



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Romeins recht vs. sociale rechtvaardigheid. Een voorbeeld uit de Republiek

Bezemer, C.H.

Citation

Bezemer, C. H. (2007). Romeins recht vs. sociale rechtvaardigheid. Een voorbeeld uit de Republiek. *Bw-Krant Jaarboek*, 22, 121-132. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36883>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36883>

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

7 Romeins recht vs. sociale rechtvaardigheid. Een voorbeeld uit de Republiek

C.H. Bezemer[■]

1 INLEIDING

De discussies die ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden (1581-1795) werden gevoerd over de verhouding tussen lokaal of provinciaal recht enerzijds en Romeins recht anderzijds, lijken in veel opzichten op de discussies die tegenwoordig gevoerd worden over de noodzaak tot invoering van algemene privaatrechtelijke regels voor de Europese Unie te komen. Op het eerste gezicht zijn er verschillen die een vergelijking mank doen gaan. Ik bedoel: destijds was er geen sprake van verordeningen of richtlijnen die het Romeinse recht, in welke vorm ook, bindend beoogden op te leggen. De weg waarlangs Romeins recht binnen kwam liep over rechtbanken en juridische faculteiten, en deze zogenaamde receptie voltrok zich geleidelijk. De discussie richtte zich op de verhouding tussen de rechtsbronnen (wetgeving, gewoonterecht, Romeins recht), de uitleg van deze rechtsbronnen (ruim of strikt), en, in toenemende mate, op de vraag in hoeverre de rechtsregels, uit welke rechtsbron ook, beantwoordden aan een hoger recht, aangeduid als volkerenrecht (*ius gentium*) of natuurrecht. De uitkomst van iedere discussie lag niet bij voorbaat vast, omdat over elk van deze drie aspecten verschil van mening bestond. En dan was er nog variatie per onderwerp, plaats en tijdstip. In het algemeen kan gezegd worden dat tot ongeveer 1750 het 'gevecht' zich afspeelde tussen het lokale recht en het Romeinse recht, en dat in de tweede helft van de 18^e eeuw het Romeinse recht steeds nadrukkelijker werd getoetst aan het natuurrecht en zonodig opzijgezet ten gunste van het inheemse recht.¹ Die periode gaf een toenemend 'nationalisme' te zien, dat, hoewel aanvankelijk provinciaal gekleurd, met enige tussenstappen gedaan onder Franse hoede, in 1838 zou leiden tot een nationaal Burgerlijk Wetboek voor de (Noordelijke) Nederlanden. Bij de totstandkoming van dit wetboek kwamen, bevrijd van het Franse juk, veel tegenstellingen uit de Republiek weer boven water, nog afgezien van de complicatie dat aanvankelijk een wetboek voor Noord én Zuid gemaakt moest worden. Dat kan hier blijven rusten omdat juist de staatkundige constellatie van de Republiek het meest lijkt op de huidige situatie in Europa, waar het

■ C.H. Bezemer is universitair docent bij de afdeling historische ontwikkeling van het recht, Universiteit Leiden.

1 Voor een mooie illustratie van deze ontwikkeling, zie C.J.H. Jansen, *Natuurrecht of Romeins recht. Een studie over leven en werk van F.A. van der Marck (1719-1800) in het licht van de opvattingen van zijn tijd*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1987.

ook gaat om de omgang met juridische diversiteit, om de rol van een hoger uniform recht, en om de sociaal-economische ideeën die daaraan ten grondslag zouden moeten liggen.

Directe inspiratiebron voor deze bijdrage is het Manifest dat een aantal juristen, anderszins bekend om hun inzet voor een Europees privaatrecht, in 2004 heeft gepubliceerd om hun ongerustheid kenbaar te maken over het weinig sociaalvoelende karakter van in het bijzonder de Principles of European Contract Law. Ook stelden zij te weinig consideratie vast met de verschillen hieromtrent tussen de landen van de Unie.² De opstellers kregen in zekere zin onmiddellijk een reactie op hun ideeën, zij het niet in de vorm van de door hen voorgestelde dialoog: de negatieve resultaten in Nederland en Frankrijk van de referenda over de zogenaamde Europese Grondwet (mei/juni 2005). De tegenstemmers kregen in het stemhokje geen gelegenheid hun 'nee' toe te lichten, maar ik doe niet aan onverantwoorde speculaties als ik zeg dat het in ieder geval iets te maken had met 'te snel', 'te ondoorzichtig', en 'over ons, zonder ons'. Te gemakkelijk zou het zijn een en ander te kwalificeren als 'angst voor het nieuwe', 'provincialisme' en 'het resultaat van slechte voorlichting'. Wat deze referenda lieten zien, en dat is in zekere zin ook de kern van het Manifest, is dat rechtsregels zich niet moeten loszingen van sociaal-maatschappelijke en ethische normen. Hoe het nu moet met Europa, en met Nederland, lijkt me minder ingewikkeld dan de opstellers van het (ook veel te lange) Manifest menen (daarover de slotparagraaf). Wat ik hier bovenal wil doen is een voorbeeld geven uit de tijd van de Republiek waarin vergelijkbare factoren een rol speelden. Het betreft het naastingsrecht, een rechtsinstelling meestal gekwalificeerd als nakoop, en destijds van niet gering maatschappelijk belang.

