

Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt

De mijlpaal

Het jaar 2013 vormt een mijlpaal in het bestaan van de *Groninger Opmerkingen en Mededeelingen. Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag*. Met deze aflevering viert het tijdschrift zijn dertigjarige bestaan. De redactie heeft nooit overwogen om de naam van het tijdschrift te wijzigen, hoewel hij in gevestigde kringen van de wetenschap altijd een zeker wantrouwen heeft ontmoet. Ook aan de op haar uitgeoefende drang om vanuit het perspectief van de internationalisering de naam van het blad te 'verengselen' tot *The Groningen Announcements and Remarks* heeft zij weten te weerstaan.¹ Het lijkt in dit licht dienstig uit de doeken te doen welke tijdschriften, niet alleen wat betreft de titel, tot inspiratie hebben gediend van de redactie van het bestaande periodiek.

De hoofdtitel van de *Groninger Opmerkingen en Mededeelingen* is geïnspireerd door de naam van een tijdschrift van twee in hun tijd bekende Groningse juristen, Arnoldus Oudeman (1809-1892) en Gerhard Diephuis (1817-1892): *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt* (1845-1867).² De ondertitel 'Magazijn' is ontleend aan het *Regtsgeleerd Magazijn* (1812) van de Groningse hoogleraar Seerp Gratama (1757-1837). Dit blad is het eerste Nederlandse juridische tijdschrift uit de 19^e eeuw. Gelet op het feit dat het slechts een jaar is verschenen en zijn bedoeling en inhoud al een keer uitvoerig zijn beschreven,³ gaat de onderhavige bijdrage vooral in op de opzet en de inhoud van de *Opmerkingen en Mededeelingen* van Oudeman en Diephuis. Het tijdschrift verscheen in twee reeksen, een van tien delen (1845-1854) en een van zeven (1857-1867). Vanaf het dertiende deel kwam het om de twee jaar uit.

1 Zie de Redactie, Ten Geleide, in: *Groninger Opmerkingen en Mededeelingen (GROM)* (XXIX) 2012.

2 Van 1868 tot 1876 verscheen onder redactie van beide juristen het Tijdschrift voor Nederlandsch Regt. De 'toestand' waarin Oudeman verkeerde, verijdelde alle verdere medewerking van hem in de toekomst. Diephuis liet om die reden het blad een stille dood sterven. Zie W. Hecker, Gerhardus Diephuis, in *Levensberichten der afgestorven medeleden van de Maatschappij der Nederlandsche Letterkunde, Bijlage tot de Handelingen van 1893*, p. 15-16.

3 Zie G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen, De wording van het juridische tijdschrift. Drie Nederlandse pogingen uit de Franse tijd, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1988, p. 341 e.v.

De juridische tijdschriften rondom het midden van de 19^e eeuw

De inwerkingtreding van de nieuwe wetboeken op 1 januari 1838, in het bijzonder van het Burgerlijk Wetboek, heeft in Nederland de nationale rechtsbeoefening een belangrijke duw in de rug gegeven. Het Koninklijk Besluit van 30 juni 1840⁴ bepaalde dat het doctorale examen in het Romeinse en het hedendaagse recht een uitbreiding onderging met delen van het geldende positieve recht. Het gevolg was dat het Nederlands langzaam maar zeker het Latijn als voertaal van het universitaire onderwijs en onderzoek verdrong. Hoewel op grond van hetzelfde Koninklijk Besluit juristen hun doctorstitel konden verkrijgen door een promotie op stellingen, bleven proefschriften verschijnen. Nieuw was dat zij deels in het Nederlands waren geschreven, vaak omdat hun onderwerp geen verband hield met een historische achtergrond in het Romeinse recht. De *Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politie-regt* van W.C.D. Olivier (1820-1885) uit 1847 staat bekend als de 'ijsbreker', de eerste in een lange rij van Nederlandstalige dissertaties.⁵ Het gebruik van het Nederlands als wetenschappelijk taal droeg bij aan de bloei van het tijdschriftwezen. Rondom het midden van de 19^e eeuw domineerden drie juridische tijdschriften het rechtswetenschappelijke discours. Wij behandelen ze kort.

