsregel een

Sachenrecht, 5. Obligationenrecht, 6. Familienrecht, 7. Erbrecht. Savigny heeft 8 Bände volgeschreven, maar is niet verder gekomen dan boek 3. Het tweede boek, Rechtsverhältniße, neemt maar liefst het einde van deel 1 tot en met deel 7 in beslag. Later heeft hij het onvoltooide System nog aangevuld met twee delen Obligationenrecht (1851 en 1852). Vgl. H. Kiefner, Das Rechtsverhältnis. Zu Savigny's System des heutigen römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte der par. 52 über das 'Wesen der Rechtsverhältnisse', N. Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, I, München 1982, blz. 149 e.v.

22. Toel. Meijers, 1954, Alg. Inl. 16.
23. Toel. Meijers, 1954, Alg. Inl. 16.

verhouding schept tussen een persoon en een zaak.[24] Dientengevolge verenigde men daarin de algemene regels die de personen, de zaken en het ontstaan en tenietgaan der rechtsbetrekkingen betreffen.

'Hierbij wordt echter de logische fout gemaakt, dat de regels die in dit algemeen gedeelte omtrent personen en zaken worden gegeven niet de personen en zaken los van het recht behandelen, maar dat deze regels — evenals alle andere rechtsvoorschriften — rechtsbetrekkingen tussen personen onderling of tussen personen en zaken regelen. Zij kunnen dientengevolge veel beter deels in het boek dat over de rechtsbetrekkingen handelt, het oude personen- of familierecht, deels in het zakenrecht hun plaats vinden.'[25]

Wij herkennen in het bezwaar van Meijers de indeling van Savigny, die de *Rechtsverhältniße* tot grondslag van zijn *System* nam.[26]

Zo kwam Meijers dan tot boek 3, waarin hij de vermogensrechten in het algemeen behandelde. Ook op deze indeling valt wel wat af te dingen, maar daar gaat het ons hier niet om. Het gaat er om te kunnen vaststellen dat de indeling van ons NBW de vrucht is van een dialoog die Meijers voornamelijk met de pandektistiek en haar wettelijk voortbrengsel, het BGB, heeft gevoerd.

De rechtshandeling

Zoals wij hiervoor al meermalen hebben vermeld, bouwde Von Savigny zijn *System* op het fundament van de *Rechtsverhältniße*. Wat nu was dat precies? Wat was in de woorden van Savigny zelf, het 'wezen' van zo'n rechtsbetrekking? Het is gelegen in de heerschappij van de individuele wil, of in de woorden van Savigny zelf[27]

'Das Wesen des Rechtsverhältnißes wurde bestimmt als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens.'

Met dit antwoord zijn we gestoten op de grondpijler waarop de pandektisten hun stelsel bouwden, de individuele wil. Daarmee overstijgen zij de enge grenzen van het vermogensrecht en vertegenwoordigen zij bewust of onbewust het gedachtengoed van het negentiende-eeuwse liberalisme, dat zich ook op het gebied van de staatkunde, de economie en de filosofie deed gelden.[28] En hoe gedateerd en roestig dat fundament in onze ogen ook moge zijn, toch moeten wij constateren dat hun algemene, tot de individuele wil teruggevoerde leer van het vermogensrecht in de huidige leerboeken en in het

24. Typerend is in dit opzicht het ABGB, dat het verbintenissenrecht behandelt onder het opschrift: Von den persönlichen Sachenrechten.
25. Toel. Meijers, 1954, Alg. Inl., 16.
26. Overigens was ook Von Savigny zich bewust van de mogelijkheid van andere indelingen en besprak hij deze in een afzonderlijk hoofdstuk *Abweichende Meynungen über die Klassifikation*. F.C. von Savigny, System I, 1840, 393 e.v.
27. F.C. von Savigny, System I, 1840, 334.
28. Zie in dit verband ook A. Bürge, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft und Etatismus. Jus commune 52, Frankfurt a.M. 1991.

huidige wetboek naspeurbaar is. Want de wil lag weer ten grondslag aan de wilsverklaring ofwel de rechtshandeling en zij maakt sinds 1992 de kern van ons wettelijk vermogensrecht uit, nadat zij zich al ongeveer een eeuw een vaste plaats in de leerboeken had verworven.

Nu is de wilsverklaring geenszins een uitvinding van de pandektisten. Wanneer men bijvoorbeeld het Pruisische Landrecht van 1794 opslaat, ziet men een gehele titel (titel 4 van boek I) gewijd aan de wilsverklaring. De titel bestaat uit maar liefst 169 paragrafen. De wilsverklaring wordt daar in § 1 als volgt omschreven:

'Die Willenserklärung ist eine Aeußerung dessen, was nach der Absicht des Erklärenden geschehen, oder nicht geschehen soll.'

De omschrijving verschilt in een wezenlijk onderdeel van die van de rechtshandeling van art. 3:33 BW. Daarin wordt niet zozeer gezegd wat een rechtshandeling *is*, maar wat zij vereist. Art. 33:

'Een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.'

Ook hier is dus sprake van een wilsverklaring en persoonlijk heb ik aan dit woord altijd de voorkeur gegeven boven de abstracte uitdrukking rechtshandeling.[29] Aan het woord wilsverklaring ziet men veel duidelijker wat er gebeurt. Het verschil in de twee omschrijvingen is gelegen in de gerichtheid van de wil. In het Pruisische landrecht hoeft de bedoeling van de verklarende nergens op gericht te zijn; hij verklaart slechts wat naar zijn wil gebeuren of niet gebeuren moet. Dat is nogal algemeen gezegd. De moderne omschrijving stuurt als het ware de richting van de wil. Is de wil niet gericht op een *rechtsgevolg*, dan is er van een juridisch geldige rechtshandeling geen sprake. De overgang nu van de algemene Pruisische definitie naar de moderne van ons BW is bewerkstelligd door de pandektisten.[30] Ze hebben dat gedaan door de werking van privaatrechtelijke rechtsregels afhankelijk te stellen van de individuele wil van de handelende persoon. Door met andere woorden de individuele wil voor te stellen als de drijfveer van de werking van de kern van het vermogensrecht. Von Savigny gaf zoals zo dikwijls de toon aan. In zijn *System*, waarin, zoals wij hebben gezien, de rechtsbetrekking centraal staat, komt hij in het derde hoofdstuk van boek 2 te spreken over het ontstaan en het tenietgaan van rechtsbetrekkingen: *von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse*. Als algemene grond voor zowel het een als het ander

29. Vgl. ook H. Dernburg, Pandekten I[7], 1902, 211 noot 6: 'Aber das Wort 'Rechtsgeschäft' ist farblos und unpräzis.' Het Oostenrijkse ABGB kent niet de wilsverklaring, maar wel het Rechtsgeschäft als grondslag van de persönliche Sachenrechte ofwel de verbintenissen. Vgl. § 859 ABGB.
30. Vgl. H. Coing, Europäisches Privatrecht II, 1989, 275: Die Uebernahme der Lehre von der Willenserklärung durch die deutsche Pandektistik hat erhebliche Änderungen in der Systematik des Zivilrechts ... herbeigeführt.

noemt hij het rechtsfeit, *die juristische Thatsache*. Vervolgens onderscheidt hij verschillende soorten rechtsfeiten, waarvan de kern wordt gevormd door de wilsverklaring.[31] Van de wilsverklaring of rechtshandeling geeft hij dan een moderne definitie:

'Unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften sind diejenigen juristischen Thatsachen zu verstehen, die nicht nur freye Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist.'[32]

De definitie stelde Von Savigny en zijn navolgers wel voor een moeilijkheid die de Pruisen niet hadden en ook wij niet meer hebben. Zij moesten haar immers in verbinding brengen met de Romeinse bronnen en de Romeinen hebben niet in algemene zin over de rechtshandeling gesproken. Dernburg, die naar mijn smaak een onovertroffen leerboek over het pandektenrecht heeft geschreven, laat naar aanleiding van dit probleem op fraaie wijze zien wat ik voor de gehele pandektistiek kenmerkend vind: de stelselmatige veralgemening. Hij erkent dat '*der Begriff des Rechtsgeschäftes ein Erzeugnis ist der modernen Systematik*'. De Romeinen hebben de rechtshandeling als *terminus technicus* niet gekend, maar, aldus Dernburg, '*das Bedürfnis der Generalisierung trat aber auch in Rom hervor.*' Ten bewijze van deze historisch aanvechtbare stelling knoopt hij vast aan het woord *negotium*, aan de uitdrukking *quod gestum erit* in het praetorisch edict en aan de *actus legitimi* in D. 50, 17, 77.[33]

In navolging van Savigny stelde iedere pandektist zijn definitie op en werkte deze verder uit in een stelsel. Windscheid verzuchtte:

'Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist in der neueren Zeit ein Lieblingsthema der wissenschaftlichen Verhandlung geworden; die Literatur wächst immer mehr. ... Man wird aber bei dem Streit über den Begriff des Rechtsgeschäfts nicht vergessen dürfen, daß dieser Begriff ein rechtswissenschaftlicher Begriff ist, d.h. ein Begriff den die Rechtswissenschaft zu ihren Zwecken aufstellt, und daß daher Jeder, welcher an der rechtswissenschaftlichen Arbeit Theil nimmt, befugt ist, diesen Begriff zu gestalten, wie er es für zweckmäßig hält, vorausgesetzt daß er in der Bezeichnung der zusammengefaßten Denkelemente mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft nicht sprachwidrig wird.'[34]

Aan de hand van deze verschillende omschrijvingen werd stelling genomen

31. F.C. von Savigny, System III, 1840, 8.
32. F.C. von Savigny, System III, 1840, 98/99. De Oostenrijkse pandektist Joseph Unger achtte de gelijkstelling van wilsverklaring met rechtshandeling onjuist, hoewel hij in wezen dezelfde omschrijving van de rechtshandeling gaf als Von Savigny: *Rechtsgeschäfte (negotia, negotia juris) sind Handlungen (Willenserklärungen), welche die Entstehung Modificirung oder Erlöschung von Rechtsverhältnißen unmittelbar bezwecken und wesentlich bedingen*. Unger stelde de wilsverklaring gelijk aan iedere handeling, niet aan iedere rechtshandeling. J. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 2, 1876, 40 en noot 1.
33. H. Dernburg, Pandekten I ^{7}1902, 210 noot 4.
34. B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 1900, 266, noot 1.

in een dogmatische meningenstrijd, die nog niets aan actualiteit heeft ingeboet. De toegemeten ruimte laat slechts het vermelden van enkele van de destijds uitvoerig besproken vragen toe.

Zo werd allereerst de principiële vraag aan de orde gesteld of men de rechtshandeling wel als een algemeen begrip mag bespreken. Bestaat zij wel als bruikbaar rechtsbegrip, of is zij '*wissenschaftlich wertlos*', zoals Schloßmann stelde in zijn geruchtmakende boek over de overeenkomst.[35] Volgens hem kon de rechtshandeling zich oplossen in verschillende soorten handelingen, waaraan geen algemene gevolgtrekkingen mogen worden verbonden. Precies dezelfde vraag behandelt Meijers in zijn Toelichting bij Titel 2 van Boek 3.[36] Hij constateert dat een algemene regeling in het OBW ontbreekt en vraagt zich af of dit juist is of dat er wèl behoefte is aan zo'n regeling, omdat er wel degelijk gemeenschappelijke kenmerken zijn, die een antwoord geven op vragen die tot dan toe onzeker zijn gebleven. Meijers somt die gemeenschappelijke kenmerken op en concludeert op grond daarvan tot de wenselijkheid van een algemene regeling. Op dezelfde wijze verdedigt Dernburg de rechtshandeling tegen de bedenkingen van Schloßmann. Er bestaat ondanks alle verscheidenheid '*eine tiefgehende Gemeinsamkeit*', die vooral tot uiting komt bij de handelingsbekwaamheid, de vernietigbaarheid wegens wat wij zouden noemen wilsgebreken en wilsontbreken, bij de voorwaarde en de tijdsbepaling, enz. Want, zo formuleert Dernburg het pandektistische credo: '*Das Rechtsgeschäft ist allgemein das Instrument der privatrechtlichen Selbstbestimmung.*' Met deze constatering heeft Dernburg stelling genomen in een ander uitvoerig behandeld twistpunt, dat aan actualiteit nog niets verloren heeft: waardoor nu treedt het rechtsgevolg in, door de wil van de verklarende of door het objectieve recht dat aan bepaalde gedragingen rechtsgevolgen vastknoopt? Welke moderne jurist herkent niet Van Dunné's betoog over de normatieve uitleg van rechtshandelingen in de stelling van Lotmar:[37]

'Weil die Willensäußerung Rechtsfolgen hat durch das Recht, ist das Wollen der Rechtsfolgen durch den Handelnden gleichgültig.'

Lotmar heeft bijval en bestrijding gekregen en daardoor een discussie ontketend die steeds op het hoogste niveau is gevoerd en die naar mijn mening menig modern dogmaticus tot leerschool kan dienen.[38]

De volgende vraag die zich opdringt bij degenen die aan de wil van de verklarende invloed toekennen is die naar wat ik maar kortheidshalve aanduid als de betrekking tussen de wil, de verklaring en het vertrouwen. Is het de wil

35. S. Schloßmann, Der Vertrag, 1876, 129 e.v.
36. Toel. I, 1954, 180.
37. Ph. Lotmar, Ueber Causa im römischen Recht, 1875, 15 e.v.
38. Zie o.a.: H. Dernburg, o.c. 212 nt 10; A. Thon, Rechtsnorm, und subjectives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, 1878, 371 e.v.; J. Kohler in Jherings Jahrbücher 18, 134 e.v.; daartegen E. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, 237; A. Pernice, in Grünhuts Zeitschrift 7, 474 e.v. enz. enz.

van de verklarende, is het de verklaring van de eventueel niet willende, of is het het vertrouwen van de tegenpartij op de (schijn)wil van de verklarende, die de doorslag geeft? Deze ook in Nederland[39] gevoerde meningenstrijd is in deze eeuw nog zo levendig dat Meijers er een passage in zijn Toelichting aan wijdt. Daarin geeft hij noodgedwongen de discussie wel erg simplistisch weer:

'Met het stellen van deze dubbele eis van wil en verklaring, is geenszins in de vroegere strijd tussen wilstheorie en verklaringstheorie voor de eerste partij gekozen. Het dilemma was vroeger onjuist geformuleerd. De strijd ging immers niet tussen wil of verklaring (d.i. het door een verklaring opgewekte vertrouwen), maar tussen: alleen de geopenbaarde wil als grondslag van het rechtsgevolg, of een dubbele grondslag, zowel de geopenbaarde wil als daarnaast het opgewekte vertrouwen. In aansluiting met de in de Nederlandse rechtspraak reeds lang tot uitdrukking gekomen opvatting is het laatste stelsel aanvaard.'[40]

Onmiddellijk met de voorgaande vragen staat een andere belangrijke kwestie in verband. Als dan de geopenbaarde en in vertrouwen geaccepteerde wil van de verklarende van invloed is, moet hij dan op alle rechtsgevolgen gericht zijn? Of, iets anders gesteld, indien vast staat dat ten gevolge van een handeling een rechtsgevolg intreedt, ook al is de wil daarop niet gericht, is er dan nog sprake van een rechtshandeling? Weer anders gesteld: waar ligt de grens tussen feitelijke handeling waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden en de rechtshandeling? Is een juridisch beschermde uitvinding een rechtshandeling?[41] Is de vermelding van de aankomst van een partij koopwaar een rechtshandeling?[42] En een uiterst moderne vraag in verband met de invoering van de Algemene Wet Bestuursrecht: is een beschikking door de overheid een rechtshandeling?[43]

De ogenschijnlijk zo pietepeuterige vraag krijgt plotseling grote dimensies wanneer het leerstuk van de bezitsverschaffing wordt behandeld. Is de bezitsverschaffing of de bezitsverkrijging een rechtshandeling omdat de verschaffer/verkrijger de rechtsgevolgen die aan het bezit verbonden zijn heeft beoogd? En daarmee samenhangend, gaat de eigendom van een roerende zaak slechts over wanneer de wil der partijen of in ieder geval die van de *tradens* op dit rechtsgevolg (overgang van eigendom) is gericht? In de moderne literatuur is men geneigd deze vragen zonder meer bevestigend te beantwoorden en dat brengt mijns inziens veel problemen met zich mee die door de pandektisten zijn besproken en onderkend. Men kan dan ook naar mijn mening nog steeds met vrucht kennis nemen van de vorige-eeuwse discussie die met name door Brinz en Windscheid over deze kwestie is

39. In plaats van andere literatuur zie H. Coing, Europäisches Privatrecht II, 1989, 275 e.v.; voor ons land Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht II, 1985, 81 e.v.
40. Toel. op art. 3.2.2, p. 182.
41. Over deze vraag J. Kohler, in Grünhuts Zeitschrift nr 13, 287 e.v.
42. Hierover E. Zitelmann, Rechtsgeschäfte I, 33 e.v.
43. Neen, zegt Dernburg, o.c. 211, ja zegt A. von Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 4, 1892, 14 en aangehaalde literatuur in noot 19. Brinz heeft als eerste voor de rechtspersoon de uitdrukking *Zweckvermögen*, doelvermogen, gebruikt.

gevoerd. Als uitgangspunt beschouwde Windscheid het bezit als:

'eine Thatsache und nichts als eine Thatsache. Allerdings sind an diese Thatsache rechtliche Folgen angeknüpft: aber dadurch wird sie nicht zum Rechte. Mann müßte sonst auch den Vertrag und das Testament ein Recht nennen.'

Zo kent ook de pure bezitsverschaffing rechtsgevolgen — te denken valt aan de bezitsbeschermende bepalingen — die in het algemeen wel beoogd zullen zijn, maar omdat zij ook intreden wanneer zij niet zijn beoogd, dus onafhankelijk van de daarop gerichte wil, is het niet juist van een rechtshandeling te spreken. Dan zouden ook de beoogde verwekking van een kind en de zelfmoord rechtshandelingen zijn. Niet anders is het als in een causaal stelsel door bezitsverschaffing de eigendom overgaat. Indien een dief de gestolen zaak aan een heler verkoopt en levert, beogen beiden niet meer dan het blote bezit te verschaffen. Toch wordt de heler eigenaar indien de dief op het ogenblik van de bezitsverschaffing, ook zonder dat hij het wist — bijvoorbeeld door erfopvolging — eigenaar was. De eigendom gaat met andere woorden over, ook al is de wil niet op de eigendomsoverdracht gericht.[44] Het vergt een afzonderlijk artikel dit alles uit te werken, maar het moge duidelijk zijn dat de in alle scherpte gevoerde pandektistische discussie een verhelderende bijdrage kan leveren aan huidige debatten over de bezitsoverdracht van art. 3:114 en de zakelijke overeenkomst.[45]

In het voorgaande hebben we slechts enkele vragen aangestipt in verband met de indeling van het wetboek en met de door de pandektisten geïntroduceerde figuur van de rechtshandeling. Is daarmee de invloed van de pandektistiek uitputtend behandeld? Geenszins. Het is veeleer een begin van een behandeling. Want wanneer men de pandektistische en de moderne gedachtenwisseling volgt over de terugwerkende kracht van de voorwaarde (art. 3:38), over de uitloving (art. 6:220) die haar pendant heeft in de *pollicitatio*, over het verbod van herverpanding (art. 3:242) en de pandektistische regeling van het *subpignus*[46], over de conversie en de convalescentie (art. 3:42 en 3:58), over de *culpa in contrahendo* van R. von Jhering en de leer der risicoaansprakelijkheid, over de door Windscheid verdedigde verplichting van de verkoper het eigendomsrecht over te dragen, over ... ja over bijna elke

44. In een abstract stelsel, waarin de causa niet objectief geldig hoeft te zijn en in de plaats daarvan een 'Einigung' wordt vereist, ligt dit anders. Zie daarover J.H.A. Lokin, Traditio; de verschaffing van het bezit in: Flores legum H.J. Scheltema oblati, 1971, 121-132 en onlangs W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Privaatrecht, Inleiding en Zakenrecht, 1993, passim, m.n. 149 e.v., 157 e.v.
45. Zie bijvoorbeeld Asser-Mijnssen-de Haan, 1992 nr 259 e.v. en de bespreking van S.C.J.J. Kortmann in R.M. Themis 1993, 99. Zie ook J.H.A. Lokin, Bezitsverschaffing en bezitsoverdracht, in C.J.H.B. (Brunner-bundel), 1994, 245-257.
46. Zie daarover W.J. Zwalve, Enige opmerkingen over art. 3:242 BW (Een kleine 'pandektistische' exercitie over de samenhang tussen de constructie der herverpanding en die van de verpanding van door een pandrecht verzekerde vorderingen), in C.J.H.B. (Brunner-bundel), 1994, 441-450.

dogmatische kwestie, dan kan men bespeuren dat de pandektisten de dogmatische gedachtenvorming steeds hebben beïnvloed en dikwijls hebben bepaald. Van de ene kant is hun invloed niet onmiddellijk in die zin dat Meijers of de andere codificatoren rechtstreeks met de pandektisten in debat gaan. Meestal staat tussen hen de regeling van het BGB of staan de talloze Nederlandse schrijvers die wel rechtstreeks door de pandektisten zijn beïnvloed. Van de andere kant is hun invloed een blijvende en geenszins geëindigd nu het nieuwe wetboek zijn gelding heeft gekregen. Want de rechtsvragen die aan de nieuwe wettelijke formuleringen ten grondslag liggen zijn niet de wereld uit sinds het wetboek een feit is, ja soms zijn er door die gewijzigde formuleringen zelfs nieuwe bij gekomen. En aan de ontleding en de oplossing van die oude en nieuwe vragen zullen de pandektisten door de hoge kwaliteit van hun dogmatische beschouwingen nog lang een bijdrage kunnen leveren.

De klassieke noodzaak van ons zakelijk bezitrecht

*Thijs Lommen**

1. Inleiding

Ius nullo continetur tempore. Deze lokroep van de rechtsgeschiedenis zou de praktijkjurist kunnen verleiden tot de bestudering van regelingen die nieuw zijn tegenover het oude BW, maar teruggrijpen op historische rechtsfiguren.[1] Een goed voorbeeld van een dergelijke regeling vindt men in art. 3:125 BW. Krachtens de eerste twee leden van dat artikel kan de bezitter in geval van bezitsverlies of bezitsstoornis dezelfde rechtsvorderingen instellen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op het goed toekomen. De vordering van de bezitter wordt afgewezen, indien de gedaagde een beter recht dan de eiser heeft tot het houden van het goed of de storende handelingen krachtens een beter recht heeft verricht. Het beroep van de gedaagde op een beter recht wordt echter niet gehonoreerd, indien hij met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord. De bescherming die deze regeling verleent aan bezitters 'gaat in de richting van' de bescherming van bezitters door middel van de *actio Publiciana* in het klassieke Romeinse recht.[2]

* Mr. M.C.J. Lommen is als universitair docent verbonden aan de Vakgroep Algemene Vakken en Encyclopedie van de Rechtswetenschap van de RU Leiden.