2 NAASTING: NIET ALLEEN EEN ZAAK VAN HET VERLEDEN

Het naastingsrecht manifesteerde zich ten tijde van de Republiek in drie vormen: familienaasting, burennaaasting en naasting op grond van mede-eigendom. De essentie is steeds dat de naaster zich in de plaats van de koper van een aan naasting onderhevig goed (meestal onroerende zaken) kon stellen door aan die koper de koopsom en eventuele andere onkosten te vergoeden. Simon van Leeuwen (1626-1682) zegt het beeldend: 'en sulks als sijn voeten in des koopers schoenen steken'.³ Waar deze rechtsinstelling vandaan kwam was het onderwerp van menige geleerde beschouwing. Cornelis van Bijnkershoek (1673-1743) bij voorbeeld, hield het erop dat het (uitsluitend) uit het leenrecht stamde. Latere bestudeerders van het oud-Nederlandse recht hebben

2 Social Justice in European Contract Law. A Manifesto, *European Law Journal*, Vol. 10, nr. 6 (November 2004), p. 653-674.

3 Simon van Leeuwen, *Het Roomsche Hollandsche recht*, deel II (ed. Amsterdam 1783), p. 135.

deze theorie bekritiseerd, terecht, waarschijnlijk.⁴ Voor ons onderwerp is het eerder van belang te zien waarvan deze bespiegelingen een uitdrukking waren: ideeën over de herkomst van het naastingsrecht beïnvloedden zijn plaats in de hiërarchie der rechtsbronnen en de daaraan verbonden wijze van interpretatie. Zo zullen we zien dat verdedigers van het naastingsrecht de neiging hadden de verspeiding ervan zo ruim mogelijk voor te stellen, zodat het de status van algemene costume kreeg (een algemeen gewoonterecht zet Romeins recht zonder meer opzij en maakt een grotere kans ruim geïnterpreteerd te worden). Of ze zochten het nog hogerop: een recht dat bij (bijna) alle volkeren in zwang is, kortom deel uitmakend van het volkerenrecht (*ius gentium*). Aan de andere kant waren er degenen die zoveel mogelijk de lokale verschillen benadrukten en zo de status van het recht trachtten te minimaliseren.

De diepere grond voor het naastingsrecht was gelegen in de toenmalige sociaal-economische omstandigheden. Voor families, niet alleen de rijke, was het van levensbelang dat de kern van het familievermogen, het essentiële middel van bestaan ('de familieboerderij'), niet uiteenviel door vererving of vervreemding. Soortgelijke overwegingen golden voor de burenaasting, en zelfs voor de door de overheid, aanvankelijk de leenheer, uitgeoefende naasting. De laatste vorm van naasting was geëvolueerd tot de betaling van een (klein) gedeelte van de koopsom, kwam regelmatig voor in de Republiek, uitgeoefend door baljuwen, burgemeesters of schouten, en werd door sommigen gezien als pure pesterij.⁵ Terwijl het recht, in ieder geval in een verder verleden, ook sociaal-economische redenen had: een edelman had ook bepaalde verplichtingen jegens zijn horigen. Het curieuze is dat van naasting door de overheid de duidelijkste sporen in de huidige rechtsorde bestaan, zij het niet geconstrueerd als een recht van *nakoop*. De Wet voorkeursrecht gemeenten (1981/1996) is ook een uitvloeisel van bepaalde op de overheid rustende verplichtingen (aangaande de ruimtelijke ordening) die alleen met een dergelijk voorkeursrecht goed kunnen worden nagekomen. Het motief voor de burenaasting is natuurlijk nooit verdwenen, al wordt het in rechte niet als zodanig erkend. Liever hanteert men welstandcommissies die zich krachtens de wet over bepaalde aspecten van huis en tuin mogen uitspreken, maar nogal eens door buurtbewoners worden gebruikt om ongewenste zaken bij de burens aan

4 Zie Van Apeldoorn in zijn aantekening bij *Hugo de Groot's Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, Arnhem: Gouda Quint 1939, deel II, p. 267 (bij III,16 § 1). Vgl. ook O. Moorman van Kappen, *Met open buydel ende in baren gelde. Enkele beschouwingen over het oud-vaderlandse familienaastingsrecht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1973, p. 12-15.