De *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, opgericht in 1826 door de Amsterdamse hoogleraren C.A. den Tex (1795-1854) en J. van Hall (1799-1859), waren gedurende de eerste helft van de 19^e eeuw eigenlijk het enige juridische tijdschrift in Nederland, dat zich wetenschappelijk profileerde en tegelijkertijd de rechtspraktijk niet uit het oog verloor.⁶ De redacteurs van de *Bijdragen* besloten naar aanleiding van de nieuwe codificaties de opzet van het blad enigszins te veranderen en het vanaf 1 januari 1839 te laten uitkomen onder de naam *Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, met als hoofddoel de verbroedering tussen de theorie en de rechtspraktijk. Daarnaast besloten zij tot de uitgave van een *Regtsgeleerd Bijblad, behoorende tot de Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*. Het *Bijblad* was bedoeld voor de behandeling van korte vraagpunten naar aanleiding van gepubliceerde rechtspraak.

Op 1 juli 1839 kwam *Themis* als de eerste directe concurrent van de *Nederlandsche Jaarboeken* op de markt, een initiatief van de Haagse advocaten D.H. Levyssohn Norman (1805-1885), N. Olivier (1808-1869) en A. de Pinto (1811-1878). Het doel van het blad

4 Stc. nr. 163.

5 Zie A. Oudeman, Over het schrijven van Academische verhandelingen, het Nederlandsch Regt betreffende, in het Nederduitsch, in: Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (V) 1849, p. 129 e.v.

6 Zie over dit blad: G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen, Het juridische tijdschrift gevestigd; Den Tex en Van Hall's 'Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving' (1826-1838), in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 1993, p. 97 e.v. *De Weegschaal* had bijvoorbeeld ook min of meer een juridische inhoud, maar stond ver af van de rechtspraktijk.

was min of meer hetzelfde als dat van de *Jaarboeken*: de bevordering van de 'hedendaagse' Nederlandse rechtsbeoefening door inspiratie uit de praktijk en de verwetenschappelijking van de praktijk om haar op deze wijze op een hoger plan te brengen. Theorie en praktijk gingen namelijk volgens de redactie 'hand in hand'.⁷

Op 28 januari 1839 tot slot was reeds een ander juridisch tijdschrift verschenen: het *Weekblad van het Regt*. De beide redacteuren, D. Léon (1809-1883) en I. Belinfante (1814-1892), waren krantenverslaggevers van rechtszaken, vooral van strafzaken. Het blad was geheel van praktische aard. Het moest zich, 'zoo niet alleen, dan toch grootendeels' richten op het boekstaven van de resultaten van de Nederlandse jurisprudentie.⁸ Door de toetreding van De Pinto tot de redactie verschoof echter de aandacht van het periodiek: hij wilde het tijdschrift een wetenschappelijker karakter geven zonder het tot een concurrent van *Themis* te maken. De Pinto geloofde niet in het bestaansrecht van een 'dorre chronijk van vonnissen en arresten'. De rechtspraktijk kon immers niet zonder de wetenschap en de wetenschap kon op haar beurt niet zonder de inbreng uit de praktijk. Het *Weekblad* moet dus mede getuigen van de toetsing van de rechterlijke uitspraken aan 'regt en wet'.⁹ Het gevolg was dat ten tijde van de oprichting van de *Opmerkingen en Mededeelingen* in 1845 het drietal bestaande juridische tijdschriften een ongeveer gelijkkluidende redactieformule kende, namelijk de wisselwerking tussen theorie en praktijk zodat zij op een hoger plan kwamen, hoewel het *Weekblad* veel meer dan de andere bladen eveneens een nieuwsfunctie had. De vraag rijst uiteraard: wat dachten Oudeman en Diephuis inhoudelijk toe te voegen aan dit drietal periodieken?

De Opmerkingen en Mededeelingen

Oudeman en Diephuis omschreven in de Voorrede bij de eerste uitgave van de *Opmerkingen en Mededeelingen* hun bedoelingen met het blad als volgt:

'Dan vooral, wanneer de nieuwe wetgeving van een land slechts weinige jaren telt, en alzoo nog niet van alle zijden door de praktijk kan zijn toegelicht, is het nuttig en noodig, dat hare beoefenaren elkander hunne vragen, opmerkingen en gedachten, tot welke het bestuderen der wetten, of de praktijk aanleiding gaf, mededeelen, ten einde daardoor de kennis van het regt veelzijdig te bevorderen.'