1. Vgl. W.D.H. Asser e.a., Nutteloos maar belangrijk. Over de betekenis van de rechtsgeschiedenis voor de rechtspraktijk, NJB 1985, p. 1200. Zie ook de aldaar in noot 1 genoemde voorbeelden van regelingen in het huidige BW die nieuw zijn tegenover het oude BW, maar teruggrijpen op rechtsfiguren uit de geschiedenis van het Romeinse recht.
2. Aldus (voorzichtig) Meijers in zijn Toelichting op art. 3:125 BW (3.5.17), Parl. Gesch. Boek 3, p. 456. Stelliger geformuleerd bij J.C. van Oven, Bezit en bezitsbescherming in het ontwerp Burgerlijk Wetboek, WPNR 4537-4539, die opmerkt dat Meijers met art. 3:125 BW 'de Romeinse *actio Publiciana* in ere hersteld' heeft en de regeling van art. 3:125 BW beschouwt als een 'herboren Publiciana'. Daarmee vergeleken is terughoudend de formulering van R. Feenstra, Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge, in: R. Feenstra, Fata Iuris Romani. Etudes d'histoire du droit, Leiden 1974 [= Leidse Juridische Reeks deel XIII], p. 121-122: (...) un article que, avec quelque bonne volonté, on pourrait interpréter comme une Publicienne *rediviva*'. Vgl. ook W.J. Zwalve, Enige opmerkingen over 3.5.17. van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek, WPNR 5429 en J.H.A. Lokin, Prota, Groningen 1992, p. 160 en 186. Twee laatstgenoemde auteurs schenken ook aandacht aan de klassieke achtergrond van de

In zijn Toelichting op art. 3:125 BW merkt Meijers op, dat er ongetwijfeld behoefte bestaat aan een bescherming van bezitters 'tegen andere personen, die in ieder geval minder dan hijzelf met het goed te maken hebben, personen nl. die noch enig recht noch een bezit, of alleen bezit dat ten koste van de vroegere bezitter verkregen is, voor zich kunnen inroepen'.[3] Meijers verwijst daarbij[4] naar het proefschrift van Van Oven over de functies van de bezitsbescherming.[5] In dit boek, dat voor het leerstuk van de bezitsbescherming buitengewoon belangrijk is geweest, onderscheidt Van Oven twee principieel verschillende functies van de bezitsbescherming, door hem de zakelijke en de politionele functie genoemd,[6] en geeft hij aan welke verschillende consequenties beide functies hebben voor de regeling van de bezitsbescherming. In de politionele functie wordt de bezitter beschermd tegen stoornis van zijn bezit, omdat in het belang van de openbare orde voorkomen moet worden dat personen eigenmachtig inbreuk maken op een status quo. Eigenmachtig ingrijpen in een bestaande bezitsverhouding is onrechtmatig, zelfs indien de rechthebbende dit doet bij wijze van eigenrichting.[7] Naast deze politionele functie, gericht op handhaving van een feitelijke toestand, onderscheidt Van Oven de zakelijke functie van de bezitsbescherming, waarbij de bezitter beschermd wordt tegen aantasting van een zakelijk recht op het goed. Aan zijn bezit ontleent de bezitter een (relatief) zakelijk recht op het goed, een recht dat hij tegenover iedereen kan handhaven die zich niet kan beroepen op een beter recht op het goed. Op de bescherming van dit recht, het zakelijk bezitrecht, ziet de regeling van art. 3:125 BW leden 1 en 2.[8]

bepaling dat het beroep van de gedaagde op een beter recht niet wordt gehonoreerd, indien hij met geweld of op heimelijke wijze de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord.

3. Parl. Gesch. Boek 3, p. 456.
4. Ibidem, p. 456 noot 1.
5. J.C. van Oven, De bezitsbescherming en hare functies, diss. Amsterdam 1905.
6. Ibidem, respectievelijk op p. 15 en op p. 18. De in de literatuur gebruikte terminologie bij de bespreking van de verschillende functies van het bezit is niet eenduidig en kan gemakkelijk tot verwarring leiden. Vgl. bijvoorbeeld Asser-Mijnssen-de Haan, nr. 133 e.v. en F.H.J. Mijnssen en G.H.A. Schut, Bezit, levering en overdracht [= Studiepockets privaatrecht nr. 26], 3e herz. druk, Zwolle 1991, p. 24 e.v. Zie ook de losbladige editie Vermogensrecht (J.D.A. den Tonkelaar), art. 3:125 BW, aantek. 3.
7. Asser-Mijnssen-de Haan, nr. 135, en Mijnssen-Schut, supra noot 6, p. 24, verwaarlozen bij de beschrijving van de politionele functie het onderscheid tussen eigenmachtig optreden en eigenrichting. Bescherming tegen eigenmachtig optreden reikt verder, omdat deze bescherming ook verleend wordt tegen personen die de bezitter storen zonder zich daarbij te beroepen op een eigen recht. Het gaat er enkel om of de stoorder de status quo verbreekt. Het verbreken van de status quo is ook onrechtmatig, indien de stoorder dit doet zonder het oogmerk een eigen recht te handhaven. Vgl. Van Oven, supra noot 5, p. 42 en, in verband met de bezitsactie van art. 606 BW (oud), Asser-Beekhuis I (Zakenrecht), 12e druk, nr. 263.
8. De politionele functie van de bezitsbescherming laat art. 3:125 BW lid 3 over aan het leerstuk van de onrechtmatige daad. Vgl. Toelichting Meijers op art. 3:125 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 456.

Voor deze bescherming van het zakelijk bezitrecht en de daarmee vergelijkbare bescherming van bezitters door middel van de *actio Publiciana* in het Romeinse recht bestaat een klassieke noodzaak, die te maken heeft met de regeling van het eigendomsrecht. Zakelijke bescherming van bezitters is het noodzakelijk complement van het klassiek-Romeinse eigendomsstelsel, dat fundamenteel ongewijzigd voortleeft in het huidige BW. Het oude BW kende geen bevredigende regeling van het zakelijk bezitrecht. De leemte die daardoor bestond in verband met de regeling van de eigendom werd nog 'pijnlijker voelbaar'[9] door het bekende arrest van de Hoge Raad in de zaak van Damhof tegen de Staat.[10] Ter illustratie van de noodzaak van het zakelijk bezitrecht daarom eerst een korte blik op dit arrest.

2. 'Ons rechtsgevoel'

Damhof had in 1944 enige roerende goederen gekocht van een Duitse firma. Nadat, in juni 1945, de Politieke Opsporingsdienst (een orgaan van de Staat) de goederen in beslag had genomen en had verkocht op basis van de waarde van die goederen aan het begin van de oorlog, eiste Damhof dat de Staat hem als schadevergoeding zou betalen de waarde van die goederen in juni 1945. Volgens Damhof leverde de weigering van de Staat om hem die waarde te vergoeden een onrechtmatige daad op jegens hem als eigenaar van die goederen. Tegen de overweging van het Hof dat Damhof echter geen eigenaar was geworden, omdat zijn titel (de koopovereenkomst tussen hem en de Duitse firma) nietig was op grond van het Besluit Rechtsverkeer in Oorlogstijd, bracht Damhof in cassatie naar voren, dat hij ondanks de nietigheid van de titel toch eigenaar was geworden. Damhof stelde dat hij, onbekend met het Besluit, de goederen te goeder trouw had verkregen en dat zijn bezit gold als volkomen titel in de zin van art. 2014 BW (oud). Zoals bekend, luidde het antwoord van de Hoge Raad, dat art. 2014 BW (oud) met betrekking tot de verkrijging van roerende goederen door levering slechts in zover een uitzondering maakt op de algemene aan de verkrijging van eigendom gestelde eisen, dat de beschikkingsonbevoegdheid van degene die overdraagt de verkrijger te goeder trouw niet kan worden tegengeworpen en dat daarom ook voor de verkrijging van eigendom van roerende goederen onverminderd geldt het vereiste van art. 639 BW (oud) dat de levering moet berusten op een geldige titel. Aldus aanvaardde de Hoge Raad de legitimatieleer van Scholten met betrekking tot de uitleg van art. 2014 BW (oud) en daarmee het causale stelsel ook voor de verkrijging van roerende zaken.[11]

De beslissing van de Hoge Raad schonk Van Oven, vurig pleitbezorger van

9. J.C. van Oven, Eigendom van roerende zaken, NJB 1951, p. 227.
10. HR 5 mei 1950, NJ 1951 nr. 1 (DJV).
11. Zie Asser-Mijnssen-de Haan, nr. 286 en 327. Voor een uitvoerige bespreking van de legitimatieleer zie A.F. Salomons, De interpretatiegeschiedenis van artikel 2014 BW (1838-1945) [= Post Scriptum Reeks], Deventer 1990, p. 99 e.v.

de leer van Scholten,[12] geen onvermengde voldoening.[13] De legitimatieleer leidde immers in het geval van Damhof tot de beslissing dat hij geen eigenaar was geworden, en dat hij daarom *ook jegens de Staat* geen aanspraak kon maken op vergoeding van de schade die hij stelde *als eigenaar*[14] te hebben geleden. Nu was er volgens Van Oven 'niets op tegen, te beslissen dat Damhof geen eigenaar was', maar wel, zo voegde hij eraan toe, 'strijdt het met ons rechtsgevoel, dat hij geen bescherming vond tegen aantasting van zijn bezit door personen die generlei recht op de zaak hadden'.[15]

De onbevredigende uitkomst van het arrest Damhof-Staat vormde voor Van Oven aanleiding om nog eens te wijzen op de behoefte aan de erkenning van het zakelijk beschermde bezitrecht,[16] een recht verbonden aan de enkele verkrijging van het bezit en evenals eigendom en andere rechten op goederen een absoluut recht, maar zwakker, omdat het niet kan worden ingeroepen tegen de werkelijk rechthebbende of tegen andere personen die zich tegenover de bezitter kunnen beroepen op een beter recht op het goed. De aanvaarding van Scholtens opvatting over art. 2014 BW (oud) en het causale karakter van de levering ook van roerende goederen had volgens Van Oven 'de leemte pijnlijker voelbaar gemaakt, die haar oorzaak vindt in de uitsnijding van het zakelijk bezitrecht uit het gerecipieerde Romeinse privaatrecht, door de Franse en Nederlandse wetgever verricht'.[17] Pijnlijker, omdat de nieuwe leer over art. 2014 BW (oud) strengere eisen stelt aan de verkrijging van eigendom van roerende zaken in het geval van een beschikkingsonbevoegde voorman dan de oude leer, namelijk dat de verkrijger te goeder trouw is en de zaak hem geleverd is krachtens een geldige titel. Deze strengere eisen hebben tot gevolg dat er vaker dan onder de oude leer bezitters kunnen voorkomen die zich niet op eigendom kunnen beroepen. Dat is op zichzelf niet bezwaarlijk. Het probleem is echter, dat deze bezitters zonder zakelijke bescherming van het bezit machteloos staan, wanneer zij na bezitsverlies de zaak aantreffen bij personen die nog minder recht hebben op het bezit van de zaak. In het oude BW waren volgens de heersende mening alle bezitsacties alleen bestemd voor de bezitters van onroerende zaken en zakelijke rechten op onroerende zaken. Nog afgezien van het feit dat ook deze bezitsacties geen goed geregelde zakelijke bescherming boden, omdat de wetgever van het oude BW onvoldoende rekening had gehouden met de verschillende consequenties die de politionele en de zakelijke functie van de bezitsbescherming hebben voor de

12. Zie o.a. J.C. van Oven, Art. 2014 BW en de bezitsbescherming van roerend goed, WPNR 2016-2019 en Van Oven, supra noot 9, p. 225 e.v. Zie over het standpunt van Van Oven t.a.v. art 2014 BW (oud) ook Salomons, supra noot 11, p. 102 e.v.
13. Van Oven, supra noot 9, p. 225.
14. Althans zo las het Hof de dagvaarding van Damhof en deze lezing is in cassatie niet bestreden. Zie daarover E. M. Meijers, Het arrest van de Hoge Raad van 5 mei 1950 betreffende de eigendom van roerend goed, WPNR 4187.
15. Van Oven, supra noot 9, p. 227.
16. Ibidem, p. 227 e.v. Eerdere pleidooien voor de erkenning van het zakelijk bezitrecht in Van Oven, supra noot 5, p. 218 e.v. en in Van Oven, supra noot 12.
17. Van Oven, supra noot 9, p. 227.

regeling van de bezitsbescherming,[18] verleende het oude BW dus in ieder geval geen zakelijke bescherming aan de bezitters van roerende zaken die zich in geval van bezitsverlies niet op eigendom konden beroepen. De bezitter van een roerende zaak die, zoals Damhof, van zijn tegenpartij te horen kreeg, dat hij geen eigenaar kon zijn, omdat hij de zaak verkregen had krachtens een nietige titel, werd daardoor in geval van bezitsverlies onvoldoende beschermd tegenover personen die zelf nog minder recht hadden op het bezit van de zaak. Waren het derden jegens wie hij geen persoonlijk recht op afgifte van de zaak had, bijvoorbeeld op grond van wanprestatie of als vorm van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, dan werd hij in het geheel niet beschermd. Was er wel sprake van een persoonlijk recht op afgifte van de zaak jegens de nieuwe bezitter c.q. houder, dan baatte hem dat niets in geval van een faillissement.

In 1951 gaf Meijers, die ten aanzien van art. 2014 BW (oud) altijd de abstracte leer had verdedigd,[19] in een eveneens naar aanleiding van het arrest Damhof-Staat geschreven artikel[20] aan in zijn ontwerp van een nieuw BW het causale stelsel te zullen opnemen. De gedachte onderschrijvend 'dat een derde zich niet heeft in te laten met de vraag of er tussen verkoper en koper een geldige titel aanwezig is, vooral als de verkoper zelf zich daaraan niets gelegen laat liggen' meende Meijers dat de causale leer wel moest worden aangevuld met de door Van Oven bepleite erkenning van het zakelijk beschermde bezitrecht. Aldus geschiedde: in art. 3:84 BW wordt thans voor de overdracht van alle goederen een levering krachtens een geldige titel geëist en ter voorkoming van het onredelijke resultaat dat deze causale leer kan hebben, wordt in aanvulling daarop in art. 3:125 BW het zakelijk beschermde bezitrecht geregeld.

Al is de aanvaarding van de causale leer voor de overdracht van goederen de directe aanleiding geweest voor Meijers om de bezitter een zakelijke bescherming te verlenen, dat betekent niet dat Meijers als remedie voor de onbillijke resultaten van de causale leer geen andere keus had dan de erkenning van het zakelijk bezitrecht. Procureur-Generaal Berger had in zijn conclusie bij het arrest Damhof-Staat al aangegeven, dat de bezitter te goeder trouw die verkregen heeft krachtens een gebrekkige titel zakelijk beschermd wordt, indien men het zo ziet dat in een dergelijk geval 'de bezitter eigenaar is tegenover een ieder behalve tegenover de oorspronkelijke eigenaar, zodat derden, die op het bezit inbreuk maken, zich tegenover de bezitter niet kunnen beroepen op een gebrek in diens titel, zelfs niet, wanneer de titel volstrekt nietig zoude zijn'. Een relativering van het eigendomsbegrip dus.[21] Deze

18. Van Oven, supra noot 6, p. 210 e.v. Vgl. ook Asser-Mijnssen-de Haan, nr. 236.
19. Zie hierover Salomons, supra noot 11, p. 107 e.v.
20. Meijers, supra noot 14.
21. Volgens Van Oven, supra noot 9, p. 232, voor het oude BW de juiste uitweg uit de impasse als gevolg van het ontbreken van een zakelijke bescherming van het bezit van roerende goederen. De Hoge Raad was echter niet vatbaar voor de suggestie van Proc.-Gen. Berger. Vgl. ook HR 17 april 1891, W 6027 en E.M. Meijers, supra noot 14, en diens noot onder

gedachte brengt ons bij de werkelijke noodzaak van het zakelijk bezitrecht: het zakelijk bezitrecht is nodig in een eigendomsstelsel zoals het onze, dat een strikt onderscheid maakt tussen eigendom, het *recht* op de heerschappij over zaken, en bezit, de *uitoefening* van die heerschappij zelf, en dat voor het bestaan van dat recht eist dat men tegenover iedereen gelegitimeerd is tot de uitoefening van de heerschappij over de zaak. Dit eigendomsstelsel heeft een klassiek-Romeinse oorsprong. Van Oven zelf heeft meerdere keren gewezen op de klassieke achtergrond van de noodzaak van de erkenning van het zakelijk bezitrecht, maar meer *en passant,*[22] zodat het niet overbodig lijkt daar nog eens aandacht aan te schenken.

3. Het Romeinse systeem

Het klassieke Romeinse recht[23] kende twee verschijningsvormen van het eigendomsrecht: de traditionele, vanuit het oud-Romeinse recht ontwikkelde eigendom naar *ius civile* (*dominium ex iure Quiritium*) en de in de klassieke tijd door de praetor in aanvulling daarop ontwikkelde eigendom volgens *ius praetorium.*[24] Ik beperk mij voorlopig tot de regeling van de eigendom volgens *ius civile.*

Het eigendomsrecht volgens *ius civile* is, in de moderne terminologie, een absoluut recht. Wie een zaak opvordert met de bewering dat de zaak hem toebehoort naar *ius civile*, dient, althans in theorie,[25] aan te tonen dat hij niet alleen tegenover zijn wederpartij, maar tegenover iedereen gelegitimeerd is tot de uitoefening van de heerschappij over die zaak.[26] Deze opvatting van het eigendomsrecht als het absolute, jegens iedereen te handhaven recht op de uitoefening van de heerschappij over de zaak heeft haar oorsprong in het klassieke Romeinse recht. In het oud-Romeinse recht werd eigendom gezien als het betere recht op het bezit van de zaak *ten opzichte van de concrete*

HR 1 febr. 1932, NJ 1932, p. 1425. Zie voor bijzondere gevallen waarin men zou kunnen spreken van relatieve eigendom, E.B. Rank-Berenschot, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, diss. Leiden 1992, Deventer 1992, p. 220 e.v. en de daar aangehaalde literatuur.

22. Van Oven, supra noot 5, p. 218 e.v., supra noot 9, p. 233 en supra noot 2.
23. Volgens de gebruikelijke periodisering het recht dat gegolden heeft van omstreeks het begin van onze jaartelling tot omstreeks 250 na Chr.
24. M. Kaser, Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht [= Handbuch der Altertumswissenschaft X.3.3.2], tweede druk, München 1971, p. 400 e.v.; M. Kaser, Romeins privaatrecht, vertaald en bewerkt door F.B.J. Wubbe, tweede herziene en bijgewerkte druk, Zwolle 1971 (derde oplaag 1977 met enige verbeteringen en veranderingen), p. 110; R. Feenstra, Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht, zesde druk, Leiden 1994, nr. 81 e.v.; Lokin, supra noot 2, p. 129 e.v. (met name p. 161-163).
25. De opvatting dat het eigendomsrecht alleen kan ontstaan op grond van een wijze van verkrijging die de verkrijger ten opzichte van iedereen legitimeert tot de heerschappij over de zaak sluit niet uit dat men in de praktijk geen al te hoge eisen stelt aan het bewijs van een dergelijke wijze van verkrijging. Zie ook hierna noot 39.
26. Kaser, supra noot 24, p. 401-402; Kaser-Wubbe, supra noot 24, p. 109.

wederpartij.[27] De ontwikkeling van een absoluut eigendomsbegrip in de late Republiek leidde uiteindelijk tot een verandering van het eigendomsproces.[28]

In het oud-Romeinse eigendomsproces beweerde niet alleen de eiser maar ook de gedaagde dat de zaak hem toebehoorde. De rechter die met beide tegenstrijdige beweringen werd geconfronteerd, moest oordelen welk van beide partijen terecht beweerde dat de zaak hem toebehoorde volgens *ius civile*. Het oud-Romeinse eigendomsproces bood hem niet de mogelijkheid te oordelen dat géén van beide partijen met recht beweerde dat de zaak hem toebehoorde. Een dergelijke regeling voor de handhaving van het eigendomsrecht is onverenigbaar met een eigendomsbegrip dat alleen het beste recht op de zaak omvat en niet tevens het enkel betere recht op de zaak ten opzichte van een concrete wederpartij. Geeft men de rechter geen andere keus dan één van beide partijen als eigenaar te beschouwen, dan kan dat alleen indien men de eigendom opvat als een relatieve aanspraak op de zaak, een aanspraak voor de erkenning waarvan het recht niet méér verlangt dan het bewijs dat men ten opzichte van een concrete tegenstander een beter recht heeft op de zaak.

Het antwoord op de vraag wie van beide partijen een betere aanspraak op de zaak had, was afhankelijk van de door hen aangevoerde wijze van verkrijging van de zaak, of beter: van de feiten en omstandigheden die zij aanvoerden als argument voor hun beweerd recht van toebehoren.[29] De rechter moest deze door elk van beide partijen aangevoerde feiten en omstandigheden tegen elkaar afwegen. Van alle mogelijke feiten en omstandigheden die een partij kon aanvoeren ter ondersteuning van de bewering dat de zaak hem toebehoorde, waren er enkele die, indien het bewijs ervan werd geleverd, volgens de Romeinse juristen in alle gevallen (ten opzichte van iedere tegenpartij) moesten leiden tot het oordeel dat er sprake was van een beter recht van toebehoren. Daartoe behoorden in de eerste plaats de omstandigheid dat men het bezit had verkregen van een *res nullius* (een zaak die niemand toebehoort),

27. Kaser, supra noot 24, p. 124; Kaser-Wubbe, supra noot 24, p. 109. Hetzelfde geldt voor het oud-vaderlandse recht van vóór de receptie, waarin ieder die een zaak in gebruik had of daarvan economisch voordeel genoot 'weer' had. Ten opzichte van dezelfde zaak konden meerdere personen een verschillende *weer* hebben. In een proces over een zaak won de persoon met een betere *weer* van de persoon met een mindere *weer*. Zie A.S. de Blécourt, Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht, zesde druk bewerkt door H.F.W.D. Fischer, Groningen-Djakarta 1950, p. 125 e.v.
28. Zie voor de hierna volgende beschrijving van de ontwikkeling van een relatief naar een absoluut eigendomsbegrip, Kaser, supra noot 24, p. 124 en p. 400-402 en de daaraan ten grondslag liggende studie van dezelfde auteur, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, tweede druk, Köln-Graz 1956, passim. Vgl. ook M. Kaser, Über 'relatives Eigentum' im altrömischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung) 102 (1985), p. 1 e.v., waar Kaser zijn oorspronkelijke theorie over de oud-Romeinse eigendom op enige punten bijstelt en nuanceert.
29. 'Wijze van verkrijging van de zaak' zou ten onrechte de indruk kunnen wekken, dat zij het bezit van de zaak moesten hebben verkregen om een recht op de zaak te kunnen waarmaken.

en, zo er geen sprake was van een *res nullius*, de omstandigheid dat men gedurende een bepaalde periode[30] onafgebroken over de zaak het bezit had uitgeoefend. Deze originaire wijzen van verkrijging van de zaak (*occupatio* en *usucapio*)[31] legitimeerden de uitoefening van de heerschappij over de zaak tegenover iedereen. Daarnaast stonden de gevallen waarbij men zich erop beriep het recht van toebehoren van een voorganger af te leiden, de gevallen van derivatieve verkrijging.[32] Alle mogelijke manieren van derivatieve verkrijging konden door een partij worden ingeroepen als argument ter ondersteuning van de bewering dat de zaak hem toebehoorde. Een belangrijk verschil met de originaire wijzen van verkrijging was echter, dat een beroep op een derivatieve wijze van verkrijging volgens de Romeinse juristen niet in alle gevallen ten opzichte van de wederpartij kon leiden tot het oordeel dat er sprake was van een beter recht van toebehoren. Betrof het zaken die als *res mancipi*[33] werden beschouwd, dan kon men een recht van toebehoren alleen dan tegenover iedereen hard maken, indien men kon aantonen bepaalde formele handelingen (*mancipatio* of *in iure cessio*) te hebben verricht met de voorman waarnaar men verwees. Het rechtsgevolg van deze formele handelingen, een recht van toebehoren dat tegenover iedereen kon worden gehandhaafd, was onafhankelijk van de onderliggende rechtsverhouding. Een geldige titel (*iusta causa*) werd dus niet geëist. Ten aanzien van de overige zaken, de *res nec mancipi*, verkreeg men een tegenover iedereen werkend recht van toebehoren, indien men op grond van een *iusta causa*, waartoe o.a. koop en schenking behoorden, door middel van *traditio* van de voorman het bezit had verkregen. Voor beide soorten derivatieve verkrijging (*mancipatio/in iure cessio* en *traditio ex iusta causa*) gold wel, dat men een tegenover iedereen werkend recht van toebehoren alleen kon waarmaken, indien men kon aantonen dat ook de voorman een dergelijk recht zou hebben kunnen waarmaken[34]: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.[35] Deze

30. Twee jaar bij landgoederen, één jaar bij alle overige zaken.
31. Ik noemde slechts de belangrijkste. Ook andere wijzen van originaire verkrijging, zoals schatvinding, natrekking, zaaksvorming en vruchttrekking leidden tot een recht van toebehoren dat men tegenover iedereen kon handhaven. Over deze wijzen van verkrijging zie Kaser, supra noot 24, p. 425 e.v.; Kaser-Wubbe, supra noot 24, p. 125 e.v.; Feenstra, supra noot 24, nr. 143 e.v.; Lokin, supra noot 2, p. 131 e.v.
32. Zie over derivatieve verkrijging in het oud-Romeinse recht Kaser, supra noot 24, p. 131-134 en p. 138-140. Voor derivatieve verkrijging in het klassieke Romeinse recht zie hetzelfde werk, p. 412 e.v.; Kaser-Wubbe, supra noot 24, p. 117 e.v.; Feenstra, supra noot 24, nr. 92 e.v.; Lokin, supra noot 2, p. 137 e.v.
33. Voor de oude, agrarische Romeinse maatschappij bijzonder waardevolle zaken als de in Italië gelegen grond, slaven en last- en trekdieren. Zie Kaser, supra noot 24, p. 123; Kaser-Wubbe, supra noot 24, p. 94; Feenstra, supra noot 24, nr. 96 en Lokin, supra noot 2, p. 120.
34. Hetzelfde geldt voor de verkrijging van eigendom onder algemene titel, zoals bij erfopvolging *ab intestato* (bij versterf) of *ex testamento*, en bij verkrijging onder bijzondere titel terzake des doods door middel van een *legatum per vindicationem*. In al deze gevallen wordt de verkrijger alleen eigenaar, indien ook de erflater/testator dat was.
35. De gebruikelijke kernachtige uitdrukking van het beginsel is ontleend aan Ulp. D. 50,17,54.

laatste eis nu had tot gevolg, dat een partij uiteindelijk altijd een beroep moest doen op occupatie of verjaring, door hemzelf of door één van zijn voorgangers, om in alle gevallen als eiser met de revindicatie te kunnen slagen, dan wel om in alle gevallen als gedaagde de revindicatie van de ander te kunnen afweren. In alle andere gevallen bestond de mogelijkheid, dat de wederpartij erin slaagde feiten en omstandigheden aan te voeren die hem een betere aanspraak op de zaak verleenden. Voor het oude eigendomsproces, waarin zoals gezegd beide partijen dergelijke feiten en omstandigheden moesten aanvoeren en de rechter deze tegen elkaar moest afwegen, was het echter voldoende om feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan men ten opzichte van de concrete wederpartij een betere aanspraak had op de zaak. Wie geen beroep kon doen op occupatie of verjaring door hemzelf of, in geval van derivatieve verkrijging, door één van zijn voorgangers, werd toch *als eigenaar* beschermd, indien hij kon aantonen dat zijn wijze van verkrijging hem toch in ieder geval ten opzichte van zijn wederpartij legitimeerde tot de uitoefening van de heerschappij over de zaak.