5 Zo Simon van Leeuwen, *Roomsch Hollandsch recht* (nr. 3), p. 142 (nr. 14): 'Dat de selve daar toe geen Regt hebben, om dat het geen Keur is, maar een ondergekroopen gebruik, sonder wil van den Prince, en sulks een *corruptele*, tot quelling van de Luyden'. De annotator, Mr. Cornelis Willem Decker, wijst Van Leeuwen terecht (p. 142 noot 10): '... en dat het recht van naasting bij Costume ten behoeven van de Schouten geïntroduceert zo weinig voor een corruptele gedecreeert kan worden etc.'.

te pakken.⁶ In dezelfde geest is het voorkooprecht van Schotse lokale gemeenschappen als landgoederen op de markt komen. Of het recht van Schotse pachtboeren op gedwongen verkoop van de verpachte grond door de eigenaar.⁷ Zóver gaat het bij ons niet: een pachter heeft hooguit een voorkooprecht als de verpachter wil overgaan tot vervreemding van het verpachte.⁸ Dit komt wel het dichtst in de buurt van een door particulieren uitgeoefend naastingsrecht. De familienaasting lijkt op dit moment *unzeitgemäß*, maar wie zegt dat zij niet herleven zal als de verzorgingsstaat steeds meer wordt uitgedeed en individuen meer en meer aangewezen raken op zichzelf of hun familieleden? In dat geval gaat economische noodzaak zwaarder wegen dan welk individualisme ook. Wat heb je dan aan je internetvrienden en -vriendinnen in vergelijking met je 'bloedvrienden' (inclusief adoptieverhoudingen)?

3 HUGO DE GROOT EN SIMON VAN GROENEWEGEN

Al wil ik de toenmalige Republiek niet reduceren tot de provincie Holland, het is wel die provincie die ons het diepst laat doordringen in de verschillende standpunten ten aanzien van naasting. Dit komt door het aantal schrijvers dat zich erover heeft uitgelaten, en door de hoeveelheid rechtspraak die ons bekend is. De eenvoudigste manier om een begin te maken met het naastingsrecht in Holland, is om de *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* van Hugo de Groot (1583-1645) op te slaan. Daar treft men in het hoofdstuk *Van naesting* (III,16) een definitie van het recht en blijkt dat De Groot naasting rekent tot de 'koops-gevolgen', naast 'koops-nakoming' en 'koopbraeck'.⁹ Dan volgt een algemene (*land-gemeene*) variant: dat de Graaf van Holland (inmiddels de Staten van Holland) verkochte lenen kan naasten. Vervolgens noemt hij de plaatselijke versies in Delfland, Rijnland, Kennemerland en het land van Voorne, bij elkaar een aanzienlijk deel van de provincie. Daarna worden nadere details uitgewerkt. De Groot is niet volledig ten aanzien van de plaatsen waar

6 Een recent voorbeeld ontleend aan de NRC van 14 juli 2006. In een wijk van Zwolle heeft één van de bewoners een boomhut in zijn tuin gebouwd waar alle kinderen, niet alleen de zijne, in mogen spelen. Menig ouder is blij met deze veilige speelgelegenheid. Andere buurtbewoners zien het echter als een verpaupering van de wijk. De gemeente constateert dat gezien het formaat een vergunning voor de hut moet worden aangevraagd. De welstandscommissie ziet problemen als de hut als 'bouwwerk' moet worden gekwalificeerd. Wat is wijsheid?

7 Beide rechten zijn geregeld in de Land Reform Act (Scotland) van 2003. Deze wet hangt samen met de afschaffing van allerlei feodale rechten in Schotland, onder gelijktijdige invoering van individuele en collectieve rechten ten behoeve van het milieu, de recreatie en de ruimtelijke ordening.

8 Pachtwet art. 56a e.v.

9 Zie de editie van F. Dovring, H.F.W.D. Fischer & E.M. Meijers, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1965, p. 246 (nr. 1) en p. 243 (nr. 1).

één of andere vorm van naasting gold.¹⁰ Eén van de redenen zal zijn geweest dat de *Inleidinge* bedoeld was als leerboek voor zijn kinderen. Maar er is waarschijnlijk meer aan de hand. Uit twee adviezen van zijn hand weten we dat De Groot niet een grote vriend was van het naastingsrecht. In een advies uit 1613 zegt hij nog tamelijk neutraal dat het recht van nakoop niet stamt uit het Romeinse recht, ook geen 'generale costume' van Holland is, en dat het als 'particuliere costume' zeer beperkt moet worden uitgelegd.¹¹ In het andere advies gaat het er harder aan toe:¹²

't Recht van naastinge is strijdig tegens de vrijheid van de commercie, en tegens de beschreven rechten (het Romeinse recht); en die hem op 't selve recht wil funderen, moet bewijzen de costume van naastinge.'

Vervolgens wordt opnieuw gezegd dat het Romeins recht maar beter zo snel mogelijk kan worden opgezocht, dat wil zeggen de naasting zo eng mogelijk uitgelegd. Nu zijn adviezen meestal gekleurd ten gunste van de partij die erom vraagt. Toch kan het bij De Groot mede verklaren waarom hij in de *Inleidinge* niet alleen onvolledig maar ook niet erg precies is, bij voorbeeld ten aanzien van de plaatsen waar bureннаasting mogelijk was (op meer plaatsen dan alleen Rijnland).¹³