Het *Weekblad* bevatte weliswaar vele opmerkingen van bekwame rechtsgeleerden, maar

7 J.H.A. Lokin, Van tweeën een. Drie tijdschriften herdacht, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (RM Themis) 1989, p. 225 e.v.

8 'Berigt', in: *Weekblad van het Regt* (1) 1839.

9 A. de Pinto, 'Vijf en twintig jaren', in: *Weekblad van het Regt* (2551) 1865.

was toch hoofdzakelijk 'aan de zoogenaamde jurisprudentie' gewijd. Hetzelfde gold, aldus Oudeman en Diephuis, voor het *Regtsgeleerd Bijblad* vanaf het ogenblik dat in dit blad vonnissen en arresten werden opgenomen. De behoefte aan mededelingen bestond echter intussen nog steeds zo zeer, dat een blad, uitsluitend daaraan gewijd, als een wenselijke zaak scheen te mogen worden beschouwd. Oudeman en Diephuis hadden daarnaast een ander doel. Zij werkten alle twee aan een boek, Oudeman aan *Het Nederlandsch Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en door formulieren in praktijk gebragt* en Diephuis aan *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*. Zij wensten deze werken aan te vullen met behulp van de beschouwingen in de *Opmerkingen en Mededeelingen* en zo de lacunes te herstellen, waarvan zij graag erkenden dat die in hun boeken voorkwamen. Omdat Oudeman en Diephuis in hun tijdschrift bovendien stukken opnamen over andere rechtsgebieden dan het burgerlijke en het burgerlijke procesrecht, meenden zij met geen enkel ander blad in concurrentie te treden.

Overigens maakten Oudeman en Diephuis al in het eerste nummer (1845) een uitzondering op de regel dat zij in hun tijdschrift geen jurisprudentie af zouden drukken. De laatste pagina's van het eerste nummer geven een door Johannes Potter van Loon (1800-1865, advocaat te Groningen, later procureur en burgemeester in Appingedam) ingestuurd vonnis van de rechtbank Appingedam. De redactie meende plaatsing niet te moeten weigeren omdat de uitspraak het typisch Groningse beklemrecht betrof en bovendien al zo oud was, van 1823, dat publicatie in een zusterblad niet te verwachten viel. 'Wij willen zoo, door deze enkele afwijking, geenszins geacht worden aan dit tijdschrift de strekking te geven, om, met vertoogen, ook regterlijke vonnissen mede te deelen, noch met verzamelingen van deze laatsten in concurrentie te treden.'¹⁰

In de tweede jaargang van de *Opmerkingen en Mededeelingen* kwamen Oudeman en Diephuis terug op hun eerder aangegeven bedoelingen naar aanleiding van enkele korte, enigszins zure kanttekeningen van de redactie van de *Jaarboeken* in het *Regtsgeleerd Bijblad*. Die schreef zich in haar eigenliefde geveleid te voelen door wat zij de navolging van haar voorbeeld door de *Opmerkingen en Mededeelingen* noemde. Wel protesteerde zij tegen de suggestie van Oudeman en Diephuis dat de beschouwingen over wetsbepalingen in hun praktische toepassing in het *Bijblad* slechts een ondergeschikte plaats innamen.¹¹

10 Of beklemmingen van landen en huizen daarop staande, moeten worden beschouwd als vaste en onroerende goederen, dan wel of zij onder de losse en tilbare goederen gerekend moeten worden? in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (I) 1845, p. 309-315, redactionele voetnoot op p. 309-310. De rechtbank oordeelde dat het recht van beklemming een roerende zaak is. Kritisch over deze uitspraak bijvoorbeeld A.S. de Blécourt, *Beklemrecht en stadsmeierrecht I*, Den Haag-Groningen 1920, p. 238. Hij verwijst naar latere uitspraken waarin anders is bepaald.

11 Zie Opmerking van de Redactie, in: *Regtsgeleerd Bijblad*, behorende tot de Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving (VII) 1845, p. 70.