Naast deze relatieve aanspraak op de heerschappij die geldend gemaakt kon worden door middel van de revindicatie, stond de bescherming in de feitelijke heerschappij over de zaak door middel van interdicten.[36] Ook deze bescherming was relatief: in de strijd van twee partijen om de feitelijke heerschappij over de zaak, werd door het interdict beschermd de partij die *ten opzichte van de ander* (*ab altero*) niet vitieus het bezit (*possessio*) van de zaak had verkregen. Als vitieus (*vitiosa*) ten opzichte van de wederpartij beschouwde men de *possessio* die met geweld (*vi*) of heimelijk (*clam*) van de wederpartij was verkregen.[37]

In de late Republiek werd het oud-Romeinse eigendomsproces verdrongen door twee nieuwe procedures voor de bescherming van de eigendom volgens *ius civile*. Eén daarvan, de revindicatie *per formulam petitoriam*, werd uiteindelijk in de klassieke tijd het gebruikelijke rechtsmiddel ter bescherming van de eigendom volgens *ius civile*. Tussen de oude en de nieuwe wijzen van procederen in eigendomsgeschillen bestond het belangrijke verschil dat bij de nieuwe eigendomsprocedures alleen de eiser moest stellen dat de zaak hem toebehoorde. Van de eiser verlangde men nu dat hij aantoonde dat hij de zaak had verkregen op een wijze die hem in het algemeen, dat wil zeggen tegenover iedereen, legitimeerde tot de uitoefening van de heerschappij over de zaak.[38]

36. Zie over bezit en de bescherming daarvan door middel van interdicten, Kaser, supra noot 24, 384 e.v.; Kaser-Wubbe, supra noot 24, p. 96 e.v.; Feenstra, supra noot 24, nr. 76-80 en 91-91a en Lokin, supra noot 2, p. 143 e.v.
37. Daarnaast gold nog de *possessio* van de prekarist, degene die een zaak ter bede (*precario*) tot wederopzeggens ten gebruike had gekregen, als *vitiosa* t.o.v. de gever.
38. De gedaagde kon in het klassieke Romeinse recht tegen dit bewijs van een ten opzichte van iedereen te handhaven recht wel inbrengen dat hij in dit concrete geval toch een beter recht had dan de eiser, omdat hij de zaak van de eiser had gekocht en geleverd gekregen of van

Van alle mogelijke wijzen van verkrijging die men in het oud-Romeinse recht kon aanvoeren als argument voor een recht van toebehoren op de zaak bleven daarom in het klassiek-Romeinse recht slechts enkele wijzen van verkrijging over (waaronder occupatie, verjaring, *mancipatio* of *in iure cessio* van *res mancipi* en *traditio ex iusta causa* van *res nec mancipi*) waarop de eiser zich kon beroepen ter onderbouwing van zijn bewering dat de zaak hem toebehoorde. Omdat, zoals gezegd, voor de derivatieve wijzen van verkrijging wel vereist was dat men zijn recht afleidde van een voorganger die zelf dit recht van toebehoren tegenover iedereen moest kunnen waarmaken, waren occupatie en verjaring nu de enige wijzen waarop het recht van toebehoren op een zaak kon ontstaan. *Dominium* of *proprietas*, zoals men dit exclusieve recht van toebehoren op een zaak ging noemen, kon alleen *ontstaan* door occupatie of verjaring en de eiser die zich op *dominium* beriep, kon het *bestaan* daarvan theoretisch alleen aantonen door het bewijs te leveren dat hijzelf of één van zijn voorgangers de zaak door occupatie of verjaring had verkregen.

De strenge eisen die het klassieke Romeinse recht stelde aan de verkrijging van *dominium* hielden voor twee groepen bezitters een ingrijpende beperking in van hun bescherming in de heerschappij over de zaak. In de eerste plaats konden personen aan wie de zaak getradeerd was, bezitters dus, in geval van bezitsverlies niet langer met recht beweren dat de zaak hun toebehoorde naar *ius civile*, indien hun verkrijging niet voldeed aan de strenge eisen die het *ius civile* nu aan de verkrijging van *dominium* stelde. Was bijvoorbeeld de zaak aan hen getradeerd *a non domino* (door een niet-eigenaar) en/of was bij een *res mancipi* de *mancipatio* achterwege gebleven, dan konden zij niet langer profiteren van de bescherming die de revindicatie bood. Daarnaast had de nieuwe regeling van het eigendomsrecht ook belangrijke gevolgen voor bezitters die wel verkregen hadden op een wijze die volgens het *ius civile* tot verkrijging van eigendom kon leiden. In alle gevallen van derivatieve verkrijging immers was de bezitter-eigenaar die vóór het verstrijken van de verjaringstermijn het bezit verloor en wilde revindiceren, als eiser opgezadeld met het zware bewijs[39] dat één van zijn voorgangers de zaak door verjaring had verkregen. De (gewezen) bezitter die als eiser in het eigendomsproces niet slaagde in dat bewijs kon de zaak niet revindiceren. Voor beide groepen

een voorman die zijn recht op zijn beurt van de eiser afleidde. Voor een dergelijk geval werd aan de *formula* van de *reivindicatio* een *exceptio rei venditae et traditae* (exceptie van verkoop en levering van de zaak) toegevoegd die, zo de gedaagde slaagde in het bewijs van de verkoop en levering van de zaak door de eiser aan hem of zijn voorman, ertoe leidde dat de gedaagde niet werd veroordeeld. Zie over de *exceptio rei venditae et traditae* Kaser, supra noot 24, p. 439; Kaser-Wubbe, supra noot 24, p. 136; Feenstra, supra noot 24, nr. 88; Lokin, supra noot 2, p. 161-162 en 186.

39. In sommige gevallen een *probatiodiabolica* (duivels bewijs). Zie over de vraag in hoeverre de Romeinen ook werkelijk van de eiser verlangd hebben dat hij positief aantoonde dat zijn voorgangers beschikkingsbevoegd waren, de vraag dus hoe duivels het bewijs niet alleen in theorie maar ook in de praktijk was, de literatuur aangehaald bij Kaser, supra noot 28, p. 19 noot 57.

bezitters gold echter dat zij het voorwerp van hun bezit daardoor ook niet meer konden revindiceren van personen die nog minder recht op de zaak hadden, van personen dus tegen wie zij in het oud-Romeinse recht wel met succes de revindicatie hadden kunnen instellen. De bezitter bijvoorbeeld die kon aantonen dat de zaak hem getradeerd was op grond van een geldige koopovereenkomst, maar die niet slaagde in het bewijs van het recht van zijn voorganger, en de koper van een *res mancipi* aan wie de zaak slechts getradeerd was, deze bezitters konden in geval van bezitsverlies niet revindiceren van personen die voor hun verkrijging van de zaak bijvoorbeeld niet eens een titel konden aanvoeren of van wie zou kunnen worden aangetoond door de eiser dat zij de zaak te kwader trouw hadden verkregen van de persoon die de eiser de zaak had ontnomen.

Ter bescherming van een deel van de bezitters die in het klassiek-Romeinse recht volgens *ius civile* niet meer konden revindiceren, maar die wel konden aantonen dat hun wijze van verkrijging hun toch in ieder geval ten opzichte van de gedaagde een beter recht op de zaak gaf, introduceerde de praetor tegen het einde van de Republiek de *actio Publiciana*.[40] Alleen verjaringsbezitters, bezitters te goeder trouw aan wie de zaak getradeerd was op grond van een titel die volgens *ius civile* tot eigendomsverkrijging door verjaring kon leiden, konden na bezitsverlies met succes de *actio Publiciana* instellen tegen de bezitter.[41] Over de oorspronkelijke functie van deze actie bestaat geen overeenstemming in de romanistische literatuur.[42] Volgens

40. Volgens de heersende opvatting geïntroduceerd door en genoemd naar Q. Publicius, praetor in 67 voor Chr.
41. De *formula* van de *actio Publiciana* bevatte de fictie dat de verjaringstermijn reeds was voltooid. De bezitter moest, profiterend van die fictie, aan de hand van zijn titel en de levering aantonen dat hij volgens *ius civile* eigenaar geworden was. De gedaagde kon aanvoeren, dat de eiser, ook al kon deze titel en levering aantonen en profiteerde deze van de fictie van de voltooide termijn, toch geen eigendom naar *ius civile* verkregen kon hebben, omdat niet voldaan was aan de overige voor verkrijging door *usucapio* gestelde eisen, te weten dat de bezitter te goeder trouw en de zaak voor verjaring vatbaar moet zijn. Zie over de *actio Publiciana* Kaser, supra noot 24, p. 438-440.; Kaser-Wubbe, supra noot 24, p. 135-136; Feenstra, supra noot 24, nr. 88-90; Lokin, supra noot 2, p. 185-187 en de hierna in noot 42 te noemen auteurs.
42. Uitgebreide en rijk van literatuurverwijzingen voorziene overzichten van deze ook voor het inzicht in het moderne zakelijk bezitrecht belangwekkende discussie over de oorspronkelijke functie van de *actio Publiciana* geven P. Apathy, Die publizianische Klage, Wenen 1981, p. 9 e.v. en F. Benedek, Ursprung und Funktion der *actio Publiciana*, in: Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii [= Acta Universitatis Szegediensis, Acta juridica et politica,Tomus XXXIII], Szeged 1985, p. 71 e.v. Vgl. ook de recentere opmerkelijke bijdrage aan de discussie van L. Vacca, Il c.d. *duplex dominium* e l'*actio Publiciana*, in: La proprietà e le proprietà (Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985), Milaan 1988, p. 39 e.v., de reactie daarop van A. Burdese, Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana, in: Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica [= Atti del Congresso Internationale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990, Tomo I], Milaan 1991 en het weerwoord tenslotte van L. Vacca, Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà, in: Incontro con Giovanni Pugliese, Milaan 1992, p. 43 e.v.

sommige auteurs zou deze actie geïntroduceerd zijn ter bescherming van de verkrijger van een *res mancipi* door *traditio*. Anderen brengen de invoering van de *actio Publiciana* in verband met de hiervoor genoemde overgang van een relatief naar een absoluut eigendomsrecht en de verdringing van het legisactie-proces door het formula-proces. Volgens deze auteurs zou de *actio Publiciana* zijn ingevoerd ter bescherming van de bezitter die, of hij nu eigenaar is of niet, in ieder geval verjaringsbezitter is, om deze reeds voor het verstrijken van de verjaringstermijn te ontslaan van het door het absolute karakter van het eigendomsrecht geëiste zware bewijs van de beschikkingsbevoegdheid van zijn voorganger. Wat er ook zij van de gevallen die de praetor oorspronkelijk voor ogen had toen hij de *actio Publiciana* introduceerde, de bescherming die deze actie verleende aan de bezitter wiens verkrijging voldeed aan de eisen voor een beroep op *usucapio*, maar die nog niet de voltooiing van de daarvoor vereiste termijn kon aantonen, hangt in ieder geval samen met de overgang van een relatief naar een absoluut eigendomsbegrip. In het oud-Romeinse recht bestond naast de revindicatie geen behoefte aan een zakelijke bescherming van de bezitter met een beter recht, omdat de revindicatie zelf deze relatieve zakelijke bescherming verleende.

De bezitters die zich niet op eigendom konden beroepen of vreesden niet in het bewijs daarvan te zullen slagen, werden met de *actio Publiciana* op gelijke wijze beschermd als de eigenaar met de revindicatie. De bezitter werd echter toegestaan zich tegen deze actie te verweren met een beroep op een beter recht.[43] In heel wat gevallen zal de gedaagde echter geen beter recht hebben kunnen aanvoeren, omdat met name ook bezitters die niet het zware bewijs van hun eigendomsrecht konden leveren van deze bescherming gebruik zullen hebben gemaakt. Voor het instellen van de *actio Publiciana* was immers niet meer vereist dan het bewijs van bezitsverkrijging door traditio krachtens een titel die tot eigendomsverkrijging door verjaring kon leiden. Aldus beschermde de praetor de usucapiënt, of deze nu al eigenaar naar *ius civile* was of niet, gedurende de looptijd van de verjaring tegen aantasting van zijn bezit door personen die minder recht hadden op de zaak. De door de *actio Publiciana* beschermde positie van de verjaringsbezitter wordt wel praetorische eigendom genoemd.

Het voorgaande levert het volgende beeld op van de klassiek-Romeinse regeling van de heerschappij over zaken. Er bestaat een strikt onderscheid tussen de begrippen eigendom, *het recht* op een zaak, en bezit, de *feitelijke uitoefening* van de heerschappij over een zaak. Het recht op de zaak wordt beschermd door de *reivindicatio* voor het slagen waarvan men zich theoretisch altijd op occupatie of verjaring zal moeten beroepen. Het interdict beschermt

43. De gedaagde die zich met een beroep op eigendom wilde verweren kon daartoe de *exceptio iusti dominii* opwerpen. In het geval dat de gedaagde de zaak verkocht en geleverd had gekregen van de eiser of van iemand die zijn recht van de eiser afleidde, werd hij waarschijnlijk evenals in het geval dat tegen hem de revindicatie zou zijn ingesteld beschermd met de *exceptio rei venditae et traditae*, vgl. Wubbe, Res aliena pignori data, diss. Leiden 1960, p. 39 e.v.

bezitters in de feitelijke uitoefening van de heerschappij tegenover anderen die de zaak heimelijk of met geweld hebben verkregen van de bezitter. Eigendom en bezit kunnen daarom gescheiden voorkomen.

Het strikte onderscheid tussen bezit en eigendom betekent echter niet dat beide rechtsinstituten ook als strikt gescheiden mogen worden beschouwd. Eigendom is gekwalificeerd bezit,[44] bezit met iets extra's: het kan immers alleen ontstaan door occupatie of verjaring, dus door bezitsverkrijging, hetzij met de bijkomende omstandigheid dat de zaak aan niemand toebehoort, hetzij met de bijkomende omstandigheid dat het te goeder trouw op grond van een geldige titel is verkregen en onafgebroken gedurende langere tijd heeft voortbestaan.[45] Laat men het niet vaak voorkomende geval dat de zaak niemand toebehoort buiten beschouwing, dan kan men het nog bondiger formuleren: eigendom naar *ius civile* is verjaard bezit.[46] Wie het bestaan van dit zeer sterk gekwalificeerde bezit kan aantonen, wordt volgens *ius civile* door middel van de *reivindicatio* beschermd in zijn bezit tegenover iedereen die hem het bezit van de zaak onmogelijk maakt. Minder sterk gekwalificeerd bezit, te weten bezit te goeder trouw op grond van een geldige titel, wordt op gelijke wijze als *dominium* beschermd door een praetorisch rechtsmiddel: de *actio Publiciana*.

4. Het systeem van het BW

Onze regeling van de heerschappij over zaken verschilt niet fundamenteel van het daarvoor geldende systeem volgens *ius civile* in het klassieke Romeinse recht. Ook in ons recht bestaat er een principieel onderscheid tussen eigendom, het *recht* van toebehoren op een zaak,[47] en bezit, het houden van de zaak voor zichzelf.[48] Het eigendomsrecht is, zoals alle rechten op goederen, een absoluut recht. De eigenaar ontleent aan zijn recht de exclusieve bevoegdheid de zaak te bezitten en deze bevoegdheid blijft bestaan ook al komt de zaak in handen van andere bezitters.[49] Al is het waar dat op grond van bijzondere wetsbepalingen in een enkel geval sprake kan zijn van meerdere

44. Deze terminologie ontleen ik aan Van Oven, supra noot 5, p. 14 die hem naar eigen zeggen (t.a.p. noot 1) aan Bähr heeft ontleend. Zie ook Van Oven, supra noot 12 (WPNR 2016).
45. Daarmee is dus niet gezegd dat eigendom en bezit niet gescheiden kunnen voorkomen. Integendeel, de mogelijkheid dat het *recht* op de uitoefening van de feitelijke heerschappij over de zaak en die feitelijke uitoefening zelf bij verschillende personen kunnen bestaan is juist één van de belangrijkste kenmerken van de Romeinse regeling van de heerschappij over zaken. Wanneer gezegd wordt dat eigendom gekwalificeerd bezit is, wordt daarmee alleen bedoeld aan te geven, dat het eigendomsrecht alleen kan *ontstaan* door occupatie of verjaring, in combinatie met bezitsverkrijging dus, en dat voor het bestaan van dit recht ook in gevallen van derivatieve verkrijging uiteindelijk altijd het ontstaan ervan moet worden aangetoond als gevolg van de eis dat de voorman eigendom gehad moet hebben.
46. Zo bondig ook Van Oven, supra noot 10, p. 228.
47. Art. 5:1 BW.
48. Art. 3:107 BW.
49. In navolging van E.M. Meijers, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, Leiden 1948, p. 269 spreekt men wel van absolute werking in statische en in dynamische zin.

eigendomsrechten op een zaak, waarbij naast de absoluut gerechtigde eigenaar één of meerdere relatief gerechtigde eigenaren[50] voorkomen, dat neemt niet weg dat eigendom in beginsel een exclusief recht is dat slechts bij één persoon kan berusten. Evenals in het Romeinse recht worden aan de verkrijging van dit absoluut werkende recht strenge eisen gesteld; van alle mogelijke wijzen waarop men het bezit van een zaak kan verkrijgen worden slechts enkele geaccepteerd als een wijze van eigendomsverkrijging.

Voor de overdracht van een goed eist art. 3:84 BW een levering krachtens een geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. De laatste eis, beschikkingsbevoegdheid van de voorman, heeft evenals in het klassieke Romeinse recht als gevolg, dat een eiser die zich op eigendom beroept het bestaan van dit recht theoretisch uiteindelijk alleen kan aantonen met het bewijs dat de zaak originair is verkregen door hemzelf of door één van zijn voorgangers.[51] Voor het bewijs van het *bestaan* van het eigendomsrecht zal de eiser ook in ons recht in beginsel het *ontstaan* van dit recht moeten aantonen, bij hemzelf of bij één van zijn voorgangers. Occupatie[52] en verjaring[53] vormen daarom ook in het huidige BW het fundament van de regeling van de eigendom. Aan beide rechtsinstituten ligt bezitsverkrijging ten grondslag. Ook voor ons recht geldt derhalve dat eigendom beschouwd moet worden als gekwalificeerd bezit, wat in de meeste gevallen neerkomt op verjaard bezit. Wie zich kan beroepen op dat zeer sterk gekwalificeerde bezit is (als eigenaar) bevoegd de zaak op te eisen van een ieder die haar zonder recht houdt.[54] Bij minder sterk gekwalificeerd bezit heeft men niet de bescherming die de revindicatie de eigenaar biedt. Naast de bescherming van de eigenaar door middel van de revindicatie bestaat daarom behoefte aan een zakelijke bescherming van bezitters die weliswaar niet de verkrijging van dat zeer sterk gekwalificeerde bezit kunnen aantonen (bij henzelf of bij één van hun voorgangers), maar wier bezit toch in ieder geval beter gekwalificeerd is dan dat van hun wederpartij. Ten aanzien van deze bezitters is de regeling van art. 3:125 BW een noodzakelijke aanvulling op de bescherming van de eigendom door middel van de revindicatie.

50. Over de gevallen van relatieve eigendom, waarbij men eigenaar is ten opzichte van de één, maar niet ten opzichte van de ander, zie Rank-Berenschot, supra noot 21, t.a.p.
51. Anders dan in het Romeinse recht wordt echter in sommige gevallen een uitzondering gemaakt op de eis dat de voorman beschikkingsbevoegd moet zijn, zie de beschermingsbepalingen van art. 3:86 BW en art. 3:88 BW. Als gevolg van deze uitzonderingsbepalingen zijn er in ons recht dus minder bezitters die niet tevens eigenaar zijn en bestaat er in ons recht in dat opzicht ook minder behoefte aan zakelijke bescherming van het bezit dan in het Romeinse recht.
52. Art. 5:4 BW in verband met de eigendom van roerende zaken. Onroerende zaken die geen andere eigenaar hebben behoren toe aan de Staat (art. 5:24 BW).
53. Art. 3:99 BW op grond waarvan, anders dan in het oude BW, alle goederen vatbaar zijn voor verjaring.
54. Art. 5:2 BW.

5. Besluit

Zakelijke bezitsbescherming is noodzakelijk in een eigendomsstelsel dat een strikt onderscheid maakt tussen eigendom, de absolute aanspraak op de heerschappij over een zaak, en bezit, de uitoefening van die heerschappij door iemand die die absolute aanspraak niet kan waarmaken. Gebleken is, dat die noodzaak in het klassiek-Romeinse recht ontstond door de overgang van een relatief naar een absoluut eigendomsbegrip en dat in het huidige BW met zijn Romeinsrechtelijk geïnspireerde regeling van de eigendom om dezelfde reden als in het klassiek-Romeinse recht behoefte bestaat aan bescherming van minder gekwalificeerde bezitters.

Hoe ver gaat de bezitsbescherming van art. 3:125 BW nu in de richting van de bescherming van bezitters door middel van de *actio Publiciana* in het klassieke Romeinse recht?[55] Het antwoord luidt: heel ver. Natuurlijk, er bestaan belangrijke verschillen tussen de bezitsbescherming van art. 3:125 BW en de bescherming van bezitters door middel van de *actio Publiciana* in het klassiek-Romeinse recht. Zo beschermt art. 3:125 BW alle bezitters, terwijl in het Romeinse recht door middel van de *actio Publiciana* slechts een deel van de minder gekwalificeerde bezitters zakelijk werd beschermd, namelijk alleen de bezitters die een voor verjaring vatbare zaak[56] te goeder trouw verkregen hadden krachtens een geldige titel. En daarnaast zou men kunnen wijzen op de bepaling van art. 3:125 BW dat het beroep van de gedaagde op een beter recht niet wordt gehonoreerd, indien hij met geweld of op heimelijke wijze de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord. Deze uitzondering op de exceptie van beter recht werd niet gemaakt bij de bescherming door middel van de *actio Publiciana*.[57]

Hoe belangrijk deze verschillen ook zijn, ze doen niets af aan de kern van de zaak: de regeling van art. 3:125 BW vervult onmiskenbaar dezelfde functie als de *actio Publiciana* in het klassiek-Romeinse recht. Beide regelingen beschermen de beter gekwalificeerde bezitter tegen de minder gekwalificeerde bezitter en beide regelingen zijn een noodzakelijk complement van het klassiek-Romeinse eigendomsstelsel met zijn scherp onderscheid tussen eigendom en bezit en zijn strenge eisen voor de verkrijging van het absolute eigendomsrecht. Die strenge eisen komen, zoals gezegd, uiteindelijk neer op het

55. Vgl. de opvattingen van de schrijvers genoemd in noot 2.
56. Niet voor verjaring vatbaar waren met name zaken die de eigenaar door *furtum* (diefstal/verduistering) waren ontnomen zolang ze niet bij de eigenaar waren teruggekeerd.
57. De vraag wie van beide partijen ten opzichte van de ander vitieus het bezit van de zaak had verkregen, kon wel aan de orde komen in het interdictenproces, dat in de klassieke tijd vaak vooraf ging aan een eigendoms- of Publicianaproces. Het interdictenproces functioneerde dan als middel om de rollen van eiser en gedaagde in de daaropvolgende 'petitoire' procedure te verdelen. Wie als eiser in een interdictenproces het relatief makkelijke bewijs had kunnen leveren dat zijn tegenstander ten opzichte van hem vitieus het bezit van de zaak had verworven, mocht als gedaagde in de daarop volgende petitoire procedure afwachten of zijn tegenstander als eiser erin slaagde het lastigere bewijs te leveren van de eigendom of het met de *actio Publiciana* beschermde verjaringsbezit.

bewijs van een zeer sterk gekwalificeerde wijze van bezitsverkrijging. Art. 3:125 BW en de *actio Publiciana* corrigeren de onredelijke consequentie van dit stelsel waarin bezitters die slechts een deel van die sterk gekwalificeerde bezitsverkrijging kunnen aantonen niet de revindicatie toekomt, zelfs niet tegen personen wier bezit nog minder gekwalificeerd is.