Voor het contrast verdient het aanbeveling nu een andere praktijkjurist aan het woord te laten die minder behept was met antipathie jegens van het Romeinse recht afwijkende rechtsfiguren. Het is de eveneens uit Delft afkomstige Simon van Groenewegen (van der Made) (1613-1652). In zijn *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Verhandeling over de in Holland en aangrenzende streken afgeschafte en in onbruik geraakte Romeinse rechtsteksten) van 1649 heeft hij nauwkeurig aangegeven welke romeinsrechtelijke regels nog golden in Holland, en vooral welke niet. Het naastingsrecht behandelt hij in hoofdzaak bij de constitutie *Dudum* uit de Codex van Justinianus (C. 4,38,14). Hier klinkt een heel andere toon:¹⁴

'Het staat vast dat het familienaastingsrecht krachtens gewoonterecht bij praktisch alle volkeren gangbaar is', en dat het 'rust op de rechtvaardige reden van het behoud van bloedverwantschap en familie(vermogen).'

Groenewegen legt uit dat de verkoper geen onrecht wordt aangedaan omdat die immers de koopprijs toch krijgt. En als hij de zaak liever in 'vreemde' handen ziet, moet hij zich realiseren dat dit in strijd is met de rechten van

10 Zie annotatie bij III,16,5, ed. Van Apeldoorn 1939, p. 268.

11 Ed. Dovring/Fischer/Meijers 1965, p. 381-382 (nr. CCI § 1).

12 Ed. Dovring/Fischer/Meijers 1965, p. 354 (nr. CXLVIII § 1).

13 Zie annotatie bij III,16,9, ed. Van Apeldoorn 1939.

14 Ed. Leiden 1649, p. 527 (nr. 1): 'Consanguinitatis retractum ubivis fere gentium consuetudine receptum esse constat (...) justa sanguinis et familiae conservandae ratione nititur.'

natuur en bloedverwantschap.¹⁵ Het naastingsrecht gaat ook niet in tegen de constitutie *Dudum*, maar staat er naast. Dit argument is al oud: Groenewegen noemt hem niet, maar de Franse jurist Pierre de Belleperche (+ 1308) gebruikte het al om het Franse familienaastingsrecht (*retrait lignager*) te verdedigen.¹⁶ Na enige toelichting bevestigt Groenewegen dat het hedendaagse naastingsrecht aan lokale verordeningen en algemeen gewoonterecht moet worden toegeschreven.¹⁷ Om een eind te maken aan alle tegenargumenten besluit hij met:¹⁸

‘Deze dingen moeten opgemerkt worden, niet alleen tot het ware begrip van deze tekst (C. 4,38,14), maar ook om de dwaling te weerleggen van degenen die menen dat de gewoonterechtelijke naasting lijnrecht in strijd is met het Romeinse recht, en daarom hatelijk: want Reinking (1590-1664, auteur van een tractaat over familienaasting gepubliceerd in 1631 in Marburg), zegt op grond van het voorafgaande terecht dat zij hallucineren.’

Groenewegen is vrij fel over dit onderwerp, hetgeen wijst op heftige discussies. Het past wel bij zijn algemene attitude ten aanzien van het Romeinse recht. Het verdient allerm minst automatische toepassing en is regelmatig om zijn overdreven subtiliteit opzijgezet (*explosa Romani juris scrupulosa subtilitate*).¹⁹ De oprechte eenvoud van het eigen recht is dan te verkiezen.²⁰ Het zal duidelijk zijn dat Groenewegen dat eigen recht graag verdedigt met een beroep op zijn algemene verspreiding en aanvaarding.²¹

15 Dit is vermoedelijk een toespeeling op D. 50,17,8: ‘Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt’ (Rechten van bloedverwantschap kunnen door geen enkel onderdeel van het *ius civile* tenietgedaan worden).

16 Zie K. Bezemer, ‘French customs in the commentaries of Jacques de Revigny’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1994, p. 88 en noot 24. Groenewegen had kennis kunnen nemen van Belleperche’s opvatting via de door hem wél geciteerde Cinus van Pistoia.

17 Ed. Leiden 1649, p. 527 (nr. 4): ‘Sed locorum statutis et consuetudini generali hodiernum retractus jus acceptum ferendum est.’

18 Ed. Leiden 1649, p. 527 (nr. 6): ‘Haec notanda sunt, non modo ad verum hujus legis intellectum, sed etiam ad refellendum errorem eorum, qui retractum consuetudinarium juri communi e diametro repugnare, eoque odiosum autumant: hos enim hallucinari ex praemissis recte infert Reinking *dict. quaest.* I n. 51 *cum seqq.*’

19 Deze zinswending komt op verschillende plaatsen in zijn werk voor, zie bijv. p. 35 (Inst. 2,14,9), p. 94 (D. 2,15,7) en p. 129 (D. 8,2,28).

20 Vgl. Prooemium p. 3 (nr. 17).

21 Ik heb voor ons onderwerp niet kunnen vaststellen dat Groenewegen het werk van de Franse auteur Bugnyon tot voorbeeld heeft genomen. Vgl. hierover G.C.J.J. van den Bergh, ‘Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652), Petrus de Greve (1621-1677) and law teaching in Nijmegen’, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 24 (2002), p. 273-289 (279-281). Ik consulteerde Bugnyon in de editie Brussel 1677.