Er is nog een andere invalshoek. Door de mogelijkheid in het BW van verjaring ongeacht titel en goede trouw[58] en de uitbreiding van de verjaringsregeling tot alle goederen,[59] bestaat er tussen art. 3:125 BW en de *actio Publiciana* nog een andere opmerkelijke overeenkomst wat betreft hun functie: beide regelingen beschermen het bezit dat door verjaring tot eigendomsverkrijging kan leiden. Als gevolg daarvan kan men de behoefte aan bescherming van het beter gekwalificeerde bezit door erkenning van het zakelijk bezitrecht naast de bescherming van het best gekwalificeerde bezit door de eigendomsactie voor het BW ook formuleren als de behoefte om de lopende verjaring te beschermen. Het BW 'verwerpt het stelsel volgens hetwelk de bezitter op de dag der voltooiing der verjaring een volledig recht verkrijgt, doch de dag ervoor nog iedere bevoegdheid mist'.[60] Ook de *actio Publiciana* beschermde de bezitter die de revindicatie niet kon instellen, maar toch in ieder geval verkregen had op een wijze die tot verjaring kon leiden. Beide regelingen erkennen daarmee de redelijkheid van een zakelijke bescherming van de verjaringsbezitter die gedurende de looptijd van de verjaring niet beschermd wordt door de revindicatie. Het rechtsgevoel eist dat deze bezitter als rechthebbende wordt beschouwd ten opzichte van personen wier bezit nog minder gekwalificeerd is. Voor *iustitia* geldt in dit geval hetzelfde als voor *ius*: *nullo continetur tempore*.

58. Zie art. 3:99 BW.
59. Vgl. art. 2000 BW (oud).
60. Toelichting Meijers op art. 3:125 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 457.

Over een lapje grond dat door een man verpacht wordt. Wat steekt daar achter?

*P.W. Pestman**

Op 20 oktober van het jaar 109 v. Chr. verpacht een Egyptenaar, genaamd Totoës (**i** in de stamboom op p. 163), een stuk land dat 'De Punt' genoemd wordt. Het contract dat hij daarover laat opstellen lijkt op het eerste gezicht niet bijster interessant, maar — zoals het zo vaak het geval is bij rechtsdocumenten uit het Oude Egypte — is het de context die het contract tot leven brengt.

1. Welk recht is van toepassing?

Door de verovering van Egypte door Alexander de Grote (332 v. Chr.) komt het land onder Griekse heerschappij. Vanaf dat moment bestaan er twee rechtscircuits naast elkaar, het Egyptische en het Griekse, elk met een eigen rechtstaal, een eigen notariaat en eigen rechtbanken. Een verschil tussen de beide rechtsstelsels dat onmiddellijk in het oog springt is dat een vrouw in Griekse contracten pleegt op te treden met bijstand van een 'heer' (term die staat voor 'voogd'), terwijl zij in Egyptische contracten geheel zelfstandig handelt. Dit laatste is in overeenstemming met het in de antieke wereld unieke verschijnsel dat Egyptische vrouwen dezelfde rechtspositie hebben als mannen. Ik kom daarop aan het slot van dit artikel nog terug.

Hoewel na de verovering aanvankelijk Grieks recht van toepassing is op Grieken en Egyptisch recht op Egyptenaren, brengt een koninklijk besluit van 118 v. Chr. hierin verandering: van nu af aan is de taal waarin een contract geschreven is beslissend voor de vraag welk recht van toepassing is. Nu partijen zelf kunnen kiezen in welke taal, en volgens welk recht, zij een contract zullen sluiten, kan het voorkomen dat een vrouw nu eens in een Grieks contract optreedt mèt voogd, dan weer in een Egyptisch zonder. Dit zien we gebeuren bij de Egyptische vrouw *Tatehathyris*, de hoofdpersoon van ons verhaal (stamboom, p. 163, **h**):

110 v. Chr. koopster volgens een *Grieks* contract: zij treedt op met een voogd (haar broer);

* Prof. mr. P.W. Pestman is hoogleraar in de rechtsgeschiedenis van het oude Egypte en van het Oude Griekenland alsmede de juridische papyrologie aan de Rijksuniversiteit Leiden.

109 verpachtster volgens een *Egyptisch* contract: er is géén voogd;
104 koopster volgens een *Grieks* contract: zij treedt op met een voogd (haar man).

Wanneer men weet dat bij een *getrouwde* vrouw haar man pleegt te fungeren als voogd, en bij een *ongetrouwde* vrouw haar vader en bij ontstentenis daarvan haar broer, dan kan men uit het bovenstaande chronologische lijstje het volgende aflezen:

110 v. Chr. Tatehathyris is nog niet getrouwd; haar vader is overleden;
104 Tatehathyris blijkt intussen getrouwd te zijn.

2. De plaats van handeling

Het stuk land 'De Punt' waarvan in dit artikel sprake is, ligt in Midden-Egypte, op de westoever van de Nijl, tegenover de stad Thebe. Ook de familie waarom het gaat leeft en werkt op de westoever. Dit is niet zonder belang, want de Nijl scheidt op deze plaats twee totaal verschillende werelden van elkaar. Op de oostoever, in de stad, wonen de Griekse gezaghebbers en zetelt het Griekse bestuursapparaat. Maar de westoever is Egyptisch gebied: daar wonen Egyptische boeren, priesters en lieden die in de necropolis, en met de dodenbezorging, hun brood verdienen; Grieken ziet men er nauwelijks, met het gevolg dat er wèl een Egyptische notaris is gevestigd maar géén Griekse.

Hiermee in tegenspraak lijkt het pachtcontract dat Totoës in 109 v. Chr. over het land 'De Punt' laat opstellen: het is een *Griekse* notariële akte, maar toch is het stuk opgemaakt op de *west*oever. Het is één van de zes Griekse akten die op naam staan van een zekere Apollonios, een hulpnotaris die gedurende enkele jaren een bijkantoor heeft gehouden. Deze Apollonios is om verschillende redenen beroemd. In de eerste plaats omdat het eerste Griekse contract uit de Oudheid dat (in 1821) gepubliceerd werd, van zijn hand was; deze bijzondere papyrus bevindt zich nu in ons eigen Museum van Oudheden in Leiden. Apollonios heeft een prachtig Grieks handschrift — de wereld was destijds, in 1821, verrast: voor het eerst zag men hoe de Oude Grieken schreven —, maar zijn teksten bevatten enkele opmerkelijke grammaticale onjuistheden, en hiermee komen we op de tweede reden van Apollonios' beroemdheid: de Griekse hulpnotaris Apollonios is geen Griek, maar een Egyptenaar; vandaar de grammaticale onvolkomenheden en vandaar ook dat er in zijn akten enkele clausules voorkomen die niet in een Griekse maar in een Egyptische akte thuis horen (sommige zien er in het Grieks zo vreemd uit dat een Griekse papyroloog hen niet eens kan vertalen, laat staan begrijpen). Kortom, Apollonios is beter thuis in het Egyptisch dan in het Grieks. Dit moge dan al tot gevolg hebben dat de taal van Apollonios' Griekse akten niet geheel vlekkeloos is, voor zijn Egyptische klanten is het van groot belang dat zij zich in hun eigen taal met de notaris kunnen verstaan: dit opent de weg voor mensen als Totoës — die voorzover wij weten geen woord Grieks kent — gebruik te maken van hun recht om, ingevolge het bovengenoemde koninklijk besluit van 118 v. Chr., in het Grieks te contracteren.

3. Het familiearchief

Het pachtcontract van Totoës werd in het begin van deze eeuw, met 52 andere papyri, in twee kruiken gevonden in de ruïnes van een antiek woonhuis op de westoever. De gehele vondst bevindt zich nu in het Egyptisch Museum in Turijn. Het zijn prachtige papyri, die puntgaaf bewaard zijn gebleven en er uitzien alsof ze pas gisteren zijn vervaardigd. Enkele papyrusrollen, met de standaardhoogte van 31 à 34 cm., bereiken lengtes van meer dan twee meter: ze zijn, zoals gebruikelijk, in het museum tussen glasplaten gemonteerd, waardoor ze weliswaar goed zijn geconserveerd, maar voor een studiosus vrijwel onhanteerbaar zijn geworden.

Het gaat om een verzameling rechtsdocumenten zoals elke familie van een zekere welstand er een moet hebben gehad: het z.g. 'familiearchief' waarin alle 'eigendomspapieren' van het familiebezit werden bewaard. Het begrip 'eigendomspapieren' werd zeer ruim opgevat: hieronder begreep men niet alleen de akten waarmee iemand kon aantonen dat hij *zelf* (en *zijn* rechtsvoorgangers, en *hun* rechtsvoorgangers, enz.: *probatio diabolica*) de eigendom had verkregen, maar ook dat hij de eigendomsrechten ook metterdaad had uitgeoefend (door verpachting, belastingbetaling, enz.). En wanneer men een huis of een stuk grond of een slaaf verkocht, dan gingen alle 'eigendomspapieren' mee. Zo ontstonden er uitgebreide en soms zelfs zeer gecompliceerde dossiers die door opeenvolgende generaties van een of meer families werden opgebouwd.

Het familiearchief waartoe het pachtcontract van Totoës behoort omspant ongeveer 100 jaar. Het bestaat uit twee dossiers: dat van Totoës zelf (**i**) en dat van zijn vrouw Tatehathyris (**h**). Dit laatste dossier vraagt nu onze aandacht.

4. De oudste gegevens: de nalatenschap van Psenminis (**a**)

Psenminis heeft twee zoons, Zmanres (**b**) en Teos (**d**), van wie de een het noordelijke woongedeelte van een huis heeft en de ander het zuidelijke, terwijl zij samen het voorportaal, de trap en de tuin bezitten. Een dergelijke situatie duidt op een erfenis en hierop duidt ook het feit dat er ook nog twee percelen land zijn die elk eveneens voor een deel aan de ene zoon en voor een deel aan de andere zoon behoren.

Een van de twee percelen is 'De Punt'.

5. De tweede generatie: de nalatenschap van Zmanres (**b**)

Zmanres, de oudste zoon van bovengenoemde Psenminis, overlijdt tussen 171 en 159 v. Chr. Hij laat een weduwe na en twee kinderen. Volgend de regels van het Egyptische erfrecht komt het vermogen van de erflater toe aan de kinderen, terwijl een weduwe niet van haar man erft omdat zij in haar eigen familie erft.

Om weduwen toch niet onverzorgd achter te laten heeft men in de practijk een juridische constructie ontwikkeld. De constructie blijkt niet uit de teksten afzonderlijk, maar soms kan men hem herkennen door de combinatie van gegevens uit een familiearchief; de constructie is even simpel als voor de hand

liggend: de kinderen krijgen hun erfdeel, maar de weduwe krijgt het recht van vruchtgebruik:

— Wanneer Zmanres (**b**) sterft, krijgt zijn zoon — die Psenminis (**e**) heet, naar zijn grootvader — de helft van zijn erfdeel in handen. De andere helft gaat vooreerst naar de weduwe, Lobaïs (**c**): kennelijk in vruchtgebruik, want in 159 v. Chr. (op haar sterfbed?) geeft zij deze helft aan de zoon door.
— Evenzo ontvangt, enkele decennia later, Totoës (**i**) een deel van zijn erfdeel van zijn vader (vermoedelijk op zijn sterfbed) in 134 v. Chr., terwijl hij de rest 30 jaar later krijgt van zijn moeder, zijn vaders weduwe.

In beide aangehaalde gevallen betreft het jonge kinderen: Totoës (**i**) is een jaar of 5 oud wanneer zijn vader overlijdt en Psenminis (**e**) zal niet veel ouder zijn geweest (gezien de geboortedata van zijn kinderen): het is mogelijk dat de vruchtgebruik-constructie vooral werd gebruikt wanneer de erfgenaam nog jong was, en dat deze constructie overbodig was wanneer er volwassen erfgenamen waren: zij konden dan onmiddellijk hun gehele erfdeel krijgen omdat de plicht op hen rustte voor hun moeder te zorgen. [Nader onderzoek hiernaar is nog nodig: dit is als het ware de 'tussenstand'; het bijeensprokkelen van dit soort gegevens is fascinerend maar tijdrovend.]

Het erfdeel van Psenminis (**e**) omvat een deel van zijn grootvaders huis en een deel van de beide percelen land: 7½ aroeren (= ongeveer 4 voetbalvelden) van 'De Punt' en 12½ aroeren van het andere perceel.

6. De derde generatie: de nalatenschap van Psenminis (**e**)

Psenminis (de tweede van deze naam) overlijdt vermoedelijk in het najaar van 110 v. Chr. Hij laat, evenals destijds zijn vader, een weduwe en twee kinderen na. Het is echter in dit geval niet nodig bijzondere voorzieningen te treffen ten behoeve van de weduwe, niet zozeer omdat de kinderen oud genoeg zijn om aan hun 'zorgplicht' te voldoen, als wel omdat de weduwe snel hertrouwt, niet veel meer dan een jaar later. Wij weten van dit huwelijk uit het contract dat de tweede echtgenoot voor haar heeft laten opstellen om de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk vast te leggen. Zo'n contract behelst voor het overgrote deel rechten voor de vrouw en plichten voor de man: waar kan een vrouw een dergelijk stuk veilig bewaren zodat zij het te enigertijd tegen haar man kan inbrengen? Zeker niet in de echtelijke woning. Het ligt voor de hand dat zij het document bij een van haar familieleden in bewaring geeft, en dat dit ook inderdaad zo gebeurde blijkt uit familiearchieven. In het geval dat ons nu bezig houdt, heeft de vrouw haar document aan haar dochter (**h**) — niet aan haar zoon (**g**)! — uit haar eerste huwelijk gegeven, die het vervolgens in het familiearchief van haar man (**i**) deponeerde.

De erflater heeft twee kinderen, een zoon van omstreeks 25 jaar (Pikos: **g**) en een dochter van 19 (Tatehathyris: **h**). Volgens de regels van het Egyptische erfrecht krijgt de oudste zoon een dubbele portie, in dit geval dus tweederde, tegen zijn zuster éénderde. De ratio van deze ogenschijnlijke bevoordeling van

de oudste zoon is gelegen in het feit dat hij nu hoofd van de familie wordt. Dit brengt onder meer de verantwoordelijkheid met zich mee voor de begrafenis van de overledene. Dat is in het Oude Egypte een kostbare aangelegenheid omdat het lichaam in stand moet blijven. Dit betekent:

1. dat het lichaam wordt gemummificeerd, een procédé dat, in de duurste vorm, 70 dagen in beslag neemt;
2. dat de mummie in een graf wordt bijgezet; in sommige gevallen wordt de mummie tijdelijk elders bewaard in een verzamelgraf of bij de nabestaanden thuis;
3. dat de mummie vervolgens op gezette tijden (vermoedelijk eens in de 10 dagen) wordt voorzien van voedsel en drinken: het is de taak van de oudste zoon hiervoor te zorgen, maar hij kan er natuurlijk ook iemand voor inhuren.

In het geval van Psenminis blijkt dat de oudste zoon inderdaad voor de begrafenis moet zorgen. Maar zeven jaar na het overlijden heeft hij Psenminis nog niet ter aarde besteld.

7. De vierde generatie: de vrouw Tatehathyris (**h**)

Tatehathyris heeft recht op eenderde deel van de ouderlijke woning en op eenderde deel van de twee percelen land van haar vader:

— terwijl haar broer in de ouderlijke woning blijft wonen, verlaat Tatehathyris (ongeveer een half jaar na het overlijden van hun vader) de woning omdat zij met Totoës (**i**) trouwt en, zoals gebruikelijk, bij hem intrekt; met haar broer sluit zij een overeenkomst waarbij wordt afgesproken dat hij, om niet, haar deel van het huis mag bewonen op voorwaarde dat hij het zal 'bewaken'; — een 'bewakingsovereenkomst' wordt wel gebruikt om te voorkomen dat een ander het huis betrekt: zou iemand een oogje hebben laten vallen op dit huis?

— bij de verdeling krijgt zij uit de boedel één van de twee percelen, het stuk land 'De Punt' — dit perceel meet 7½ aroeren terwijl beide percelen samen 20 aroeren groot zijn: zij krijgt dus meer dan haar éénderde deel; wegens deze overbedeling betaalt zij in de daaropvolgende jaren tweemaal een som gelds aan haar broer.

Zo is de eigendom van 'De Punt' uiteindelijk, in de vierde generatie, terecht gekomen bij de vrouw Tatehathyris. In het jaar 110 / 109 en daarna gebeurt er het volgende:

110 / 109 — haar vader, Psenminis (**e**), overlijdt vermoedelijk in het najaar, nadat hij het land al had verpacht (het pachtseizoen gaat van oktober tot juni)
— zij verpacht haar land in januari 109: kennelijk een bevestiging van de al lopende verpachting
— zij betaalt een deel van haar schuld wegens overbedeling aan haar broer (mei 109) [zie mei 103]

— zij huwt Totoës (i) omstreeks mei 109
109 / 108 — Totoës, haar man, verpacht het land: oktober 109 (dit is de in de aanhef van dit artikel genoemde verpachting)
108 / 107 — zij verpacht haar land (oktober 108)
104 / 103 — Totoës, haar man, verpacht het land (oktober 104)
— zij betaalt (in verband met haar land) de rest van haar schuld wegens overbedeling af aan haar broer (mei 103) [zie mei 109]
101 / 100 — Totoës, haar man, verpacht het land (november 101)

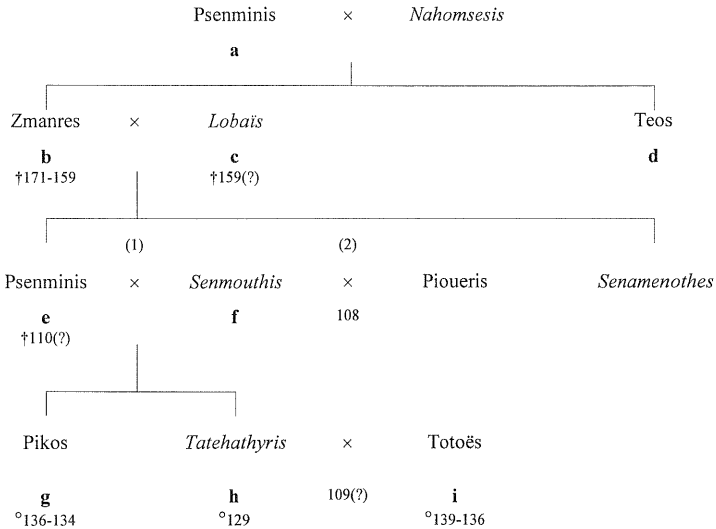
Opvallend is in de eerste plaats dat deze vrouw na haar huwelijk éénmaal zelf het land verpacht terwijl haar man driemaal als verpachter optreedt. Het enkele feit dat zij als Egyptische vrouw het recht heeft zelfstandig overeenkomsten te sluiten, betekent nog niet dat zij daartoe verplicht is. Tatehathyris liet het tot driemaal toe over aan haar man om het land te verpachten.

In de tweede plaats valt op dat in de drie verpachtingen van de man, hij net doet alsof hij uit eigen naam handelt en alsof het om zijn eigen land gaat. De pachters zullen wel geweten hebben hoe de vork in de steel zat; ik denk dan ook dat het niet 's mans bedoeling was hen te misleiden maar om hun duidelijk te maken dat hij optrad 'als ware hij de eigenaar' en dat de pachters derhalve bij hem verhaal konden zoeken indien er problemen mochten rijzen met de echte eigenaar.

In de derde plaats valt op dat er uit de bewuste documenten zelf niet is op te maken dat de vrouw het aan haar man overliet het contract te sluiten en evenmin dat de man het ten onrechte deed voorkomen dat hij zijn eigen land verpachtte. Die informatie, die partijen en de notaris ons hebben willen onthouden, krijgt men uit archiefonderzoek.

De handelwijze van Tatehathyris en haar man staat niet op zichzelf. Nu wij ons eenmaal bewust zijn geworden van dit verschijnsel blijken er eigenlijk vrij veel Egyptische contracten te zijn waarbij op zijn minst het vermoeden rijst dat een man er voor zijn vrouw (of een vrouwelijk familielid) optreedt, of haar op een of andere manier de helpende hand biedt. Aan haar rechtspositie doet dit natuurlijk geen afbreuk: het geeft aan een kil leerstuk een menselijk tintje.

Stamboom



De vrouwennamen zijn cursief gedrukt

The influence of Roman Law on the common law

*Peter Stein**

Until relatively recently, it was an article of faith among scholars of the common law that their law was almost entirely untouched by the Roman law which was recognised to be the basis of the civil laws on the continent. The reason was partly romantic nationalism, but with a political slant; the common law was viewed as the safeguard of individual liberty against any undue interference by the state, whereas the civil law, tainted by such maxims as 'what pleases the prince has the force of law,' was envisaged as the justification of tyranny.

There is, however, another less obvious reason for this underestimation of the influence of Roman law. When the history of the common law came to be studied seriously in the later part of the nineteenth century, its scholars were much influenced by the Germanistik wing of the German historical school. Roman law was sometimes seen by Germanists as a kind of disease, infecting the purity of Germanic law. From this perspective the common law was a Germanic customary law which had somehow managed to retain its purity and resist infection by Roman law at a time when the whole of continental Europe, and even Scotland, were succumbing to the plague. The great historian of German law, Heinrich Brunner, when investigating the reasons for the survival of the common law, observed that when it was given its first systematic statement in the thirteenth century treatise by Bracton, it received an 'inoculation' of Roman law conceptions, which was sufficient to immunise it from a full-scale infection in the sixteenth century.

Today when the common law is losing some of its characteristic features and moving nearer to the civil law, we can look at the influence of Roman law more calmly. In the first place we may note its influence on English legal theory. The strength of the common law has always been in its handling of cases, in finding pragmatic solutions to legal problems; its weakness has been in the theory of law. In particular it has had to face the problem that it is 'a wilderness of single instances' and to find a way of organising the fruits of a series of decisions in a systematic way.

As already noted, already in the thirteenth century Bracton borrowed and

* Prof. dr. P.G. Stein Q.C., F.B.A. is Emeritus Regius Professor of Civil Law in the University of Cambridge.

adapted from Roman law (in fact from Azo) to impose on the embryonic common law a system based on Roman categories. Bracton did not apply these Roman notions slavishly, but he wrote in Latin and when a writer uses a language with technical terms, which already have an established meaning in that language, some of that meaning is bound to be transferred to what the writer is describing. The English ownership that Bracton dealt with may have differed greatly from the Roman ownership but, by discussing it in terms of *dominium* and *proprietas,* Bracton painted it in Roman colours. As the greatest English legal historian, F.W. Maitland put it, from their knowledge of Roman law, Bracton and his contemporaries 'learned how to write about, how to think about, law and besides this they acquired some fertile ideas, distinctions and maxims which they made their own.'[1]

From the time of Bracton onwards, common lawyers have turned for guidance in questions of legal theory to the contemporary version of Roman law on the continent. In the seventeenth century, Chief Justice Hale was inspired by humanist models to suggest an *Analysis of the Common Law,* based on the Institutional system, which was used in the following century by Blackstone as the framework of his famous *Commentaries.* This work formed the foundation of the modern common law, particularly in the early United States, where legal libraries were rare.

In the nineteenth century John Austin presented the concepts of the German Pandectists as if they were universal notions applicable as much to the common law as to Roman law. As legal education in the common law became established in the second half of the nineteenth century, its various components, such as contracts and torts (the common law does not recognise the concept of obligation) were increasingly presented in systems organised around principles, derived ultimately from Roman law. They were viewed not so much as Roman principles as principles of universal validity.

In its detailed rules, in the subtlety of its arguments, the common law has been self-sufficient; but when it was necessary to take a larger view, it was lacking. In particular English lawyers have often been attracted by maxims derived from Roman law, which they have understood as general principles, applicable to all law. These maxims, because they are axiomatic, are taken for granted and do not need to be proved. Some are legal proverbs, perhaps adapted to refer them to the common law rather than the civil law. Sir Edward Coke, who in the early seventeenth century transmitted the substance of the medieval common law to modern times in his *Institutes* and *Commentary on Littelton,* was very prone to cite Latin maxims, some of which he invented himself or quietly adapted for his purposes. Thus he referred to the maxim *multa in iure communi contra rationem disputandi pro communi utilitate introducta sunt (Co. Lit.* 70b). This is taken word for word from the remark of the Roman jurist Julian in D.9.2.51.2, but Coke says *'iure communi'* where Julian said *'iure civili'!*

The common law applied by the common law courts was not by any means

1. Select Passages from Bracton and Azo, Selden Soc. v.8 (London, 1894), xxiv.

the whole of the law of England. Its limitations meant that it had to be supplemented by two other jurisdictions, that of the civil law courts and that of the Court of Chancery, both of which were directly influenced by Roman law.

The civil law courts were the descendants of the church courts which applied canon law before the Reformation and of the Court of Admiralty. After the Reformation the church courts continued as the courts of the Church of England, with exclusive jurisdiction over questions of marriage and status and over testamentary dispositions of moveable property. They continued to apply the same law as they had always done and followed the leading continental authorities. So did the Court of Admiralty, which was concerned largely with maritime law. The teaching of canon law was formally abolished in England in 1535, but the teaching of Roman law continued in the two ancient English universities of Oxford and Cambridge (until the nineteenth century they were the only English universities). Indeed these universities did not introduce any teaching of the English common law until the end of the eighteenth century. Common lawyers had no rights of audience in the civil law courts, which were reserved for members of Doctors' Commons, i.e., those who had doctorates in civil law from Oxford or Cambridge. Together with proctors and notaries, they formed a small profession of civil law specialists, which continued until the middle of the nineteenth century, when the jurisdiction, but not the law and procedure, was merged with that of the common law courts.

The civil law courts did not use common law procedure with its lay juries; they followed the Romano-canonical procedure with wholly professional judges and an emphasis on written documents rather than the oral evidence which juries required. Most of these characteristic civil law features were preserved even after the merger and are visible today, particularly in Admiralty cases.

The other route through which Roman law influence has been mediated into English law is through the Court of Chancery, which administered not the common law but Equity. By the later middle ages the common law had become a rigid system, which failed to provide all the remedies that the king's subjects needed. So they had recourse to petitions to the king, as the fountain of justice, to grant them the remedies which justice demanded, outside the jurisdiction of the common law courts. Some of these limitations of the common law were due to its exclusive use of the jury procedure. A lay court, such as the Roman *iudex* under the formulary procedure and the common law jury, which comes into being solely to deal with a particular case and has no continuing existence, is effectively limited to one kind of remedy, namely the award of money damages. Any other remedy, such as order to do something or not to do something, is beyond its powers, if only because the court will no longer be in existence when the time comes to decide whether the order has been carried out or not. Furthermore certain types of remedy, which lay down standards of conduct to be adopted by certain groups, such as guardians, have to be administered in a consistent way in all cases and can only be granted by professional judges.

In such cases the king referred the petitions to his Council. The president of the Council was the Chancellor, who until the Reformation was usually an ecclesiastic, familiar with canon and civil law. Gradually the Chancellor's court, the Chancery, became a separate jurisdiction parallel with that of the common law. It had a wholly professional procedure, influenced by the Romano-canonical procedure. Since the Chancellor acted *in personam* and could imprison those who disobeyed his orders for their 'contempt of court,' his court could issue orders and injunctions. For example, if a complainant alleged that his opponent had obtained a judgment against him in the common law court which was unjust, the Chancellor would investigate the truth of the allegation. Then, if satisfied that it was true, he would issue a 'common injunction' against the other party not to enforce the judgment in his favour, even though it was formally valid, on pain of imprisonment if the injunction was disobeyed. It has been suggested that this procedure was based on the model of the *denunciatio evangelica* of canon law.

Chancery began as a court of conscience but the Chancellors tried to act according to general principles and the civil law offered plenty of apposite principles. Thus when they granted relief in cases of error, fraud or forgery, or when they gave special protection to infants or insane persons, they could find precedents in the way the strict civil law in Rome had been modified according to equitable principles, both by the praetors and by the Emperors. The main institution produced by Equity is the trust, under which property is owned by A on behalf of B. A, the trustee, has the ownership at law and B, the beneficiary, has the ownership in equity. The duties of trustees were worked out by the Chancellors on a case by case basis, but it seems more than likely that Roman law analogues, such as the duties of tutors in relation to their ward's property, were helpful to them in this regard. Once again the late nineteenth century fusion of equity with the common law has not affected these doctrines.

Even in the common law in the strict sense, Roman influences can be recognised in certain parts of the law which were developed after the Middle Ages. For example, English land law, which is based on feudal ideas, seems at first sight most unroman. However the law of easements, rights *in rem* exercisable over one piece of land in favour of another piece of land, was developed later than the rest of the land law and is almost entirely taken over from the Roman law of praedial servitudes. It was found convenient to pretend that on this matter ancient Roman law and traditional English customs were the same.

In the common law states of the southern U.S.A. (Louisiana was, and is, the exception in that it has had the civil law, rather than the common law, ever since its admission to the Union) before the Civil War, cases arose involving slaves. English common law offered no precedents on such matters as the owner's rights in respect of fugitive slaves and they were often decided according to Roman law, just because there was no English decision available. In the period immediately after Independence, the common law courts of the

United States tended to view Roman law more favourably than their English counterparts just because the Roman law was not of English origin.

The influence of Roman law on various aspects of Anglo-American law in the past is undeniable. What about today? In a 1987 case,[2] the owners of an oil tanker, on which a cargo of crude oil had been loaded, had mixed it with other oil of their own already in the tanker. It was possible to work out precisely the amounts of oil originally belonging to the two parties. The dispute was as to how the mixed oil should be divided up. The relevant contract provided that any dispute should go to arbitration and that English law should apply. The issue of how mixed substances should be divided had been discussed in a number of cases going back to 1594. A case of that year concerned the mixing of two stacks of hay, and it was held that where, as in that case, the mixing was due to the wrongful act of one of the parties, the whole mass should be assigned to the other, innocent, party. More recent cases established that if the wrongdoer had destroyed the evidence by which the innocent party could show what he had lost, the wrongdoer must suffer from the resulting uncertainty and if necessary hand over the whole mass. But where, as in this case, it was known precisely how much had belonged to each party, the authorities did not provide a clear rule.

The arbitrators felt that they were not bound by any common law rule and expressed a preference for the Roman rule of *confusio,* under which the parties owned the whole mass in shares proportionate to their contributions. In the appeal against this ruling, the judge observed that 'it is not the function of civil justice to award the victim more than he has lost, 'and that even though the arbitrators found that when the ship-owners mixed the oil, they were engaged in wrongdoing, that dit not justify the application of a different rule in the civil action. As he said, 'in the days when corn and hay were to be found in heaps which could not be measured accurately, when such disputes were tried by jury and witnesses might be illiterate or ignorant, a rough and ready rule... may have been the best they could find. But a primitive rule is no longer appropriate when modern and sophisticated methods of measurement are available.' The judge felt himself free to apply 'the rule which justice requires' and proceeded to apply the Roman rule, adding only that if the victim had suffered any loss, such as in respect of quality, as a result of the mixing he could claim damages therefor.

The judge could, of course, have referred to modern civil law (e.g., the French code civ. 573 and 574), but by referring rather to the rule of Roman law, he was recalling an English legal tradition. That is to treat Roman law, and in particular those rules of Roman law which are said to be 'dictated by natural reason,' as if they expressed general principles of law accepted by all civilised peoples.[3]

2. Indian Oil Corporation Ltd v. Greenstone Shipping Co. SA (Panama) [1987] 3 All ER, 893 (Staughton, J.).
3. For some remarks on the structural similarities and differences between Roman law, traditional common law and modern civil law, P.G. Stein, 'Roman Law, Common Law and Civil Law,' 66 Tulane Law Review, 1992, 1591-1603.

Een 'Inleidinge'

*J.Th.de Smidt**

I

Er was eens een tijd, dat de eerstejaars rechtenstudent in de collegebanken bij Romeins recht de Instituten van Gaius en het Corpus juris civilis en bij het college oud-vaderlands recht de *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* van Hugo de Groot voor zijn neus had liggen. 'Ad fundum', tot de bodem, werd een vraag behandeld door 'ad fontes' te gaan, dat wil zeggen de bronnen zelf te laten spreken. De hoogleraar Romeins recht, J.C.van Oven, was gevreesd omdat hij met de collegelijst in de hand steeds weer met name genoemde studenten een Digestentekst liet lezen en vertalen. Wee de man of vrouw die een accent verkeerd legde of bij het vertalen haperde. 'Komt U misschien van de HBS meneer?' werd dan snierend gevraagd. Het vervelende voor ons was, dat Van Oven de namen van de zondaren, maar gelukkig ook wel van de braven, goed onthield. Toch stond hij als docent bij ons hoog aangeschreven. Het Romeinse recht speelde zich af aan of in het Rapenburg en werd gelardeerd met studenten en fietsen. Eigenlijk gaf hij beginselen, grondslagen — of hoe men ook noemen wil — van het burgerlijk recht. Het werd er in gepropt zoals het voedsel in de Franse ganzen, die de beroemde pâté de foie gras moeten produceren.

Fischer, die voor de eerstejaars het oud-vaderlands (burgerlijk) recht doceerde, was eveneens een geboren en getogen jurist en een geliefd docent. De *Inleidinge* van Hugo de Groot werd in het algemeen wel als studentvriendelijker ervaren dan de Digestenteksten. Bovendien was Fischer er de man niet naar om iemand in zijn hemd te zetten.

Dit alles behoort tot de 'goede' oude tijd, waarin nog geen geluidsinstallatie nodig was om het melodieus gezoem van studentenzwermen te overstemmen. Na Fischer's overlijden in 1964 werd het lezen van de *Inleidinge* op college en werkgroepen nog lange tijd in ere gehouden. Dat nu de afstand tot de oude bronnen groter is geworden is een logisch gevolg van het voortschrijden van de tijd, maar bovenal het gevolg van verander(en)de opvattingen.

* Prof. mr. J. Th. de Smidt is emeritus hoogleraar oud-vaderlands recht aan de Rijksuniversiteit Leiden en de Universiteit van Amsterdam.

Terug naar de bronnen. Wat Gaius' Inleidinge — al een slordige 18 eeuwen oud — voor het Romeinse recht betekende, betekenden de nog geen vier eeuwen oude Instituten van de Hollandse Gaius — ik bedoel natuurlijk Hugo de Groot — voor het oud-Hollandse recht. Van het werk verschenen 34 uitgaven, waarvan 13 zijn verschenen na de invoering van onze codificatie, die, zoals men weet, de afschaffing van het Romeins-Hollandse recht tot gevolg had. Hoe is die populariteit tot in het recente verleden te verklaren? Het antwoord is drievoudig, de kwaliteit is uitmuntend, de taal is Nederlands en de behoefte was groot. Vorig jaar nog eindigde mijn collega Feenstra zijn rechtshistorische bijdrage in het BW-krant jaarboek (p. 32) met de verzuchting, dat als wij na 1820 niet zo slaafs de Code civil hadden gevolgd, maar de Kemper-Cras-De Groot-lijn trouw waren gebleven, ons wetboek de Europese primeur van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking — de Groot's term 'verbintenisse uit baet-trecking' is mooier — zou hebben gehad. Het geniale van deze in de 'Dageraad der Gouden Eeuw' geboren man is en wordt nog steeds in vele toonaarden bezongen. Niet alles wat Mozart componeerde is van een zelfde hoge kwaliteit. Dat geldt ook voor de opera van Grotius. Maar een ieder is het er wel over eens dat in zijn *Inleidinge,* als in een wetboek het hele Hollandse privaatrecht systematisch weldoordacht en in heldere taal werd geopenbaard. Het is dan ook niet voor niets dat de Nederlandse codificatoren rond 1800 de Groot's *Inleidinge* als uitgangspunt namen voor de codificatie van het burgerlijk recht.

II

Het kleine rebellenrepubliekje uit de tachtiger jaren van de 16e eeuw explodeerde in één generatie tot een wereldmacht met de Oost en West-Indische compagnieën, die als de oudste vennootschappen en als de eerste 'multinationals' te boek staan. De hoofdzetels van de NV's waren in Holland en Zeeland gevestigd en het sprak vanzelf — al moest dat zo nu en dan wel gezegd worden — dat in de overzeese gebieden het Hollandse (en het Zeeuwse) recht gold. In de nederzettingen van Nieuw Amsterdam, het latere New York, tot Decima in het verre Oosten moest op zijn tijd ook recht worden gesproken. Voor het strafrecht had de scheepskapitein en zijn scheepsraad, de officier en de krijgsraad en de burger in de schepenbank of Raad van Justitie de beschikking over de 16e eeuwse *Practycke ende handbouck in criminele zaeken* al of niet versiert met 'schoone figuren ende beilden ter materie dienende' van Joost de Damhouder. Voor het privaatrecht had men in het begin niets anders dan de Politieke Ordonnantie van 1580 of 15e eeuwse Zeeuwse keuren. Toen de *Inleidinge* dan ook eindelijk in 1631 op de markt kwam, vloog de één na de andere druk naar alle windstreken. In de meeste koloniën waren bestuur en rechtspraak in handen van kooplieden, militairen en planters, die zelden een juridische studie achter de rug hadden. De 'rechters' moesten het vak in de praktijk maar meester zien te worden. De enige functionaris die bijna altijd een jurist was, was de fiscaal, de man die de overheid, de Staten-Generaal of de Compagnie, al naar het uitkwam, vertegenwoordigde. Hij is te vergelijken

met onze officier van justitie. Omdat de fiscaal ook eventuele corruptie moest kunnen bestrijden, werd hij door patria benoemd en was hij onafhankelijk, 'independent', van de gouverneur en de Raad van Politie die in de kolonie het hoogste gezag vormden. Omdat de fiscaal vaak de enige jurist was, had hij ook veelal zitting in de Raad van Justitie, als het civiele zaken betrof. Advocaten die aan een universiteit gestudeerd hadden waren zeldzame vogels. Partijen werden vertegenwoordigd door practizijns die net als de heren aan de andere kant van de tafel, het vak al praktizerend onder de knie kregen. Van een practizijnsopleiding, zoals die tot 25 jaar geleden op de Nederlandse Antillen bestond, was nergens sprake. Was er wellicht sprake van een mentor- of seniorensysteem? Aan de Kaap de Goede Hoop groeide in de 18e eeuw een soort balie van professionele practizijns-procureurs, die elkaar met geleerde citaten de loef probeerden af te steken. Een juridische oase was de centrale hoofdplaats in het octrooigebied van de Oost-Indische compagnie. Batavia was het bestuurlijk, juridisch en kulturele centrum van Kaap de Goede Hoop tot Decima. Juristen die carrière wilden maken werden of ergens in de kolonie fiscaal, of zij gingen als advocaat via de Kaap naar Batavia. De Raad van Justitie in Batavia was voor alle Raden van Justitie in het VOC-gebied het hoger beroepshof. Van een uitspraak van de Bataviase Raad was geen hoogste beroep op de Hoge Raad van Holland en Zeeland in 's-Gravenhage mogelijk. Wel had men in Batavia de mogelijk van revisie door een versterkte Raad van Justitie geschapen. In de praktijk ontwikkelde deze revisie zich tot een populair, zij het vrij kostbaar, rechtsmiddel, zodat er uiteindelijk toch in drie instanties recht werd gesproken. Ook in de koloniale 19e en 20e eeuw was niet de Haagse Hoge Raad maar het Hoog Gerechtshof in Batavia de hoogste instantie in Indië. In zo'n centrum was voor een advocaat een goede boterham te verdienen. Dat men zijn verdiensten ook in boeken heeft geïnvesteerd blijkt uit de grote juridische boekenschat die in Batavia aanwezig geweest moet zijn. Tot vandaag de dag kan men in alle uithoeken waar eens de Nederlanders hebben gezeten nog verschillende Nederlandse juridische werken aantreffen. En altijd vindt men dan één of meer exemplaren van Hugo de Groot's *Inleidinge*.

III

En dan de 'buitengewesten van Nederland', zoals ten tijde van de Republiek der verenigde Nederlanden de provincies buiten 'Holland' werden genoemd. Hoewel de provincie 'buitenlandse' invloed niet duldde, kon geen jurist met zelfrespect de standaardwerken der Hollandse juristen ontberen, aldus S.J. Fockema Andreae in zijn onvolprezen *Het burgerlijk recht in de buitengewesten van Nederland* (1955, p. 209). Het plaatselijke en het regionale recht staan voorop; schrijvers als Ulrik Huber en de Van de Sande's staan — ook trouwens in Holland — hoog genoteerd, maar de *Inleidinge* van De Groot en de werken van Simon van Leeuwen en J. Voet behoorden tot de standaarduitrusting van iedere advocaat, ook in Gelre of Groningen. Toen in 1798 de Friese jurist Petrus Wierdsma deel ging uitmaken van de commissie van twaalf die

het burgerlijk recht van de Bataafse republiek moest codificeren, stond men voor grote problemen. Eén uniform burgerlijk recht bestond niet, al was door de invloed van het Romeinse recht het privaatrecht meer 'jus commune' dan het publiek recht. Zonder morren neemt ook Wierdsma de *Inleidinge* als uitgangspunt voor zijn ontwerpen. Overigens was deze begaafde jurist niet academisch geschoold. Door zelfstudie en zijn werkzaamheden op een advocatenkantoor en als 'procureur-postulant bij het Nedergericht van Leeuward' maakte hij naam en faam; men raadplege Y.M.I. Greuter-Vreeburg, *De codificatie van het erfrecht 1798-1838* (1987, p. 1-4).

De inlijving bij Frankrijk in 1810 en de invoering van de Code Napoleon maakte niet alleen een eind aan de hoop op een eigen nationale codificatie, maar betekende ook het einde van de vaderlandse rechten. De werken van Voet, Van Leeuwen en De Groot hadden hun waarde voor de rechtspraktijk verloren, zij waren geschiedenis, zij waren oud-vaderlands recht geworden. Napoleon wilde ook Engeland veroveren. Om te voorkomen dat de Bataven overzee gemene zaak zouden maken met de Fransen, namen de Engelsen de meeste Nederlandse kolonieën eerst in bescherming en na 1803 in bezit. Na de val van Napoleon kwamen de meeste gebieden weer in Nederlandse handen, maar Guyana, Kaap de Goede Hoop en Ceylon bleven Engels. In beginsel bleef het daar geldende Romeins-Hollandse recht voorlopig van kracht. Maar hoe konden de Engelse rechters dat recht leren kennen? Een parlementaire 'Inquiry' leverde veel materiaal op, maar voor de rechtspraktijk bleek een Engelse vertaling van de *Inleidinge* de beste remedie. Ch Herbert 'of the Middle temple, esq., barrister-at-law and practising advocate in the Supreme court of civil justice of British Guiana' staat er op het titelblad van de in 1845 in Londen uitgegeven vertaling. Daarna volgen nog drie edities (1878, 1888, 1903) in Kaapstad van de vertaling van Sir A.F.S. Maasdorp en nog twee in Oxford (1926, 1936) door R.W. Lee verzorgde vertalingen. Ook van andere Roman Dutch law authorities kwamen vertalingen tot stand, maar dat alles brengt ons nu te ver van huis. Overigens wil ik er nog op wijzen, dat na 1815/1816 in de Nederlandse koloniën alles voorlopig bij het oude en bij het oud vaderlandse recht bleef. De Franse Codes werden daar nooit ingevoerd en ons BW van 1838 werd in aangepaste versies in de Oost in 1847 en in de West pas in 1869 van kracht. Tot de invoeringsdata van die nieuwe wetgevingen is in Oost en West door de rechters — die in Nederland in de Frans/Nederlandse wetten geschoold waren — het Romeins-Hollandse recht toegepast. De *Inleidinge* was voor de jonge Nederlandse rechter in Paramaribo even vreemd als voor zijn Engelse collega in Georgetown. Tot voor kort waren er nog exemplaren van Grotius' vademecum in de bibliotheken van de gerechtshoven van Suriname en Guyana te raadplegen.

IV

Terug naar Leiden, waar de hoogleraar Johannes Voet al in de tachtiger jaren van de 17e eeuw ook onderwijs gaf in het *jus practicum* of *jus hodiernum* aan de hand van de *Inleidinge* van Hugo de Groot. Het boek dat in de Loevestein-

se gevangenis in 1621 was geschreven en in 1631 met een fraaie eerste, twee concurrerende tweede drukken en een derde druk direct een best-seller bleek te zijn, beleefde in 1692 zijn 16e uitgave. Blijkbaar was het werk, in 1644 door Simon van Groenewegen van een notenapparaat voorzien, niet voor snelle veroudering vatbaar en kon het dienen om het hedendaagse recht te doceren. Er zijn in diverse bibliotheken exemplaren van de *Inleidinge* bewaard gebleven, die met witte van vele aantekeningen voorziene foliovellen zijn doorschoten. Soms wordt vermeld dat de aantekeningen *animadversiones*, *notae* of *explicationes* van Joh. Voet zijn. Ging de Leidse student drie eeuwen geleden met een met blanke foliovellen doorschoten exemplaar van de *Inleidinge* naar het college, vermoedelijk een privatissimum, van de hooggeleerde, waar de *Introductio ad ius Hollandicum Hugonis Grotii* van A tot Z werd behandeld? Wanneer de student advocaat is geworden, gebruikt hij het 'collegedictaat' in de praktijk, en voorziet hij het van verwijzingen naar nieuwe literatuur of rechtspraak. Maar ook de advocaat die niet het voorrecht had gehad aan de voeten van deze grootmeester in het praktijkrecht van zijn dagen te worden ingeleid, had een Grotius, die hij met wit doorschoot en levenslang van wetenswaardigheden voorzag. Na Voet waren het in de tweede helft van de 18e eeuw de Leidse professoren Scheltinga en Van der Keessel die tot 1806 in een cursus van één of twee jaar de hele *Inleidinge* van commentaar voorzagen. Scheltinga gaf zijn college, zijn *dictata* in het Nederlands, hetgeen ronduit revolutionair was. Van der Keessel hield zich aan de traditie en gaf zijn *praelectiones* in het Latijn. Van der Keessel verwerkte in zijn college nieuwe wetgeving, literatuur en rechtspraak, maar zo rond 1800 negeert hij de pogingen om het burgerlijk recht te codificeren. Overigens besteedde hij in zijn colleges strafrecht wel aandacht aan het ontwerp van 1808 voor het wetboek van strafrecht en het in 1809 van kracht geworden Crimineel wetboek. Het bijzondere van de colleges van Van der Keessel, waarvan de vriendelijke physionomie U in de Leidse faculteitskamer toelacht, is, dat zij zijn bijgewerkt tot het einde der dagen van de vaderlandse rechtsverscheidenheid. Zij geven daarom een schitterend overzicht van de ontwikkeling van twee eeuwen burgerlijk recht. Het is dan ook niet zo verwonderlijk dat in de tweede helft van deze eeuw Zuid-Afrikaanse geleerden deze collegedictaten toegankelijk maakten voor de rechtspraktijk in zuidelijk Afrika. Immers het Rooms-Hollands-Kaapse recht had zich in de 19e en 20e eeuw als een olievlek uitgebreid over Zuid-Afrika, Rodesië nu Zimbabwe en Lesotho, Swaziland en Botswana, waar het vandaag de dag, hier wat meer daar wat minder, nog steeds van betekenis is.