4 VERDERE ONTWIKKELINGEN

Het moet hier benadrukt worden dat we niet te doen hebben met een puur academische discussie. Het ging bij het naastingsrecht om een diepgewortelde maatschappijvisie die zich niet eenvoudig opzij liet zetten met een beroep op de vrijheid van handel, zoals Hugo de Groot dat probeerde. Hij ondervond natuurlijk instemming bij bepaalde koopliedenmilieus in Holland, maar zijn beroep op het volkerenrecht (*ius gentium*) als bron van de vrijheid van handel kon met een beroep op datzelfde *ius gentium* ontkracht worden door ernaar te verwijzen dat (bijna) alle volkeren van Europa het naastingsrecht kenden, en bijgevolg alle tegenargumenten moesten wijken voor deze hogere norm.²²

Ondanks het feit dat hij zich een keer negatief heeft uitgelaten over een naastingsrecht van de Baljuw en schouten van Rijnland, kan de al eerder genoemde Simon van Leeuwen, die als Leids advocaat en bestuurder goed bekend was met het recht van Rijnland en daarover een boek publiceerde (1667), niet worden gerekend tot de vijanden van het naastingsrecht. Dat leert ons de opmerking:

‘(...) is er nog een ander Recht van Naasting (naast de bedongen of conventionele naasting) hetwelk bij Wet-duyding en gewoonte alomme in dese Landen is ingevoerd (...)’

En dit zegt hij ondanks het feit dat zijn boek over het Rooms-Hollandse recht sterk leunt op Hugo de Groot's *Inleidinge*. Kortom, het door De Groot wat zuinigjes behandelde naastingsrecht geniet een breed draagvlak, en verdient gerespecteerd te worden.

Voordat we het doen en laten van een kennelijke vijand van het naastingsrecht in ogenschouw nemen, is het nodig de aandacht te vestigen op de eerste Leidse hoogleraar met (mede) als leeropdracht het ‘hedendaagse recht’ (*ius hodiernum*). Wat ving hij aan met naasting? Het was Johannes Voet (1647-1713). Hij nam het onderwerp serieus, ook al behandelde hij het niet tijdens zijn openbare colleges.²³ In zijn *Commentarius ad Pandectas* (1698/1704) duurt het meestal niet lang voordat het *ius hodiernum* in enige vorm om de hoek komt kijken. Zo ook het naastingsrecht dat bijzondere aandacht krijgt in het commen-

22 Het is hier niet de plaats om in te gaan op de verschillende betekenissen die De Groot gehecht heeft aan de term *ius gentium*. Voor wie niet bang is voor subtiliteiten: p. Haggenmacher, *Genèse et signification du concept ‘ius gentium’ chez Grotius*, *Grotiana New Series* 2 (1981), p. 44-91. Zeker is dat De Groot in *Mare liberum* (1609) de vrijheid van handel in een hogere categorie *ius gentium* plaatst dan in *De jure belli ac pacis* (1625).

23 Voet kreeg de leeropdracht in 1688. Hij was niet de eerste in de Republiek: dat was Ulrik Huber (Franeker 1682). Zie hierover M. Ahsmann, ‘Teaching the *Ius Hodiernum*: Legal education of advocates in the northern Netherlands (1575-1800)’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1997, p. 427.

taar op de titel *De lege commissoria* (D. 18,3 Over het vervalbeding).²⁴ Als Voet in paragraaf 9, na behandeling van de conventionele naasting, begint over het inheemse naastingsrecht ziet het er niet best uit. De bewijslast is het eerste wat genoemd wordt, dan de aantasting van het eigendomsrecht van de koper. Bovendien is het afwijkend van het Romeinse recht (*exorbitans a jure communi*), in strijd met de constitutie *Dudum* (C. 4,38,14), met de vrijheid van de handel, en met de algemene regels van de vereffende rechtvaardigheid. Dus dient het strikt te worden geïnterpreteerd. Een goede leerling van De Groot derhalve. Nog wel wordt vermeld dat het recht uit het goddelijke recht stamt (gedoeld wordt op enige bijbelteksten waaronder Leviticus 25: 24-28) en niet zonder goede gronden is ingevoerd. Het mag weinig baten als we zien dat tussen de aangevoerde auteurs het advies van De Groot staat (zonder hem te noemen), waarin die de strijd met de handelsvrijheid benadrukt. Toch volgen vele kolommen over het onderwerp, die moeilijk begrepen kunnen worden vanuit een fundamenteel vijandige houding t.a.v. het naastingsrecht. Bij het familie-naastingsrecht bij voorbeeld, begint Voet, op gezag van anderen, met een opsomming van de vele plaatsen waar het in Europa voorkomt.²⁵ Hij noemt Duitsland, Frankrijk, Spanje, Italië, Bourgondië, Brabant, Vlaanderen, Friesland en Zeeland. Vervolgens treedt hij in enig detail over de provincies Utrecht, Gelderland en Holland. In de daaropvolgende paragraaf moet hij vaststellen dat het niet gemakkelijk is de grondslag van het familienaastingsrecht te bepalen, of het af te leiden uit de beginselen van het Romeinse recht. Voets worsteling met de materie, een uitvloeisel van zijn bedoeling de uiteenzetting van het Romeinse en het hedendaagse recht met elkaar te verbinden, is pijnlijk zichtbaar. Hoezeer hij ook zijn best doet het lokale recht zonder vooringemenheid te beschrijven, steeds is daar weer de noodzaak één en ander met Romeinsrechtelijke teksten te ondersteunen.²⁶ Deze ‘schizofrene’ benadering was natuurlijk niet vol te houden op de lange duur. Bij latere auteurs zien we dan ook dat er twee opties zijn: onverbloemde veroordeling van het naastingsrecht, of afwerping van de romeinsrechtelijke ballast. Voets commentaar laat zien dat de beginselen van het hedendaagse recht niet altijd te verenigen waren met de beginselen van het Romeinse recht. De ontsnapping uit dit zelfgecreëerde dilemma heeft hij niet meer meegemaakt.