V

Na 1810 is in Nederland het *jus hodiernum* van top tot teen op Frankrijk ingesteld. Pas in 1877 bij de oprichting van de eerste leerstoel voor het oudvaderlandse recht komt de *Inleidinge* weer in beeld. Het was S.J. Fockema Andreae, de grootvader van de eerder genoemde, die in 1895 een nieuwe uitgave verzorgde die in 1910 al door een tweede druk werd gevolgd. Heeft

ook hij met studenten De Groot gelezen? Fischer, die in 1945 de leerstoel kwam bezetten, deed het in ieder geval wel. Fischer had in Amsterdam gestudeerd en college bij Van Apeldoorn gelopen. Het was deze L.J. van Apeldoorn die de Leidse Grotius-traditie voortzette door een derde (1926) en een vierde (1939) herziene en vermeerderde uitgave te verzorgen. Blijkens het voorbericht voor de vierde druk had Van Apeldoorn overwogen 'de aanteekeningen te vervangen door een doorloopende uiteenzetting van de geschiedenis van het Hollandsche privaatrecht, min of meer aan de hand van de Groot's boek'. Maar hij verzucht dat er nog te veel 'te weinig onderzocht is om een andere dan een fragmentarische beschrijving van het oude privaatrecht mogelijk te maken'. Fischer heeft bij zijn bewerking van De Blécourt's *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht* (1950, p. V) 'voortdurend verwezen naar Hugo de Groot's onvolprezen *Inleiding*'. Ook zijn ideaal was het boek dat Van Apeldoorn al voor ogen stond te schrijven. Een fundament is gelegd, maar zijn te vroeg overlijden maakte de uitvoering onmogelijk. Wel verscheen van zijn hand de zogenaamde Lund-editie van de *Inleidinge*, die door generaties studenten is gebruikt. Al voor de oorlog had de Zweed Folke Dovring in de universiteitsbibliotheek van Lund een exemplaar van de *Inleidinge* gevonden, dat het handexemplaar van De Groot bleek te zijn met vele verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van de auteur. Op initiatief van Meijers verzorgde Fischer de uitgave, waarin niet alleen alle aantekeningen van De Groot zijn verwerkt, maar ook wordt 'verwezen naar plaatsen der *Inleidinge* zelf, alsmede naar De Groot's overige werken, daaronder begrepen zijn gepubliceerde adviezen en brieven, met het doel De Groot door De Groot zelf te laten verklaren'. Voorwaar een groots werk, dat dan ook twee drukken (1952, 1965) beleefde.

VI

Wat zal de toekomst brengen? Oude tijden keren niet weerom, maar oude waarden worden altijd weer gevonden en opnieuw gewaardeerd. Deze *Inleidinge* is nog niet uitgeluid!

Is rechtsgeschiedenis privaatrechtsgeschiedenis?

*Alain Wijffels**

Wanneer de Nederlandse jurist geconfronteerd wordt met een vertegenwoordiger van de Engelse *legal profession*, krijgt hij wellicht vroeg of laat te horen dat hij uit een land komt waar de *civil law* traditie overheerst. Daarmee bedoelt de Engelse jurist, die zichzelf in die context waarschijnlijk als een *common lawyer* zal bestempelen (ook al is zijn specialisatiegebied b.v. *trust*-recht), dat het Nederlandse recht tot de zgn. romano-germaanse rechtsfamilie behoort, zoals de meeste continentale Westeuropese rechtsstelsels, alsook (in principe) Schotland en de overzeese rechtsstelsels die door Westeuropees continentaal recht werden beïnvloed. Het kan dan interessant zijn, de Engelse collega te vragen waarom men in het Engels de uitdrukking 'civil law' gebruikt om de continentale rechtstraditie van de Engelse *common law* traditie (in ruimere zin) te onderscheiden. Een goede gok is dat het antwoord op die vraag een band probeert te leggen met de Franse *Code civil* van 1804. De continentale rechtstraditie zou als het ware haar uitdrukkingsvorm *par excellence* in het laat- of post-revolutionair Frans Burgerlijk Wetboek hebben gevonden, dat bovendien heelwat andere Europese en overzeese wetboeken heeft beïnvloed. Historisch is die opvatting aanvechtbaar, omdat 'civil law' een vertaling is van *ius civile* zoals die uitdrukking gebruikt werd in de middeleeuwen en in de nieuwe tijd, en derhalve ongeveer samenvalt met 'Romeins recht', althans met het recht dat in het middeleeuws *Corpus iuris civilis* en de daarop gefundeerde rechtsliteratuur werd geformuleerd.

De misvatting van de Engelse jurist is begrijpelijk, al was het maar omdat de overblijfselen van het oude begrip 'ius civile' in Engeland en Europa (dat zelf niet overeenstemt met de lading van de uitdrukking in het antieke Romeins recht) zeker niet ondubbelzinnig zijn: weliswaar doceren de titularissen van de door Hendrik VIII opgerichte leerstoelen in 'civil law' te Oxford en Cambridge vooralsnog overwegend Romeins recht (van de Oudheid), maar wie vandaag te Oxford een B.C.L. of D.C.L. wil behalen (een baccalaureaat, resp. doctoraat in 'civil law'), zal slechts uitzonderlijk met Romeins of continentaal recht te maken hebben (tenzij hij een rechtshistorische of rechts-

* Prof. dr. A. Wijffels is hoogleraar rechtsgeschiedenis te Leiden en te Louvain-la-Neuve.

vergelijkende interesse heeft), maar veeleer met Engels recht, met *common law*.

Bovendien verwijst de misvatting naar een latere ontwikkeling van het recht, die zich als een eigen historisch verschijnsel heeft gekristalliseerd en een eigen 'laag' in het collectief bewustzijn van juristen is gaan vormen, die de vroegere 'laag' (met name de identificatie tussen 'civil law' en Romeins recht) thans grotendeels bedekt en onzichtbaar maakt. Tijdens de 19e eeuw hebben het burgerlijk recht in het algemeen en de *Code civil* in het bijzonder een uitzonderlijk, zij het niet onbetwist prestige genoten (om te vereenvoudigen blijven andere belangrijke aspecten van het verschijnsel, zoals de uitstraling van het Oostenrijks ABGB van 1811, of de voorbereiding van het Duits BGB van 1896/1900 door de *Pandektenwissenschaft*, hier onvermeld). Niet alleen in Frankrijk gold dat het burgerlijk recht als *la reine des disciplines juridiques* heerste. In de legistische sfeer van de 19e eeuw werd de studie van de wet, en uiteraard van die hogere vorm van wetgeving, het wetboek, geprivilegieerd. De *Code civil* werd door de meesten beschouwd als het model zelf van het wetboek, dat naar inhoud en vorm de andere wetboeken overtrof. Daarnaast kregen de sociaal-economische verhoudingen die door het wetboek genormeerd werden in de 'burgerlijke' samenleving van vorige eeuw ideologisch een hoge waardering. Kortom, een jurist was in de eerste plaats een civilist. Dat kwam onder meer tot uiting in het belang dat in de juridische vorming aan de burgerrechtelijke vakken werd gehecht, die meestal een duidelijk overwicht hadden. Min of meer impliciet werd er ook van uitgegaan dat een sterke basis in het civiel recht de meeste garanties bood om een voortreffelijke jurist in de andere, ook niet-privaatrechtelijke vakken te vormen. Dat uitgangspunt gold nog lange tijd in de 20e eeuw, zodat vele rechtstakken die niet tot het burgerlijk recht behoren, zelfs in de sfeer van het publiek recht, door heelwat begrippen, uitdrukkingen, algemene beginselen en denkpatronen van het burgerlijk recht werden beïnvloed. Bekijkt men die ontwikkeling, dan is de associatie tussen *civil law* traditie en het (vroeger of later gecodificeerd) burgerlijk recht in continentaal Europa historisch wèl begrijpelijk en verdedigbaar.

Overigens is de prominente plaats van het burgerlijk recht geen plotse innovatie van de *Code civil* of van de Franse Revolutie geweest. Indien het burgerlijk recht in 1804 een dermate hooggeschatte intellectuele waardering kon veroveren, dan was het mede dank zij een lange ontwikkeling waaraan vooral de doctrine tijdens de vorige eeuwen had bijgedragen. In de mate waarin die Ancien Régime doctrine ten dele tot het Europees *ius commune* behoorde, waarin het Romeins (privaat)recht een belangrijk onderdeel vormde, kan dan toch weer een band gelegd worden tussen *civil law*, Romeins recht en door de *Code civil* rechtstreeks of onrechtstreeks beïnvloed burgerlijk recht. De sociaal-economische orde die zich tijdens de 19e eeuw in de meeste Westeuropese landen van het Ancien Régime losweekte (al dan niet met revolutionaire spanningen), had zich al tijdens die vorige eeuwen geleidelijk gevormd, en daarin speelden de verhoudingen die juridisch in het privaatrecht worden uitgedrukt een essentiële rol; het lag voor de hand dat de privaatrech-

telijke traditie van het Ancien Régime daarom wezenlijk in de 19e eeuw gecontinueerd werd, zij het dan in een positivistisch kleed. Ook al werd het vanaf de jaren 1960 zeer modieus, het belang van het privaatrecht in de huidige samenleving sterk te relativeren, de ontwikkelingen in de Oosteuropese landen tijdens de voorbije jaren hebben aangetoond hoezeer het privaatrecht zich in het liberaal-democratisch patroon ondanks alles heeft gehandhaafd, althans in vergelijking met de dictaturen waar het grotendeels geneutraliseerd of geëlimineerd was, en waar men nu opnieuw onder meer een privaatrechtelijke cultuur tracht te creëren om zich naar het Westers model te oriënteren.

Wanneer men, zoals in de vorige paragrafen, de continuïteit onderstreept die van de laatmiddeleeuwse *ius commune* doctrine naar de door het burgerlijk recht beheerste of ten minste sterk beïnvloede rechtscultuur van de nieuwste tijd loopt, dat kan men vanzelfsprekend argumenteren dat (continentale, Westeuropese) rechtsgeschiedenis inderdaad voor een groot deel privaatrechtsgeschiedenis is, omdat de kern van het rechtsdenken zich (op romanistische basis) in de sfeer van het privaatrecht heeft ontwikkeld. Sterk vereenvoudigend uitgedrukt: de ontwikkeling van het privaatrecht is volgens die zienswijze de kern van de rechtsontwikkeling in het algemeen geweest, zodat iedere vraagstelling met betrekking tot de historische grondslagen van ons recht onvermijdelijk op privaatrechtelijke fundamenten zal stuiten. Die zienswijze gaat doorgaans gepaard met een positief waardeoordeel omtrent de 'kwaliteit' van het (Romeinsrechtelijk gefundeerd) burgerlijk recht.

Nu is het niet moeilijk aan te tonen dat de rechtshistoriografie van deze eeuw (en tevens het onderwijs van de rechtsgeschiedenis), meestal met enige vertraging, de veranderende opvattingen en benaderingen van het recht weerspiegelt, die onder de juristen die zich met geldend recht bezighouden terug te vinden zijn. Op het einde van de 20e eeuw is het evident geworden dat het burgerlijk recht niet meer de bevoorrechte positie van een eeuw, een halve eeuw, of zelfs een kwart eeuw geleden inneemt. Andere, traditionele en minder traditionele takken hebben zich sterk ontwikkeld en (om een term aan het Romeins privaatrecht te ontlenen) geëmancipeerd. Een sociologisch waarneembaar gevolg hiervan is dat de civilisten geleidelijk hun leeuwenaandeel (ex D. 17.2.29.2...) in de juridische faculteiten (het normale werkkader van de rechtshistoricus) verloren, en dat de beoefenaars van de andere rechtsvakken tegelijk een grotere invloed in de faculteitspolitiek gingen uitoefenen, met name op het gebied van onderwijsprogramma's, onderzoeksprioriteiten, juridische methode. Hoe heeft het vak rechtsgeschiedenis zich aan die ontwikkeling aangepast? Het antwoord luidt wellicht: vrij traditioneel en conservatief, d.w.z. steeds volgens de in hun faculteiten gangbare denkpatronen. Privaatrechtsgeschiedenis bleef lang (en is grotendeels nog steeds) een hoeksteen van het onderwijs, maar nieuwe specialisaties werden ontwikkeld of in het leven geroepen om (ten dele) aan de wonderbare vermenigvuldiging van rechtsvakken in het curriculum te beantwoorden. Zo ziet men hoe de vakken staatsrechtsgeschiedenis, strafrechtsgeschiedenis, geschiedenis van het volkenrecht, geschiedenis van het fiscaal recht... naast de privaatrechtsgeschiedenis geleidelijk een eigen min of meer geïnstitutionaliseerd leven

gingen leiden — en, is men geneigd vast te stellen, op een al even weinig geïntegreerde wijze als de positieve rechtsvakken die zij verondersteld worden historisch te ondersteunen.

Trekt men die lijn door, dan hangt de toekomst van de rechtsgeschiedenis af van de behoefte die de rechtsdogmatiek van ieder vakgebied ervaart, kennis van het eigen verleden te verwerven. In de mate waarin het (Nederlands) rechtsonderwijs zich meer en meer volgens het 'vocational training' model van sommige Americaanse *Law Schools* profileert, zal die behoefte sterk verminderen, en zal de rechtsgeschiedenis *faute de combattants* op een enkele uitzondering na uitsterven. In sommige Europese landen (maar minder uitgesproken in Nederland) is er evenwel een reactie ontstaan zowel tegen de niet-geïntegreerde ontwikkeling van steeds meer nieuwe rechtsdisciplines als tegen een quasi-uitsluitend 'technische' opleiding in het positief recht. Of die reactie het zojuist vermeld *Law Schools* scenario zal ombuigen is zeer de vraag. De onvrede met de huidige stand van het recht waaruit die reactie voortspruit, wijst evenwel op een aantal alternatieve strategieën die de rechtsgeschiedenis zou kunnen volgen.

Twee hoofdbezwaren worden vanuit sommige kringen tegen de huidige rechtsbeoefening geopperd. Ten eerste wordt betreurd dat de eenheid van het rechtsdenken vandaag ver te zoeken is: specialisaties zouden zich zodanig los van elkaar ontwikkelen, dat er nauwelijks nog sprake kan zijn van een gemeenschappelijke discipline — de term 'rechtswetenschap' zou een generieke term voor aparte wetenschapsgebieden zijn, die amper nog een gemeenschappelijke basis of een interagerend verband vertonen. Ten tweede (en hier gaat het om een eigen Westeuropese kritiek) wordt erop gewezen dat de huidige rechtsmethode de diversiteit van de (nationale) rechtsstelsels te sterk benadrukt, terwijl er op dit ogenblik meer behoefte zou zijn aan een gemeenschappelijke basis, waarbij het niet ongebruikelijk is de historisch geladen (maar geenszins eenduidige!) uitdrukking *ius commune* te laten vallen. Beide bezwaren zijn eigen aan wat men het post-codificatie tijdperk zou kunnen noemen: de 18e eeuwse en 19e eeuwse codificaties waren immers ontsproten aan de gedachte dat een globale systematiek *ratione materiae* in eigen nationale wetboeken kon (en zelfs moest) gegoten worden. Op het einde van de 20e eeuw is de illusie dat een bepaald rechtsgebied in een wetboek gevat kan worden voorbijgestreefd, terwijl er geen globale systematiek meer is, die de juridische methode bedwingt: nieuwe disciplines zoals mediarecht, milieurecht e.a. doorkruisen de voorheen afgebakende rechtsgebieden. De nadelen van het codificatie-tijdperk zijn op de voorgrond getreden: zoals de bezems in het verhaal van de leerling-tovenaar blijven nieuwe, in geen algemene systematiek geïntegreerde rechtstakken zich oncontroleerbaar vermenigvuldigen, en genereren zij vroeg of laat pseudo-wetboeken die de nieuwe materie nauwelijks beheersen. Die onoverzichtelijke ontwikkeling loopt bovendien parallel in de diverse nationale rechtsordes, zodat het, in die optiek, een onmogelijke taak wordt (met name in de minder traditionele rechtstakken) om ondanks de toenemende transnationale betrekkingen een transnationaal juridisch denkkader uit te werken. Het antwoord op die

uitdaging zou zoals gesuggereerd in een 'nieuw (Europees) ius commune' bestaan: een algemene rechtstheorie die de gemeenschappelijke basis van de positieve (Europese) rechtsstelsels zou uitmaken. Over de aard van dat ius commune en de manier waarop het tot stand zou moeten komen is er geen consensus: hooguit kan men stellen dat veel verwacht wordt van de rechtsvergelijking om de mogelijke oriëntaties van het nieuw ius commune te bepalen. Zelfs bij die juristen die de hierboven vermelde bezwaren erkennen, geldt veel scepticisme omtrent de haalbaarheid van een dergelijk project.

In die meta-juridische discussie wordt de rechtshistoricus meestal wèl gunstig onthaald: tenslotte wordt hij verondersteld inzicht te hebben in de manier waarop het oude ius commune gefunctioneerd heeft. Bovendien wordt nog dikwijls aanvaard dat een degelijke rechtsvergelijkende methode mede een historische benadering vereist.

De vraag is vervolgens: hoe gaat de rechtshistoricus zich in die discussie aandienen? Uiteraard niet met de verschillende boekdelen die aan de (niet-geïntegreerde) geschiedenis van de aparte rechtstakken zijn besteed. Ook een zuiver of overwegend betoog over *Dogmengeschichte* uitgaande van de thans in vraag gestelde systematiek is uitgesloten, al zal die vorm van geschiedschrijving steeds een noodzakelijke hulpwetenschap van de rechtsgeschiedenis blijven. Ten einde op de beide kort vermelde kritiekpunten in te gaan, zal het rechtshistorisch *discours* dat zich daarnaar wil richten, veel meer dan tot dusver het geval is geweest aandacht moeten hebben voor de juridische methode. Met name zou de rechtsgeschiedenis kunnen nagaan en aantonen, in welke mate de vorming van een juridisch denkpatroon binnen een systematiek *ratione materiae* een betrekkelijk recent historisch verschijnsel is (dat wellicht pas tegen de eerste helft van de zeventiende eeuw de overhand kreeg), en bovendien een niet-noodzakelijke ontwikkeling van het recht zou kunnen zijn (althans te oordelen naar de alternatieve systematiseringssleutels — b.v. een 'open' *actiones*-systeem waarmee vóór de verspreiding van de moderne systematiek — die zich vooral via de zgn. *usus modernus* heeft voltrokken — in theorie en praktijk geëxperimenteerd is geweest). Hiermee wordt geenszins gesuggereerd dat de studie van het recht zoals het vóór de moderne systematisering werd beoefend en van de laat-middeleeuwse en vroeg-moderne alternatieve systematiseringsexperimenten op een of andere manier een paradigma voor hedendaagse rechtstheorie-vorming moet leveren. Wèl (al kan het cliché-achtig klinken) kan de confrontatie van de jurist (als student of beroepsjurist) met een Westerse rechtsbeoefening die de schijnbaar evidente en onontkoombare denkpatronen van zijn min of meer positivistische vorming niet toepast, bijdragen tot het inzicht dat de juridische methode die hem hoofdzakelijk via het aanleren van technieken als een noodzakelijk te gebruiken 'operating system' werd meegegeven (ten einde, volgens die beeldspraak, de 'software' of programma's die aan de verschillende rechtstakken beantwoorden te kunnen activeren en gebruiken), hoegenaamd niet een tijdloos en universeel gegeven is, met andere woorden desgevallend door een andere, meer efficiënte of beter aangepaste methode vervangen zou kunnen worden. De aanzet tot een dergelijk bewustzijn zal uiteraard door tegenstan-

ders als een futiele, ondeugdelijke poging worden afgewezen (de meest gunstige, althans mildste hypothese), of als een te *eradiceren* vorm van subversiviteit worden aangepakt (de minder smakelijke vorm van faculteitspolitiek). Daarnaast is het de taak van de rechtsgeschiedenis (steeds in het perspectief van de dubbele kritiek op het huidig recht) na te gaan hoe de rationalistische, sociaal-anthropologisch optimistische premissen die het codificatie-tijdperk hebben ingeluid, in de loop van de 19e en van de 20e eeuw zijn geverifieerd of gefalsifieerd. Het nut hiervan voor een nieuwe rechtstheorie-vorming zou kunnen zijn, dat die diachronische studie parallellen aan het licht brengt tussen schijnbare degeneratie-verschijnselen in de hedendaagse rechtsontwikkelingen en structuren van rechtsinstellingen vóór de invoering van de codificaties. Voorbeelden hiervan, in het burgerlijk recht, zouden de demontages van de uniforme conceptualisering en normering van (onroerende) eigendom en onrechtmatige daad kunnen zijn, waardoor die begrippen zoals zij thans worden uitgewerkt (zij het in functie van heel andere belangenafwegingen of waardeoordelen) meer gelijkenissen gaan vertonen met hun tegenhangers van het Ancien Régime dan met de gelijknamige begrippen die tijdens de 19e eeuw werden gehanteerd, hetgeen opnieuw symptomatisch zou kunnen zijn voor Westerse denkstructuren die fundamenteler zijn dan de methode die van het codificatie-tijdperk geërfd werd.

Ook inzake het begrip 'ius commune' kan de rechtsgeschiedenis tot de begripsvorming van een nieuwe algemene rechtstheorie bijdragen. Met name wordt de term nog teveel gebruikt als zou het om een eenduidig begrip gaan in de Westerse traditie. Afgezien van het feit dat er diverse soorten 'gemeen recht' in de loop van de middeleeuwse, moderne en hedendaagse geschiedenis werden ontwikkeld, die elk een eigen (politiek) doel nastreefden en volgens eigen strategieën tot stand kwamen (b.v. het Engels *common law*, het Duits 'gemeines Recht', het Franse 'droit coutumier commun', het Europees recht van de E.G.), heeft het *ius commune* in engere zin (de geleerdrechtelijke of romano-canonieke traditie van de middeleeuwen en nieuwe tijd) zelf diverse metamorfozen ondergaan, naargelang min of meer dezelfde materialen (nl. de teksten van de *corpora iuris*) telkens opnieuw in een nieuw denkkader werden gegoten, dat de algemene denkschema's van de tijd weerspiegelde: de middeleeuws-scholastische *mos italicus*, de aan een 'tweede scholastiek' herinnerende *usus modernus*, de humanistische *mos gallicus*, de school van het *Vernunftrecht*. Het Romeins recht leverde voor elk van die kaders een groot deel van de bouwstenen, maar de gebouwen die ermee werden opgericht waren al even verschillend in geest en stijl als een middeleeuwse kathedraal, een kasteel van de Renaissance, een naar het model van Versailles ontworpen vorstelijk paleis. De rol zelf van het *ius commune*, onder meer in zijn verhouding tegenover de andere rechtsbronnen (i.h.b. de *iura propria*) werd eveneens telkens opnieuw gedefinieerd. Andermaal gaat het er niet om dat die verschillende ontwikkelingsvormen van het ius commune als paradigma's zouden gelden voor de eventuele vorming van een nieuw Europees gemeen recht, maar wel

dat die diverse vormen ertoe bijdragen de jurist ervan bewust te maken, dat er andere concepten mogelijk zijn die van een (nog steeds sterk) positivistisch opgevat Europees communautair recht.

Het zou niet de eerste keer zijn dat de rechtsgeschiedenis (althans de studie van 'oud' recht) zich in een hervormingsstreven inschakelt, maar de geschiedenis leert ook (een geijkte uitdrukking, aangezien het zeer de vraag is of de geschiedenis überhaupt iets aanleert) dat zelfs de succesvolle hervormingsbewegingen minder radicaal uitgevoerd worden dan in de verwachtingen van hun oorspronkelijk programma.

In de voorbije bladzijden werden twee mogelijke scenario's geschetst, die een antwoord geven op de vraag, wat de rechtsgeschiedenis vandaag aan het (burgerlijk) recht te bieden heeft. In de eerste bladzijden werd vooral naar een traditionele status quaestionis verwezen: het model van een rechtsgeschiedenis die vooral verklaart hoe huidige rechtsinstellingen tot stand zijn gekomen, met enige nadruk op externe rechtsgeschiedenis (de geschiedenis van de rechtsbronnen) en op de rechtsdogmatiek. De legitimiteit van die benadering staat niet in vraag, wel is er steeds meer een malaise wanneer de noodzaak of het nut van die verklarende benadering in het juristenmilieu (en met name in de rechtsfaculteiten) bepleit moet worden. Die malaise is dan weer in verband te brengen met de relatieve achteruitgang van het historisch besef in onze samenleving (terwijl, paradoxaal, meer dan ooit geïnvesteerd wordt in het behoud van het historisch patrimonium). De kritiek op die benadering werd in de daaropvolgende bladzijden summier samengevat: aansluitend op een kritiek die de afwezigheid van een algemene, coherente en transnationale methodiek in de tegenwoordige rechtsontwikkelingen aanklaagt, kan de rechtshistorische wetenschap eerder de nadruk leggen op de manier waarop de huidige juridische denkstructuren, over de gebrekkige systematisering van het recht heen, zijn ontstaan, en aantonen dat het om historisch bepaalde verschijnselen gaat, die niet van absolute, noodzakelijke of dwingende aard zijn. Enigszins karikaturaal zou men kunnen stellen dat de eerste benadering de eerder behoudende rol vervult, de continuïteit in het recht te accentueren, terwijl de tweede benadering de contingentie van het rechtssysteem in het licht stelt. In de eerste benadering is de plaats van de privaatrechtsgeschiedenis in de rechtshistorische wetenschap ongeveer evenredig met die van het privaatrecht in het geheel van de rechtswetenschappen (wellicht iets ruimer, vanwege de bevoorrechte positie die het privaatrecht historisch in de rechtswetenschap van de nieuwe tijd en van de 19e eeuw heeft ingenomen). In de tweede benadering is de rechtsgeschiedenis niet meer specifiek op een of andere rechtstak georiënteerd: slechts in de mate waarin rechtsmethodiek in het verleden schatplichtig is geweest tegenover privaatrechtelijke doctrines, komen die doctrines er ook bijzonder aan de orde.

Tenslotte moet worden onderstreept dat de hier gehanteerde tegenstelling eerder een kwestie is van prioriteiten: ook in de eerste, meer traditionele benadering is er een groeiende belangstelling voor de historisch-theoretische premissen (zoals ook voor de sociaal-economische context) van de rechtsdogmatiek; anderzijds zou een geschiedenis van de rechtstheorie of rechtsmetho-

diek naar abstracte ijlheid dreigen af te glijden, wanneer haar betoog niet stevig gefundeerd is in een studie van de historische ontwikkeling van rechtsdogmatische en positiefrechtelijke leerstukken. Welke prioriteiten de oriëntaties van de rechtsgeschiedenis zullen bepalen, wordt wellicht niet in de eerste plaats door de rechtshistorici zelf uitgemaakt, maar door de heersende opvatting (die niet met een *communis opinio*, maar veeleer met de denkbeelden van een door zichzelf aangestelde *pars sanior* overeenstemt) van de juristen die het hedendaags recht *in scholis* of *in curiis* beoefenen. Een dergelijke heersende opvatting bestaat vandaag slechts in beperkte mate op landelijk vlak, en nog minder op Europees vlak: precies het gebrek aan consensus omtrent de grondslagen van het recht zou een symptoom van een nieuwe breuklijn in de rechtsontwikkeling kunnen zijn, en verantwoordt in ieder geval dat ook de rechtsgeschiedenis zich in het spanningsveld van die diverse oriëntaties beweegt.

De zaak North Western Bank v. Poynter

ENIGE OPMERKINGEN BIJ ART. 3:258, LID 1 BW

*W.J. Zwalve**

> 'Well', said Butler, '(...) we have changed for the better; since we make our own harness, and only import our lawyers from Holland.'
> 'It's ower true, Mr Butler', said Bartoline [Saddletree], 'if (...) my father had had the sense to send me to Leyden (...) to learn the Substitutes and the Pandex.'
> 'You mean the Institutes, Justinian's Institutes?', said Butler.
> 'Institutes and substitutes are synonymous words, Mr Butler (...) I know these things pretty well, I thank God; but I own I should have studied in Holland'.
>
> Sir Walter Scott, The Heart of Mid-Lothian, ch. V.

In een tijd waarin het Nederlandse burgerlijke recht met de tomaat, de kaas en de paprika wedijvert om als één onzer aantrekkelijkste exportprodukten te worden aangemerkt, lijkt het gepast de aandacht van de lezer te vestigen op een eerdere periode in onze rechtsgeschiedenis waarin dit óók het geval was. Ik bedoel de tijd waarin de geschriften van Hollandse juristen zoals Voet en Vinnius op alle Europese rechtsgeleerde tafels lagen teneinde te worden geraadpleegd als de meest gezaghebbende samenvatingen van het oude Europese *ius commune*. Het was een tijd waarin in ons land niet alleen de letteren en schone kunsten bloeiden als nooit te voren en nadien, maar waarin ook de Hollandse rechtsgeleerdheid een invloed over de grenzen deed gelden die nadien nooit meer is bereikt. Zo kan het gebeuren dat geschriften zoals die van Grotius, Voet en Vinnius buiten ons land nog steeds een gezag genieten dat zij ten onzent reeds lang geleden, ten gevolge van de codificatie, hebben verloren. In de regel pleegt men daarvoor te verwijzen naar het gezag dat het 'Rooms-Hollandse recht' nog steeds in de voormalige Kaapkolonie, in Zuid-Afrika, geniet, maar ik zou op deze plaats eens de aandacht willen vestigen op zijn invloed dichter bij huis, te weten in Schotland.

Het oude Schotse koninkrijk behoort, anders dan de zuiderbuur, tot de continentale 'civil law' traditie. Het Schotse burgerlijke recht, dat nog steeds niet is gecodificeerd, is overduidelijk op het Romeinse recht gebaseerd en

* Prof. mr. W.J. Zwalve is als hoogleraar historische ontwikkeling van het recht verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden.

onderscheidt zich daardoor van de 'common law', waarvan men over het algemeen pleegt op te merken dat de romeinsrechtelijke invloed daarop te verwaarlozen is. Tot aan het begin van de 19e eeuw zochten Schotse studenten daarom hun opleiding voornamelijk in Nederland, waar niet alleen de Romeinse rechtsgeleerdheid bloeide als nergens anders op het continent, maar óók de studie van de Godgeleerdheid in handen was van gelijkgestemde presbyteriaanse theologen. Een promotie in een Nederlandse academie, in het bijzonder de prestigieuze Leidse juridische faculteit, gold daarom als een juridisch status-symbool van de hoogste orde. Daarvan getuigt nog de verzuchting van Mr Saddletree, 'an amateur in the law' en één van de aardigste karakters in Walter Scott's *Heart of Mid-Lothian*. Hij placht zijn dagen te slijten in de gehoorzalen van de Schotse Court of Session en liet de bedrijfsvoering van zijn nering in lederwaren over aan zijn echtgenote. Bij de Court of Session nu waren de verwijzingen naar de opinies van Hollandse juristen, in het bijzonder Grotius, Voet en Vinnius, niet van de lucht. Nog in 1943 merkte Lord Mac Millan in *Stewart v. L.M.S.*[1] op dat

'During the seventeenth and eighteenth centuries Scottish students at law, in the absence of opportunities of academic instruction in their own country, resorted in large numbers for their legal education to the great seminaries of civil law in Holland, then at their zenith (...) From their sojourn in Holland the aspirants to practice in the Parliament House brought back with them not only the principles which they had imbibed from the masters of the Roman-Dutch law but also the treatises of which the law schools of the Dutch universities were so prolific. No Scots lawyer's library was complete in those days which did not contain the works of Grotius, Vinnius, the Voets, Heineccius and other learned civilians. Collections of decisions of the Scottish judges were few and inaccessible, and the Court of Session, with its predilection for principle rather than precedent, heard many arguments adorned with citations of the Roman law and its Dutch commentators'.[2]

Ter illustratie van de continentale, in het bijzonder de Hollandse invloed op het Schotse privaatrecht wil ik de aandacht vestigen op een bijzondere zaak waarin die helder naar voren treedt. Zij verduidelijkt tevens dat die invloed niet noodzakelijkerwijze leidde tot een receptie van het pure Romeinse recht, zoals dat was neergelegd in het Corpus Iuris, maar juist ook tot daarvan afwijkende regels die op het continent waren ontstaan als reactie op de romeinsrechtelijke. In de zaak *North Western Bank v. Poynter*[3] namelijk stuitte de Schotse juridische traditie op de Engelse en op het eerste gezicht zou men daarom verwachten dat er sprake was van een conflict tussen de regelingen van de 'common law' en die van het Romeinse recht, maar het aardige van deze zaak is nu dat de 'common law', *mirabile dictu*, de romeinsrechtelijke zijde had gekozen, terwijl het Schotse recht, in navolging van Voet, een weg had gekozen die bewust van het Corpus Iuris afweek. Het gaat om het volgende.

De 'North Western Bank' had een lening verschaft aan Page en had zich,

1. 1943 Sess. Cas. 19.
2. T.a.p., p. 38-39.
3. [1895] AC 56.

tot zekerheid van haar vordering, een pandrecht laten verschaffen op een lading fosfaat die in het schip de *Cyprus* voor Page onderweg was naar Glascow. De verpanding geschiedde door overgifte van de 'bill of lading', het cognossement, aan de bank. Het cognossement was blanco geëndosseerd, waardoor het document van een orderpapier tot een toonderpapier werd. Er zij hier, wellicht niet ten overvloede, opgemerkt dat de 'bill of lading', het cognossement, het bezit van de goederen representeert en dat afgifte van de 'bill of lading' gelijk staat aan de verschaffing van het bezit der daardoor gerepresenteerde goederen zodat er een geldig recht van vuistpand was gevestigd door overgifte van het cognossement. Nu gebeurde het volgende. Op 12 april 1892, toen de *Cyprus* in Glascow was aangekomen, retourneerde de bank het cognossement aan Page met de opdracht de lading fosfaat voor haar te verkopen. Page verkocht daarop de lading aan Cross, maar hij deed dit op eigen naam, zich dus niet afficherend als vertegenwoordiger van de bank. Nadat Cross een gedeelte van de koopsom had betaald, werd voor het resterende bedrag daarvan beslag onder hem gelegd door Poynter, een crediteur van Page. De 'North Western Bank' verzette zich tegen het beslag, betogende dat zij een pandrecht op het fosfaat had; dat Page die als haar vertegenwoordiger had verkocht en dat de koopsom derhalve aan haar en niet aan Page was verschuldigd. In de Schotse Court of Session concentreerde zich het geschil op de vraag of de bank een pandrecht op de lading geldend kon maken, of niet. Het gerechtshof was in meerderheid (maar met een belangrijke 'dissenting opinion' van Lord Young) van mening dat een recht van vuistpand teniet gaat wanneer de pandhouder de feitelijke heerschappij over de verpande goederen afstaat aan de pandgever en dat dit dus *in casu* het geval zou zijn geweest op het moment waarop de bank haar debiteur Page in het bezit had gesteld van het blanco geëndosseerd cognossement. Page zou daarom niet met een zakelijke last bezwaarde goederen hebben verkocht en derhalve zou de koopprijs ook aan hem toekomen zodat het beslag van Poynter geldig was gelegd. Lord Trayner geeft in zijn 'opinion' nauwkeurig aan onder welke voorwaarden een pandhouder de feitelijke heerschappij over de aan hem verpande goederen kan afstaan *zonder* verlies van zijn pandrecht:

'That a pledgee may part with the pledge temporarily for a necessary purpose or for safe custody without the loss of his right may be admitted, *provided he has not so parted with it to the owner*. If he parts with it to a third party, the temporary possession of the latter is possession for the pledgee; he has no right in or to the subject except that right which the pledgee gave him and which the pledgee may at any time take away. *But if the pledgee parts with the pledge to the owner the result is that the owner resumes possession of his own property freed from the security burden*; the owner acquires no new right, but the pledgee's right as a real right flies off, leaving him only his personal right against the debtor'.[4]

Deze beslissing is geheel in lijn met hetgeen tegenwoordig op het continent (*niet*, naar wij nog zullen zien, in Engeland) wordt geleerd met betrekking tot het recht van vuistpand: het recht wordt gevestigd door de verpande goederen

4. *North Western Bank v. Poynter*, 21 Court Sess. Cas. 4th Series (Rettie), 513, op p. 525.

uit de macht van de debiteur te brengen en het gaat teniet zodra zij weer in de macht van de debiteur worden gebracht. Het oude BW leerde dit in navolging van de Code civil (art. 2076 Cc) in art. 1198 OBW en het nieuwe in art. 3:236, lid 1 BW. Er is op het continent zelfs een uitspraak die nauwkeurig correspondeert met die van de Schotse Court of Session inzake *North Western Bank v. Poynter*; ik bedoel de zaak *Société générale C. Pauwels, Debacker et cons.*, waarin de Franse Cour de Cassation in 1894 uitspraak deed.[5]

De firma Morel & Co. had van Bath & Son een lading soda-nitraat gekocht die zich bevond in het schip de *Cordova* dat op weg was naar de haven van Duinkerken. Morel verpandde de lading door middel van overgifte van het cognossement aan de 'Société générale' en endoseerde het blanco. De 'Société générale' maakte nu de kapitale blunder door het blanco geëndosseerde cognossement weer af te staan aan Morel teneinde de lading voor haar te lossen. Morel had het grootste gedeelte van de lading al gelost, toen de koop tussen hem en Bath & Son met terugwerkende kracht werd ontbonden. Er ontstond nu een conflict tussen Bath & Son, die beweerde eigenaar te zijn van de lading en de 'Société générale' die beweerde daarop een pandrecht te hebben. De Cour de Cassation was van mening dat de 'Société générale' haar pandrecht had verloren op het moment waarop zij door de afgifte van het cognossement Morel weer in staat had gesteld zich effectief in het bezit van de lading te stellen.

Er dient in dit verband ook te worden gewezen op een arrest van de Cour de Cassation in zake *Delong C. Philips*.[6] Hierin namelijk wordt benadrukt dat de vestiging van een pandrecht geschiedt door en ten titel van een bijzonder benoemd contract, het 'contrat de gage', dat (evenals — naar wij nog zullen zien — naar Romeins recht het geval was) een reëel contract is, hetgeen dwingend impliceert dat de verpande goederen *in* de macht van de pandhouder (of een 'tiers convenu', een 'overeengekomen derde') dienen te worden gebracht en waaraan in dit geval ook uitdrukkelijk de gevolgtrekking werd verbonden dat zij daarin ook dienen te blijven.

De 'Société des voitures légères "Chainless" ' had een waardevolle automobiel (een 'L'Abeille') verkocht en geleverd aan Philips, die de wagen enige tijd nadien weer aan 'Chainless' voor reparaties afstond. 'Chainless' verpandde daarna de wagen aan Delong, die daarop volgens de algemene regeling van het Franse art. 2279 (1) Cc (= art. 2014, lid 1 OBW; verg. art. 3:238, lid 1 BW) een geldig pandrecht verkreeg, mits natuurlijk, gelijk ook *in casu* was geschied, aan Delong 'une possession réelle' was verschaft. Korte tijd nadien stond de pandhouder (Delong) de wagen weer af aan 'Chainless' opdat deze de wagen ten toon kon stellen op een automobielten-toonstelling van de Franse 'Automobile-Club'. Teneinde te voorkomen dat de pandgever (Delong) door de afgifte voor dit bijzondere doel aan 'Chainless' de macht over de verpande wagen verloor, werd door de pandhouder aan de pandgever een reçu afgegeven waarin uitdrukkelijk was gestipuleerd dat de wagen alleen voor dat doel aan de pandgever werd afgestaan. De eigenaar (Philips) bezocht de automobieltentoonstelling, herkende zijn wagen en eiste afgifte. De pandhouder betoogde dat hij te goeder trouw een geldig recht van vuistpand had verkregen en dat zijn bezit, gelet op de voorzorgsmaatregelen die hij had genomen, niet was onderbroken doordat hij de wagen voor dit bijzondere doel weer aan de pandgever had afgestaan. Hij kreeg in eerste aanleg gelijk, maar de uitspraak werd in hoger beroep vernietigd, welk arrest werd bevestigd door de Court de Cassation die bij deze gelegenheid uitdrukkelijk overwoog 'que le contrat de gage *étant un contrat réel*, il est de son essence que la chose donnée en nantissement, soit mise *et continue* de rester en la possession du créancier'.

5. Civ. 9 april 1894, D. 1894, 1, 409 (met noot Boistel).
6. Req. 26 maart 1907, D. 1909, 1, 58.

Zo schaarde zich de dus Schotse Court of Session door zijn uitspraak inzake *North Western Bank v. Poynter* in de traditie van de 'civil law', het continentale privaatrecht. Ondertussen was er in dezen evenwel noch in Schotland, noch op het continent sprake van een toepassing van het Romeinse recht. Integendeel: het Romeinse recht, dat wil zeggen het Corpus Iuris, leerde uitdrukkelijk iets geheel anders!

Ten aanzien van de vraag of de feitelijke heerschappij van in vuistpand gegeven zaken bij de pandhouder dient te blijven deelt ons Paulus het volgende mede:

D. 13, 7, 37: Indien ik een zaak die aan mij in pand is gegeven verhuur aan de eigenaar, dan behoud ik de macht daarover door middel van de huurovereenkomst, omdat de debiteur vóórdat hij [zijn eigen zaak] huurde daarvan niet de feitelijke heerschappij had, terwijl ik de wil heb om die voor mij te houden en de huurder niet de wil heeft die voor zichzelf uit te oefenen.[7]

Het Romeinse recht schreef dus *niet* voor dat in pand gegeven zaken definitief *uit* de macht van de pandgever dienden te blijven: het pandrecht bleef bestaan, zelfs wanneer de feitelijke heerschappij daarover na de vestiging van het pandrecht, bijvoorbeeld op grond van een huurovereenkomst, terugkeerde bij de pandgever. Hierbij dient evenwel te worden aangetekend dat het Corpus Iuris voor de *vestiging* van het recht van vuistpand wel degelijk voorschrijft dat de te verpanden goederen daadwerkelijk aan de pandhouder moeten worden overgegeven, want het contract van *pignus* (pand) was (en is — naar wij zagen — naar Frans recht nog steeds) een reëel contract dat een daadwerkelijke prestatie van de pandgever aan de pandhouder veronderstelt.[8] Niet het Corpus Iuris, maar het latere gemene recht verbond echter aan D. 13, 7, 37 de gevolgtrekking dat de vestiging van het pandrecht niet eens behoefde te geschieden door middel van een feitelijke overgifte van de tot pand strekkende zaken door de pandgever aan de pandhouder, maar dat de verschaffing van het *burgerlijke*, het *civiele* bezit, door middel van een *constitutum possessorium* voldoende was. De vraag rijst dus nu hoe een Schotse rechter — die zich uiteraard niet kon baseren op een uitdrukkelijk van het Corpus Iuris afwijkende wettelijke bepaling, zoals die van art. 2076 Cc of art. 3:236, lid 1 BW, maar zijn antwoord diende te zoeken binnen de traditie van het gemene recht — tot een van datzelfde gemene recht afwijkende uitspraak kon komen.

Lord Trayner verwijst in zijn 'opinion' naar Bell's gezaghebbende

7. Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. Verg. ook D. 13, 7, 35, 1 en 43, 26, 6, 4 & 11. Volledigheidshalve zij er bovendien nog op gewezen dat de pandhouder één der weinige 'houders' is aan wie naar Romeins recht niet alleen de *possessio naturalis*, maar tevens de *possessio civilis*, het burgerlijke bezit, werd toegekend. De pandhouder behield dit dus wanneer de pandgever de zaak voor hem als huurder ging houden. Zie hierover D. 41, 3, 16.
8. Zie Inst. 3, 14, 4.

Commentaries on the law of Scotland[9] waarin wordt ingegaan op de door D. 13, 7, 37 geboden mogelijkheid en de vraag of dit geldend recht is. Bell nu wijst met instemming op een betoog hieromtrent van niemand minder dan de Leidse hoogleraar Johannes Voet, die zich in zijn *Commentarius ad Pandectas* vierkant opstelde tegen de regel van D. 13, 7, 37 en waarin met zoveel woorden een van het gemene recht afwijkende oplossing van de in de zaak *North Western Bank v. Poynter* aan de orde zijnde rechtsvraag wordt gegeven. Hij zegt daarover het volgende:

'Het lijkt mij [tot vestiging van een pandrecht op roerende zaken] niet voldoende dat de debiteur het bezit van de roerende zaak door middel van een *constitutumpossessorium* aan de crediteur verschaft door het voortaan als bruiklener of ter bede (d.w.z. *precario*) te willen bezitten, daar dit soort van *constitutumpossessorium* in strijd is met het gewoonterecht, dat de [daadwerkelijke] bezitsverschaffing van roerende zaken eist en tot groot nadeel van de overige crediteuren lijkt te strekken (...) Daartegen pleit ook niet wat Paulus in D. 13, 7, 37 schrijft (...) want in de eerste plaats dient men te bedenken dat een debiteur door het enkele feit dat hij een zaak, die aan mij is verpand en door mij weer aan hem is verhuurd, aan een derde vervreemdt, of aan een andere crediteur door middel van een [daadwerkelijke] bezitsverschaffing verpandt, niet meer een bloot houder blijft, of zijn ondersteuning aan mijn bezit verleent, maar zelf wil bezitten en mij op die manier het bezit van mijn pand ontneemt zodat ik ophoud bezitter te zijn (...) zodat ik mij, aldus van mijn bezit beroofd zijnde, ook niet meer jegens kopers en de overige crediteuren van de schuldenaar op mijn recht van pand en voorrang kan beroepen. Maar bovendien is het, ten tweede, veeleer zo dat dit zogenaamde *constitutumpossessorium* naar ons gewoonterecht bij de verpanding van roerende zaken niet meer kan worden erkend sinds men heeft vastgesteld dat roerend goed geen gevolg [van hypotheek] heeft en om die reden behoort zich het feitelijk bezit van de zaak zelf bij de crediteur te bevinden'.[10]

Ondanks het feit dat Voets opinie in dezen, naar wij uit de *Observationes Tumultuariae* weten, niet door de Hoge Raad van Holland en Zeeland werd gedeeld,[11] werd zij in Schotland gevolgd. Men dient daarbij bovendien nog te bedenken dat het Schotse recht vanouds afwijzend stond tegen 'bezitloze' zekerheidsrechten op roerende zaken. In Schotland werd bijvoorbeeld, anders

9. II, Edinburgh 1870, p. 22.
10. Commentarius ad Pandectas 20, 1, 12: Nec sufficere videtur, quod debitor creditori pignori obligans rem mobilem, constituat, se eam in posterum nomine creditoris vel ut commodato aut precario concessam possidere velle; cum magis in fraudem consuetudinis, traditionem mobilium exigentis, et in necem reliquorum creditorum istud constitui possessorii genus videtur intervenisse (...) Neque adversatur, quod a Paulo scriptum est (...) Considerandum enim primo, debitorem hoc ipso, quo rem mihi pignori datam, iterumque sibi per me elocatam, in tertium alienat, aut alteri creditori suo per traditionem pignori obligat, non amplius nudum manere detentorem, aut meae possessioni ministerium praebere, sed suo nomine voluisse possidere, atque ita mihi meam intervenisse pignoris possessionem, ac me desiisse possessorem esse (...) ut proinde sic possessione destitutus nullum mihi deinceps arrogare possim pignoris aut praelationis ius adversus emtores aut reliquos debitoris creditores. Sed et secundo, magis est, ut nostris moribus illud quale quale constitutum possessorium in pignoribus mobilium non ultra probari possit, ex quo placuit, mobilia non habent sequelam, et ob id ipsi rei mobilis possessioni incumbere debere creditorem.
11. Zie Cornelis van Bynkershoek, Observationes Tumultuariae IV, Haarlem 1962, no. 3051 (uitspraak van 13 november 1737). De belangstellende lezer zie hierbij A.G. Pos, Hypotheek op roerend goed, Deventer 1970.

dan in Holland, de romeinsrechtelijke hypotheek op roerende zaken in het geheel niet gerecipieerd.[12] Zo was dus een van het Romeinse recht afwijkende opinie van een Hollandse jurist uit de 17e eeuw beslissend voor het oordeel dat de Court of Session gaf.[13]

De 'North Western Bank' nam geen genoegen met de in haar nadeel uitgevallen beslissing van de Court of Session en ging in hoger beroep bij de House of Lords dat ook de hoogste beroepsinstantie voor Schotland is, een gegeven dat voor de nodige ergernis in Schotland heeft gezorgd omdat de House of Lords, ondanks het feit dat de House in zulke gevallen pleegt te worden uitgebreid met enige Schotse 'Law Lords', wordt verweten het Schotse recht te ontstellen door het hanteren van aan de 'common law' ontleende begrippen en constructies. Dit was zeker ook het geval in de zaak *North Western Bank v. Poynter*, want hierin stuitte, naar reeds werd opgemerkt, de traditie van de 'common law', waarin de meerderheid van de 'Law Lords' was opgegroeid, op die van het continentale recht. Het toeval wil namelijk dat de 'common law' ten aanzien van de pandrechtelijke vraag die in *North Western Bank v. Poynter* aan de orde was een standpunt huldigde — en huldigt — dat het romeinsrechtelijke benadert. Terwijl overal op het continent, in navolging van schrijvers zoals Voet, in de daar verschenen codificaties een regeling werd opgenomen die er op was gericht voor de toekomst een constructie uit te schakelen zoals die welke Paulus in D. 13, 7, 37 toeliet,[14] was — en is — het in Engeland mogelijk een geldig recht van vuistpand te vestigen *en te behouden* waarbij de pandgever weer in het (feitelijk) bezit komt van de door hem verpande goederen. Een prachtig voorbeeld is de zaak *Reeves v. Capper*,[15] waarin de voormalige Court of Common Pleas in 1838 had te beslissen.