Met Cornelis van Bijkershoek lijkt de opvatting van De Groot zich versterkt voort te zetten. In zijn posthuum verschenen *Quaestiones juris privati* (1744) is goed te zien hoe deze rechter en elegant jurist denkt over naasting:²⁷

24 Ik gebruikte de editie Leiden 1698, waar deze titel behandeld wordt op p. 780-792.

25 Ed. Leiden 1698, p. 785 (nr. 12).

26 Voets positieve instelling t.a.v. het naastingsrecht blijkt ook uit een passage waarin hij melding maakt van mogelijk misbruik tegen dat recht (*in fraudem retractus*). Zie ed. Leiden 1698, p. 789 (nr. 23).

27 *Opera omnia* (Leiden 1767), Deel II, p. 417A: ‘Ego vero omnem retractum quo hodie utimur, ex quacumque demum causa descendat, non dubitem pronunciare iniquissimum, quum ius quaesitum emptori auferat, minus utique idonea, quam est empti causa.’

‘Ik echter kan niet aarzelen iedere naasting die men tegenwoordig in praktijk brengt, op welke grond zij ook rust, als zeer onrechtvaardig te betitelen, omdat zij een verkregen recht aan de koper ontnemt om een reden die in ieder geval minder deugdelijk is dan de kooptitel.’

Net als De Groot onderstreept Bijnkershoeck dat de ‘hedendaagse’ naastingsrechten niet uit het Romeinse recht stammen. Dan volgt zijn theorie over de leenrechtelijke oorsprong, waarna hij de kwestie aanroert of het naastingsrecht in (de provincie) Holland algemeen is. Bijnkershoeck stelt vast dat hierover veel te doen is, en schaart zich in het kamp der ontkenners (met De Groot). Vervolgens benadrukt hij de enorme hoeveelheid plaatselijke regelingen.²⁸

‘Als ze (allemaal) opgesomd moeten worden, inclusief het Zeeuwse recht, zou een compleet commentaar geschreven moeten worden. Wij zullen ons aan aangename zaken wijden.’

Het is eigenlijk niet nodig nog meer toe te voegen. Het spreekt voor zich dat de *vulgares scriptores* (lees: Groenewegen en Van Leeuwen) tekort schieten, dat het naastingsrecht van de overheid een ‘toestand van horigheid’ (lees: feodaliteit) impliceert. Ook de gedachte dat de naaster in de plaats treedt van de koper wordt, met romeinsrechtelijke teksten, onderuit gehaald. Ondanks het feit dat Bijnkershoeck allerlei costumen en statuten aanhaalt, blijft de ultieme toets het Romeinse recht.

Is Bijnkershoeck erin geslaagd zijn ideeën ingang te doen vinden bij de Hoge Raad van Holland en Zeeland, waarvan hij sinds 1704 deel uitmaakte, vanaf 1724 als voorzitter? We beschikken over een bijzondere bron die antwoord kan geven op deze vraag: zijn *Observationes Tumultuariæ* (In der haast gemaakte notities), waarin hij voor eigen gebruik de dagelijkse gang van zaken in de Raad beschrijft, welke zaken er behandeld werden, welke argumenten aangevoerd werden en hoe de meningen onder de raadsheren verdeeld lagen. Een zaak uit Bijnkershoecks beginperiode als raadsheer (7 december 1707) laat zien dat de Hoge Raad in een geval waarbij de bewoording van het gewoonterecht van Spanbroek niet duidelijk was, koos voor een uitleg op grond van de geest van het statuut (*mens statuti*).²⁹ Dit is niet de strikte interpretatie zoals voorgestaan door Hugo de Groot. In een arrest uit 1718 lijkt het of de beperkte uitleg aan kracht heeft gewonnen. Het ging om naasting in geval van executoriale verkoop, iets dat door vele statuten werd uitgesloten. De statuten van Zevenbergen bevatten daarover geen bepaling en de schepenen van Zevenbergen en het Hof van Holland hadden de naasting toegelaten. Bij de Hoge Raad waren vijf raadsheren, onder wie Bijnkershoeck, haar af. Er waren twee raads-

28 *Op. cit.*, p. 417B: ‘(...) sed tot specialia Statuta extant, quae vel ad partes nonnullas Hollandiae, vel ad singulares Urbes pertinent, ut si has recensere, et jus Zelandium addere placeret, integer Commentarius esset scribendus, Amoeniora quaedam dilibabimus.’