Wilson, de kapitein van de *Don Giovanni*, had zijn chronometer verpand aan de heren Capper, de eigenaren van dat schip, door het bezit daarvan te verschaffen aan een klerk, werkzaam op het kantoor van de eigenaren. Het instrument werd korte tijd daarop weer afgestaan aan Wilson om het op zijn volgende reis voor de eigenaren te kunnen gebruiken. Na thuiskomst verpandde Wilson het instrument nogmaals, dit keer aan Reeves.

Alvorens verder op deze zaak in te gaan, zij de aandacht gevestigd op de wijze waarop de chronometer door Wilson aan Reeves werd verpand. Wilson

12. Zie daarover, in plaats van anderen, Stair, Institutions of the Law of Scotland, ed. Edinburgh 1981, 4, 25, 1. Zie over de hypotheek op roerend goed in het Rooms-Hollandse recht, in plaats van anderen, Grotius, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid, 2, 48, 28.
13. Het hof beriep zich voorts nog op *Tod & Son v. Merchant Banking Comp. of London*, (1883) 10 Court Sess. Cas. 4th Series (Rettie), 1009, maar dit precedent was niet geheel 'on all fours' met de zaak *North Western Bank v. Poynter*, naar 'in appeal' ook werd vastgesteld door de House of Lords: zie *North Western Bank v. Poynter*, [1895] AC 56, op p. 71, bij monde van Lord Herschell, L.C.
14. De belangstellende lezer zij voor deze ontwikkeling verwezen naar W. Hromadka, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert, Wenen/Keulen 1971.
15. (1838) 5 Bing. (N.C.) 136, 132 ER 1057; [1835-1842] All ER Rep. 164.

namelijk had het uurwerk niet feitelijk aan Reeves geleverd omdat het zich bij de horlogemaker Barraud bevond. Reeves deed mededeling van de verpanding door Wilson aan de houder van het instrument, Barraud, die verklaarde het horloge voortaan voor de nieuwe pandhouder, Reeves onder zich te willen houden. Door een dergelijke verklaring ('attornment') wordt naar Engels recht het bezit verschaft van goederen die zich onder een houder bevinden. Reeves verkreeg dus het bezit door middel van wat men ten onzent als een *traditio longa manu* pleegt aan te duiden en wat ik een *constitutum possessorium* wil blijven noemen. Het opmerkelijke nu is dat het Engelse recht, evenmin als het Romeinse recht, of beter gezegd het gemene recht, enig bezwaar heeft tegen de vestiging van een pandrecht door middel van een dergelijk *constitutum possessorium* ('constructive delivery'), zulks ondanks het feit dat óók naar Engels recht bezitsverschaffing een *conditio sine qua non* is voor de vestiging van een geldig recht van vuistpand ('pledge').[16] De mogelijkheid van de vestiging van een geldig recht van vuistpand door middel van een *constitutum possessorium* werd zelfs in aansluiting aan *Reeves v. Capper* met zoveel woorden erkend in de zaak *Meyerstein v. Barber*, waarin Willes, J. opmerkt dat

'in order to complete the pledge, it is not necessary that there should be an actual delivery of the chattel to the pledgee: it is sufficient, as was decided in *Reeves v. Capper* (...) if there be a constructive delivery. It is not necessary that the subject of the pledge should have actually passed from the hands of the pledgor to those of the pledgee. The property in the goods may pass, even though they remain in the possession of the pledgor, provided they do so by virtue of a contract between the parties which makes the custody of the pledgor the custody of the pledgee'.[17]

De vraag was nu of de eigenaren hun pandrecht op het horloge hadden verloren doordat zij de feitelijke heerschappij daarvan aan de eigenaar, Wilson, hadden afgestaan. Tindal, J. was van mening dat dit *niet* het geval was:

'we think the delivery of the chronometer to Wilson (...) was not a parting with the possession, but that the possession of Captain Wilson was still the possession of Messrs. Capper (...) the possession of Captain Wilson was the possession of Messrs. Capper; just as the possession of plate by a butler is the possession of the master'.[18]

16. Zie *Ryall v. Rolle*, (1749) 1 Atk. 165; 26 ER 107, bij monde van Burnet, J. op p. 108: 'delivery is of the essence of an English pawn'. Er bestaat hier een zeker niet te onderschatten invloed van het Romeinse recht die is veroorzaakt doordat Bracton in zijn *De legibus et consuetudinibus Angliae* gebruik maakte van het romeinsrechtelijke begrippenapparaat teneinde de 'common law' van zijn tijd uit te leggen, hetgeen leidde tot een receptie van de Romeinse reële contracten in de 'common law'. Men vergelijke bijvoorbeeld Bracton, o.c., ed. Woodbine, f. 99 b (Creditor qui pignus accepit re obligatur etc.) met Inst. 3,14,4 (Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur etc.) en zie ook de uiteenzettingen van Holt, C.J. in *Coggs v. Bernard*, 2 Ld. Raym. 909; 92 ER 107.
17. (1866) 2 CP 38, bij monde van Willes, J. op p. 52. Zie ook *Dublin City Distillery v. Doherty*, [1914] AC 823, op p. 852 (hieronder in noot 33 aangehaald).
18. *Reeves v. Capper*, 5 Bing (NC) 136; 132 ER 1057, op p. 1059.

Er stond dus vast dat naar de 'common law' van Engeland een pandrecht *niet* teniet ging wanneer het bezit van de verpande zaak voor een bepaald doel weer aan de pandgever werd geretourneerd. De vraag die in *North Western Bank v. Poynter* aan de House of Lords werd voorgelegd, was nu of dit in het Schotse recht anders was. Er dient nu op te worden gewezen dat Lord Young in een 'dissenting opinion' in de uitspraak van de Schotse Court of Session in de zaak *North Western Bank v. Poynter* inderdaad had betoogd dat er geen enkel verschil tussen het Schotse recht en de 'common law' zou bestaan:

'I (...) reject the view that a pledgee with possession and power of sale is hindered by any rule of the common law from selecting and employing the pledger as his agent for sale with the same safety to his own interest as if he so employed a stranger'.[19]

Deze opmerkingen moeten de advocaten van de bank enig vertrouwen hebben gegeven op de goede afloop van hun 'appeal' bij de House of Lords.

In de House of Lords werd de 'leading opinion' verwoord door Lord Chancellor Herschell. Hij brengt allereerst een vraag van internationaal privaatrecht naar voren. Er viel namelijk, zo vond hij, alles voor te zeggen om de zaak niet naar Schots recht, maar naar Engels recht te beslissen aangezien beide procespartijen Engelsen waren. Daar dit punt echter in Schotland niet naar voren was gebracht, verklaarde Lord Herschell[20] zich bereid de zaak op grond van het Schotse recht te beslissen. Gaat dan een pandrecht teniet wanneer de feitelijke heerschappij over de verpande zaken voor een bepaald doel weer wordt afgestaan aan de pandgever?

'I confess that, with all respect, as a matter of principle I am unable to see why any such rule should exist. It does not seem to be a reasonable rule', merkt hij op.[21] Vervolgens worden de 'authorities' doorgenomen op grond waarvan de Court of Session tot zijn beslissing meende te mogen komen en dus behandelt de Engelse 'Law Lord' de opinie van Voet. Lord Herschell onderwerpt het citaat uit Bell's *Commentaries* waarin op die opinie wordt ingegaan en waaraan zoveel gewicht was gehecht door Lord Trayner aan een minutieuze lezing en wijst er op dat Bell zijn uiteenzetting afsluit met de opmerking dat 'the doctrine delivered by Voet is sound, where the possession is given up *without necessity* to the owner of the goods', waarop Lord Herschell de volgende observatie laat volgen:

'That is confined to a case of possession being given up *without necessity* to the owner of the goods, and does not, and, as it seems to me, never was intended to, cover the case where possession is given to the person who happens to be the pledgor, just for the same legitimate purpose and in the same business manner as it might be given to any third person filling the same commercial capacity — that is to say, if it is given to a broker for sale or to a warehouseman to warehouse, or in other cases which might be put (...) My Lords, where it is a pledge, as here, with a power of sale, I cannot think that anything I have yet read warrants the assertion that the

19. *North Western Bank v. Poynter*, 21 Court Sess. Cas. 4th Series (Rettie) 513, op p. 520-521.
20. Ter nadere toelichting zij hierbij opgemerkt dat een Engelse rechter, anders dan de Nederlandse, niet ambtshalve rechtsgronden aanvult.
21. *North Western Bank v. Poynter*, [1895] AC 56, op p. 68-69.

delivery to the pledgor, who is a broker, for the purpose of sale would destroy all the rights of the pledgee'.[22]

De andere 'Law Lords', Watson en MacNaghten, stemden met deze beschouwingen in en zo werd het beroep van de 'North Western Bank' toegewezen en de eenheid tussen het recht van Schotland en Engeland ten aanzien van deze vraag vastgesteld. Nadien is noch in een Schots, noch in een Engels rechterlijk college ooit meer een beroep op Voet gedaan teneinde de stelling te verdedigen dat een recht van vuistpand teniet gaat wanneer de feitelijke heerschappij bij de pandgever blijft of voor een bepalld doel aan hem wordt geretourneerd.

Tot slot rijst de vraag hoe men deze ontwikkeling vanuit een rechtspolitiek oogpunt dient te beoordelen. De uitspraak van de Engelse House of Lords inzake *North Western Bank v. Poynter* lijkt mij 'well decided': de aard van het recht van vuistpand verzet zich er in beginsel niet tegen dat een pandhouder de feitelijke heerschappij over de aan hem verpande goederen wanneer de noodzaak daartoe dwingt voor een bepaald doel afstaat aan de pandgever. Eerst de moderne codificaties hebben op het continent de rigoreuze eis van een daadwerkelijke *en* blijvende 'dépossession' aan de geldigheid van het recht van vuistpand gesteld: men wilde de oude romeinsrechtelijke hypotheek op roerend goed voor eens en altijd ecarteren en tevens de vestiging van een recht van vuistpand door middel van een *constitutum possessorium* tegengaan. Die pogingen zijn, naar gemeengoed zal zijn, tamelijk onsuccesvol geweest: overal op het continent dwong de handelspraktijk wetgevers en rechterlijke colleges tot de acceptatie van de een of andere vorm van 'bezitloos' pandrecht op roerende zaken, meestal in de vorm van een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid, waardoor in feite een zakelijk zekerheidsrecht op roerende zaken door middel van een *constitutum possessorium* werd gevestigd. Het einde van deze ontwikkeling wordt op het continent gemarkeerd door de acceptatie van een 'bezitloos' pandrecht (in feite een hypotheek op roerend goed) in art. 3:237 BW dat evenwel bestaat naast het 'gewone' recht van vuistpand geregeld in art. 3:236 BW, waarvoor nog steeds is vereist dat de verpande goederen uit de macht van de debiteur worden gebracht, terwijl in art. 3:258, lid 1 BW is bepaald dat het recht van *vuist*pand teniet gaat wanneer de verpande goederen weer in de macht van de pandgever komen. De vraag luidt nu onder welke feitelijke omstandigheden men kan zeggen dat goederen weer 'in de macht van de pandgever' komen? Zo is bijvoorbeeld recentelijk de aandacht gevestigd op een bijzondere toepassing van de zogenaamde 'warrantage'.[23] Deze constructie, waarvan voornamelijk in Frankrijk, België en Italië veel gebruik wordt gemaakt, is gebaseerd op de in art. 2076 Cc (vgl. art. 1198, lid 1 OBW en art. 3:236, lid 1 BW) geboden mogelijkheid de macht over de in pand gegeven goederen niet af te staan aan

22. T.a.p., p. 70.
23. Zie bijvoorbeeld L.R. van Harinxma thoe Slooten, NJB 1990, p. 1447 e.v. en laatstelijk M.J.H. Halsema, Ars Aequi 1992, p. 131 e.v., alsmede de daar op p. 131, noot 1 aangehaalde literatuur.

de pandhouder zelf, maar aan een 'tiers convenu', 'een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen'. In Frankrijk is deze mogelijkheid tot een instituut verheven: dat van de 'magasins généraux', vemen die krachtens een bijzondere vergunning optreden als geïnstitutionaliseerde 'overeengekomen derden' en die onder wettelijk toezicht staan.[24] Essentieel is daarbij dat de verpande goederen uit de macht van de debiteur en in de macht van de veemhouder worden gebracht: het Franse recht pleegt ten aanzien van het recht van vuistpand ('gage') streng de hand te houden aan de vereiste 'déposession' van de pandgever. Op zichzelf genomen bestaat tegen een dergelijke constructie naar oud en huidig Nederlands recht geen enkel bezwaar: zij bevindt zich binnen de kaders van art. 1198, lid 1 en 2 OBW en art. 3:236, lid 1 BW. Er bestond echter naar het oude Nederlandse recht, d.w.z. dat van vóór de introductie van het nieuwe BW, geen enkele behoefte aan omdat de constructie der fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid die overbodig maakte. Nu die echter is verboden (art. 3:84, lid 3 BW) en het bezitloos pandrecht van art. 3:237 BW aan een aantal nadelen voor de pandhouder lijdt (waarop hier niet nader zal worden ingegaan) die *niet* gelden voor het recht van vuistpand van art. 3:236 BW heeft men, uitgaande van de hierboven kort beschreven Franse 'warrantage'-constructie, de volgende verfijning bedacht.

De credietnemer geeft zijn zaken op de volgende wijze in vuistpand aan de credietgever: er wordt een 'overeengekomen derde' vastgesteld in wiens macht de verpande goederen zich ten behoeve van de pandhouder zullen gaan bevinden en vervolgens — en hierin is het bijzondere van deze constructie gelegen — wordt door de credietnemer (de pandgever) aan de 'overeengekomen derde' een ruimte ter beschikking gesteld (bijvoorbeeld door middel van een overeenkomst van huur en verhuur) waarin zich de verpande goederen zullen bevinden en die op duidelijk kenbare wijze voor dit doel wordt afgescheiden van de andere bedrijfsruimtes van de pandgever. Zakenrechtelijk[25] bezien wordt de 'overeengekomen derde', de warrantagemaatschappij, houder voor de pandgever en de pandhouder, terwijl het de bedoeling van de constructie is de pandgever — in wiens bedrijf zich de verpande goederen feitelijk nog steeds bevinden — *niet* als houder, hetzij voor de pandhouder, hetzij voor de 'overeengekomen derde', te qualificeren. Zou men hem immers aanmerken als een *houder* ten behoeve van de pandhouder of de 'overeengekomen derde' dan zou dit neerkomen op een door middel van een *traditio ficta* (*constitutum possessorium*, of — zo men wil — *traditio longissima manu*) gevestigd recht van vuistpand, iets dat Paulus weliswaar in D. 13, 7, 37 toelaat, maar dat alle continentale codificaties tot dusverre hebben trachten te verhinderen door middel van bepalingen zoals die van art. 1198, lid 2 OBW en art. 3:258, lid 1 BW. De feitelijke heerschappij over de verpande goederen

24. Zie Ordonnance no. 45-1744 van 6 augustus 1945 met betrekking tot de zogenaamde 'magasins généraux'.
25. Ik blijf weigeren de uitdrukking 'goederenrechtelijk' te hanteren: laten we in vredesnaam niet al te veel gewicht hechten aan dit soort semantische pietluttigheden en ons conformeren aan het gemeenrechtelijke begrippenapparaat dat ook door onze buren wordt gehanteerd!

moet zich derhalve, zo lijkt het althans, bij de 'overeengekomen derde' bevinden die slechts gebruik maakt van ruimtes van de pandgever zonder dat deze laatste kan worden beschouwd als iemand in wiens macht zich de goederen bevinden omdat hij die ruimtes niet zonder toestemming van de 'overeengekomen derde' mag betreden. Wat nu van deze constructie te denken? Komt men daardoor niet in strijd met art. 3:258, lid 1 BW?

Er is mij uit de Europese rechtspraak een geval bekend waarin een vergelijkbare 'warrantage'-constructie aan het oordeel van een rechterlijk college werd onderworpen. Ik bedoel de zaak *Dublin City Distillery v. Doherty*,[26] een van oorsprong Ierse zaak waarover zich de Londense Privy Council moest buigen.

Het ging in deze zaak om een voorraad door de 'Dublin City Distillery' geproduceerde whisky, waarop door Doherty en recht van vuistpand was bedongen. De whisky was en bleef opgeslagen in een pakhuis dat zich bevond op het terrein van de 'Dublin City Distillery', maar dat werd beheerd door een derde (de belastingdienst) en waartoe de 'Dublin City Distillery' zonder de toestemming van die derde geen vrije toegang had.[27] De verpanding aan Doherty had plaats gevonden door middel van overgifte van de door de derde aan de 'Dublin City Distillery' afgegeven 'warrants' en de vraag luidde nu of Doherty hierdoor een geldig recht van vuistpand had verworven. De Privy Council beantwoordde deze vraag ontkennend. Het verdient echter te worden opgemerkt dat dit zijn oorzaak vindt in een technisch detail van het Engelse 'personal property'-recht dat verlangt dat de derde uitdrukkelijk moet instemmen met de bezitsverschaffing van goederen die hij voor de tradent (de 'Dublin City Distillery') onder zich heeft (zogenaamd 'attornment') en daar dit in dit geval niet was gebeurd, had Doherty niet de 'constructive possession' verkregen die op zichzelf voldoende is om een recht van vuistpand te ondersteunen.[28] Was die erkenning er echter *wel* geweest, dan zou het recht van vuistpand geldig zijn gevestigd.

De zaak is, in het hier aan de orde gestelde verband, buitengewoon interessant omdat geen enkele 'Law Lord' er bezwaar tegen maakte dat de verpande goederen zich nog op het bedrijfsterrein van de pandgever bevonden: het enkele gegeven dat het dubbele slot verhinderde dat de pandgever zich éénzijdig, zonder toestemming van de derde, in de macht stelde van de zich daarin bevindende goederen, werd voldoende geacht om aan te nemen dat de pandgever gedepossedeerd was. Het enige probleem dat in casu aan de orde was, betrof daarom de vraag of men door middel van een enkele overgifte van de 'warrant' bezit kan verschaffen van zaken die zich bevinden onder een derde. De vraag of de litigieuze whisky zich inderdaad wel 'onder' de derde bevond werd zelfs in het geheel niet aan de orde gesteld: daarover bestond geen twijfel. Mij dunkt dat hetzelfde voor het huidige Nederlandse recht dient te worden aangenomen. De vraag die hier aan de orde is, is, in laatste instantie, slechts van feitelijke, niet van juridische aard: zijn de verpande zaken afdoende uit de macht van de debiteur gebracht? Het moet mogelijk zijn die vraag bevestigend te beantwoorden, ondanks het feit dat de ruimtes waarin

26. [1914] AC 823.
27. Er waren twéé sloten op de deur van het pakhuis: de sleutel van één daarvan was in het bezit van de 'Dublin City Distillery', die van het andere in dat van de derde.
28. Zie hierboven, bij noot 17.

zich de verpande goederen bevinden in eigendom toebehoren aan, of óók in gebruik zijn bij de pandgever. Zodra men dit echter heeft vastgesteld, rijst de vraag of men de 'overeengekomen derde' eigenlijk wel nodig heeft en of men niet ook zonder een dergelijke 'overeengekomen derde' een geldig recht van vuistpand kan vestigen op goederen die zich blijven bevinden in de bedrijfsruimtes die aan de pandgever toebehoren of bij hem in gebruik zijn?

De constructie van de 'overeengekomen derde' is, er werd reeds op gewezen, overgenomen uit de Franse rechtspraktijk die haar verzon omdat de Franse rechtspraak ten gevolge van het reële karakter van het 'contrat de gage' de mening was (en is) toegedaan dat er slechts sprake is van een behoorlijke 'dépossession' indien de verpande goederen *in* de macht van de pandhouder of een 'tiers convenu' zijn gebracht.[29] Vandaar dat, voor zover mij bekend, Franse warrantagemaatschappijen er *zelf* vemen op na houden, waarin de verpande goederen ten behoeve van pandhouders en pandgevers worden opgeslagen.[30] Indien men echter de nadruk iets anders legt, indien men namelijk benadrukt dat het voldoende is dat de verpande goederen *uit* de macht van de pandgever worden gebracht, dan heeft men de 'overeengekomen derde' in het geheel niet meer nodig: men kan, zoals in de zaak *Dublin City Distillery v. Doherty* geschiedde, een localiteit op het terrein of in de bedrijfsruimten van de pandgever door middel van een dubbele vergrendeling dusdanig afsluiten dat de pandgever over de daarin opgeslagen goederen 'de (exclusieve) macht' heeft verloren, zonder dat het nodig is daarvoor een 'overeengekomen derde' in te schakelen, want wie beschikt over 'de sleutels' van een pakhuis is in het feitelijk bezit van de zich daarin bevindende goederen. Dit is ook de reden waarom dient te worden aangenomen dat degene aan wie wordt geleverd door middel van een *traditio symbolica*, zoals de levering van zich in een pakuis bevindende goederen door middel van overgifte van de sleutels van het pakhuis (zie art. 667, lid 1 OBW), van die goederen niet alleen het civiele, het juridische bezit verwerft, maar zelfs het feitelijk bezit. Wat *wel* onmogelijk is, is een enkele overeenkomst waarbij credietgever en credietnemer afspreken dat de pandgever de zich in zijn bedrijf bevindende goederen voortaan ten behoeve van de pandhouder zal houden en bewaren.[31]

29. Zo zeer duidelijk de Franse Cour de Cassation in het arrest van 26 maart 1907, D. 1909,1,58, (hierboven bij noot 6 behandeld).
30. Er werd overigens al in de vorige eeuw in Frankrijk op gewezen dat het enige waarop het bij de vestiging van een geldig recht van vuistpand op aan lijkt te komen niet zozeer zou zijn gelegen in het feit dat de verpande goederen *in* de macht van de schuldeiser of een 'tiers convenu' worden gebracht zodat de pandgever *nooit* zou kunnen worden belast met de bewaring van de verpande goederen, maar dat het duidelijk en ondubbelzinnig moet vaststaan dat de pandgever de macht over die goederen heeft verloren: zie Boistel in zijn noot onder Req. 9 april 1894, D. 1894,1,409. De houdbaarheid of onhoudbaarheid van dit standpunt voor het geldende Franse recht zij hier in het midden gelaten.
31. Dit is ook het geval wanneer een speciaal daartoe aangestelde werknemer *van de credietnemer* de beschikking krijgt over de ten behoeve van de pandhouder in de afgesloten ruimtes van de pandgever opgeslagen verpande goederen: een op deze wijze gevestigd pandrecht is nietig!

Dit komt inderdaad neer op niets minder dan een door middel van een *constitutum possessorium* gevestigd recht van vuistpand dat naar Romeins[32] en Engels recht[33] geldig was en is, maar naar huidig continentaal recht nietig is, want op het continent heerst een traditie die weliswaar is gebaseerd op het Romeinse recht, maar zich ook dikwijls in een daarvan afwijkende zin heeft ontwikkeld. Die ontwikkelingen zijn echter onbegrijpelijk zo men niet op de hoogte is van de inhoud van het Romeinse recht dat daarom voor een goed begrip van het Europese privaatrecht onontbeerlijk is en om dezelfde reden een verplicht onderdeel van de vorming van de civilist dient te blijven uitmaken. Walter Scott wist dat:

'A lawyer without history or literature is a mechanic, a mere working mason; if he possesses some knowledge of these, he may venture to call himself an architect'.[34]

32. Arg. uit D. 13, 7, 37 (Paulus).
33. Zie ook nog *Dublin City Distillery v. Doherty*, [1914] AC 823, op p. 852, bij monde van Lord Parker: 'there are (...) cases in which possession may pass to the pledgee without actual delivery, for example, whenever there is some agreement between the parties the effect of which is to change the possession of the pledger from a possession on his own account as owner into a possession as bailee for the pledgee'.
34. Walter Scott, geciteerd in Edgar Johnson, Sir Walter Scott, the great unknown I, Londen 1970, p. 72.