29 *Obs. Tum.* Nr. 350.

heren die een andere mening waren toegedaan. Eén van hen had volgens Bijnkershoek de statuten niet goed gelezen. De ander wees erop dat naasting niet uitdrukkelijk was verboden. 'Maar zij moesten het afleggen tegen de anderen, terecht, naar mijn mening'.³⁰

In een geval waarbij de lagere instanties, de schepenen van Katendrecht en het Hof van Holland, een naasting hadden afgewezen, ontstond binnen de Hoge Raad een enorme discussie. Het (in)fameuze advies van De Groot kwam ter tafel, maar werd terzijde gelegd, zo constateert Bijnkershoek tamelijk droogjes. De naasting werd uiteindelijk toch afgewezen, met slechts één tegenstem (niet Bijnkershoek).³¹ Het is opvallend dat bij de twee laatste door hem beschreven arresten over naasting de strikte interpretatie van het naastingsrecht naar voren werd gebracht, en verworpen. In 1735 zijn het zelfs alle raadsheren, *nemine excepto* (niemand uitgezonderd), die opkomen voor de *mens statuti* (geest van het statuut).³² In 1730 behoort Bijnkershoek tot de meerderheid die misbruik tegen het naastingsrecht wil tegengaan, door zich te keren tegen strikte interpretatie.³³ Het geringe aantal gevallen dwingt tot voorzichtigheid, maar het lijkt erop dat er twee Bijnkershoeken waren, de rechter en de geleerde.

Hoe het verder is gegaan in de Hoge Raad van Holland en Zeeland kunnen we vaststellen aan de hand van de door Bijnkershoek's schoonzoon Willem Pauw (1712-1787) voortgezette rechtbanknotities. Over de periode 1743 tot 1787 vermeldt Pauw veertien naastingszaken.³⁴ Wat opvalt is dat zodra het gaat om het naastingsrecht van de overheid er vrijwel steeds beschouwingen worden gewijd aan de herkomst van het betreffende recht.³⁵ Dit duidt erop dat deze vorm van naasting steeds verdedigd moest worden. Bij de andere vormen van naasting gebeurde het niet.

5 HET KEERPUNT EN DE MORAAL

We komen nu op een keerpunt in de ontwikkeling van het (Hollandse) naastingsrecht, dat niet begrepen kan worden vanuit een juridische optiek alleen. Twee jaar na de dood van Pauw brak de Franse Revolutie uit die in 1795 een eind maakte aan de Republiek. Tijdens de discussies die volgden over de nieuwe inrichting van staat en maatschappij kwamen ook de verschillende

30 Obs. Tum. Nr. 1422 (aan het eind): 'Sed victi sunt ab aliis, jure merito, ut opinor (...)'. Deze *observation* is in enigszins aangepaste vorm terechtgekomen in de *Quaestiones juris privati*. Zie *Opera omnia* (nr. 27), p. 420B en 421.

31 Obs. Tum. Nr. 2454 [1728].

32 Obs. Tum. Nr. 2940.

33 Obs. Tum. Nr. 2580.

34 Zie het zaakregister van de *Observationes Tumultuariae Novae*, Deel III (Haarlem 1972), s.v. 'naastingsrecht' en 'nakoop'.

35 Obs. Tum. Nov. nrs. 80 [1744], 350 [1750] (samen met nr. 609), 994 [1766] en 1375 [1777].

naastingsrechten aan de orde.³⁶ Dat het naastingsrecht van de overheid zou sneuvelen was geen verrassing, gezien de omstredenheid daarvan. De andere vormen van naasting werden echter meegesleurd in zijn val. Alles wat in verband werd gebracht met de feodaliteit diende te verdwijnen. Bijkershoeks theorie over de feodale oorsprong van alle naastingsrechten, inmiddels weerlegd door geleerde schrijvers, vond een dankbare toepassing. Zoals ook nu de betiteling 'feodaal' of 'middeleeuws' haar uitwerking zelden mist.

In de woelige tijden van toen waren gematigde stemmen te horen. Bij voorbeeld de Leidse hoogleraar Van der Keessel (1738-1816). In zijn *Theses selectae juris Hollandici et Zelandici* (Uitgezochte stellingen van Hollands en Zeeuws recht) uit 1800 wordt kort de Hollandse (en Zeeuwse) praktijk weergegeven zoals hierboven beschreven. Met weglating van de overheidsnaasting. De zeer kundige praktijkjurist Joannes van der Linden (1756-1835) zag ook weinig problemen in het handhaven van de niet-feodale naastingsrechten. Eventuele misbruiken dacht hij te kunnen ondervangen door het familienaastingsrecht te beperken tot zeer nauwe bloedverwanten en door de termijn waarbinnen genaast mocht worden sterk in te korten.³⁷ Het mocht niet baten. In het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland van 1809 ontbreekt de naasting, net als in de Code Civil die hier tot 1838 zou gelden. Wat er nog van over is, althans er enigszins op lijkt is al eerder vermeld. De maatschappelijke behoefte tot een herinvoering is kennelijk niet erg sterk geweest. In de negentiende eeuw zal het politiek overheersende liberalisme hiertoe hebben bijgedragen. In de twintigste eeuw de toenemende verstedelijking en de verzwakking van de familiebanden.

Belangrijker is de moraal van dit verhaal in verband met dat andere recht dat op allerlei manieren knabbelt aan ons privaatrecht: het Europese. Wie zijn eigen recht wil beschermen tegen ongewenste 'vreemde' invloeden moet sterk zijn, of slim. Nederland is niet sterk. Is het wél slim? Bij het antwoord op de romeinsrechtelijke 'uitdaging' aan het adres van de in Holland en daarbuiten vigerende naastingsrechten is te zien hoe belangrijk het was zich de beginselen van dat Romeinse recht, in zijn toenmalige gedaante, eigen te maken en die vervolgens te gebruiken om de 'aanval' te pareren. Dus: romeinsrechtelijke teksten, zoals C. 4,38,14 *Dudum*, die tegen naasting lijken te pleiten, onschadelijk maken met, in dit geval, een al eerder beproefde *praeter legem* redenering. Daarmee was nog niet het gevaar afgewend dat naasting werd gezien als in strijd met de geest van het Romeinse recht. Daarvoor waren meer stappen nodig. De belangrijkste was het creëren van eigen beginselen van naasting, om zo tot een eigen geest te komen. Dat geschiedde door te wijzen op de grote verspreiding van de algemene regels van naasting, niet alleen in Holland maar ook elders in Europa. Zo ontstond een leerstuk rustend op de instemming

36 Voor een bondig overzicht, zie Moorman van Kappen (nr. 4), p. 16-20.

37 Zie zijn Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808 [Fontes iuris batavi rariores nr. 1], Amsterdam 1967, p. 160 (nr. 6) en p. 203-204 (art. 80-92).

van velen, zo niet allen. Al is er bij mijn weten niemand die het naastingsrecht rekende tot het volkerenrecht (*ius gentium*), het zat er dicht tegenaan. Daarmee was de onbillijkheid (in romeinsrechtelijke zin) weggenomen, als ook de daaruit voortvloeiende strikte interpretatie van het naastingsrecht. Dat is wat we zien gebeuren in de Hoge Raad van Holland en Zeeland ten tijde van Bijnkershoek. Men legt uit in de geest (*mens*) van de naasting(sregel). Bij Pauw is dat niet meer in discussie, alleen nog de gegrondheid van de overheidsnaasting. Maar daarover waren al veel eerder, door Simon van Leeuwen bij voorbeeld, bedenkingen geuit.

Als ik dit mag transponeren naar het heden. Maak niet de fout van Voet door de beginselen van het Romeinse recht en, in dit geval, die van het naastingsrecht door en naast elkaar te behandelen. Ze verdragen elkaar namelijk slecht op de punten waarom het gaat. Geef de eigen beginselen een eigen plaats, structuur en status. Het klinkt raar, maar voor het Hollandse naastingsrecht heeft het daarover handelende hoofdstuk in de *Inleidinge* van De Groot, zijns ondanks, als zodanig gefunctioneerd. Latere auteurs, zoals Van Leeuwen en Van der Keessel, gebruikten het stramien van de *Inleidinge* voor hun uiteenzettingen over Hollands recht. Zo kreeg het Romeinse recht vanzelf een minder prominente plaats. Daarom spreekt mij het voorstel van Smits om het Europese privaatrecht in een apart gedeelte van ons Burgerlijk Wetboek onder te brengen wel aan.³⁸ Het heeft in ieder geval het voordeel dat het Nederlandse wetboek niet steeds meer gaat lijken op een onsamenhangende lappendeken. Er ontstaat dan inderdaad een soort rechtsconcurrentie, maar wel een zichtbare. Met twee wetboeken valt te leven mits de Nederlandse rechter interpretatieregels ontwikkelt die niet automatisch uitgaan van voorrang van het recht van Europese herkomst. Zo kun je, desgewenst, het Europese recht Nederlandser maken. Dat is wat Bijnkershoek en Pauw als rechter deden met het hun zo dierbare Romeinse recht.

En wat dat Manifest betreft: er bestaat toch al een Europees Sociaal Handvest dat de eenzijdige kanten van de Principles of European Contract Law kan verzachten? Een zinvolle koppeling moet hier mogelijk zijn. Maar wel afblijven van de Principles, want die staan inderdaad voor de technische kant van het recht.

38 Zie J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid', in: *Europese integratie*, (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2006-I), p. 57-104.