De Groningse juristen repliceerden dat een oppervlakkige inzage van het tijdschrift sinds 1842 volstond om dit protest terzijde te schuiven. Ook wilden zij niet debatteren over de kwestie of mededelingen en opmerkingen over het recht gepaard konden en *behoorden* te gaan met de publicatie van vonnissen en arresten. In het slechts geringe aantal vraagpunten dat naar aanleiding van de letterlijke mededeling van de rechtspraak in het *Bijblad* was gepubliceerd, zagen Oudeman en Diephuis geen reden om hun arbeid te staken.¹²

In de vijfde jaargang (1849) kondigden Oudeman en Diephuis een nieuwe doelstelling voor hun tijdschrift aan. In de vorige vier jaargangen had een beoordeling van de wetten of een aanwijzing van leemten of gebreken eigenlijk ontbroken. Dit soort stukken had naar hun mening weinig zin, omdat een herziening van de wetboeken zo kort na hun afkondiging onwaarschijnlijk was. Nu de regering echter had laten weten dat de bestaande wetten verandering behoeften, in het bijzonder het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de Rechterlijke Organisatie, werd dat anders.

'Wij meenen derhalve, bij de opening van dezen jaargang, de regtsgeleerden, vooral diegene, welke, door hunne maatschappelijke betrekking, met de praktijk nader bekend zijn, te moeten uitnoodigen, om de verbeteringen, voor welke onze wetgeving hun vatbaar schijnt, te ontwikkelen en in een regtsgeleerd tijdschrift mede te deelen, waartoe wij hun ook in onze Verzameling de gelegenheid openstellen.'¹³

Dat de wetboeken, vooral het Burgerlijk Wetboek, vele feilen bevatten, werd in de decennia na hun afkondiging steeds duidelijker. Overbekend is de verzuchting van de Leidse hoogleraar in het Romeinse recht, J.E. Goudsmit (1813-1882): 'ik ken geen ellendiger prul dan ons Burgerlijk Wetboek.'¹⁴ Overeenkomstig de wensen van de redacteuren Oudeman en Diephuis nam de diversiteit aan bijdragen in de loop der jaren toe. Aanvankelijk hadden de meeste opmerkingen en mededelingen betrekking op het burgerlijk- en het handelsrecht (inclusief het faillissementsrecht) en de burgerlijke rechtsvordering. Vanaf het begin was er aandacht voor strafrechtelijke en vooral strafvorderlijke kwesties. In latere jaargangen verschenen eveneens bijdragen over 'gemengde' (algemene) onderwerpen, de rechterlijke organisatie, de Grondwet, de wetgeving over jacht en visserij e.d.

12 Redactie, Voorrede, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt* (II) 1846.

13 Redactie, Voorwoord, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt* (V) 1849, p. 5 e.v.

14 De uitspraak van Goudsmit staat in een brief, te vinden in: *Themis* 1883, p. 215. Zie voorts C.J. van Assen, *Aanmerkingen op het Burgerlijk Wetboek*, in: *Themis* 1851, p. 104 e.v., 1852, p. 566 e.v., en 1857, p. 156 e.v. en N.K.F. Land, *Aanteekeningen op artikelen van het Burgerlijk Wetboek*, in: *Themis* 1871, p. 401 e.v. en 1873, p. 566 e.v.

De redacteuren

De redactie van de *Opmerkingen en Mededeelingen* bestond uit Oudeman en Diephuis. Laatstgenoemde is als hoogleraar nog steeds enigszins bekend in de juridische wereld, de naam van eerstgenoemde is volledig in de vergetelheid geraakt. Zij waren in hart en ziel Groningers. Hun gehele professionele werkzaamheid speelde zich af in het Noorden van het land. Oudeman was na de afronding van zijn studie in Groningen (1834) aanvankelijk advocaat en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank van de stad van zijn alma mater. Hij werd benoemd tot raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof te Groningen op 22 oktober 1858. Zijn ontslag volgde in 1875, omdat dit hof met ingang van 1 januari 1876 verdween door de inwerkingtreding van de Hovenwet van 1875. Hij was van 16 oktober 1848 tot 13 februari 1849 lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Hij heeft echter nooit het woord gevoerd. Bij de verkiezingen in november 1848 kreeg hij slechts 22 van de 838 stemmen in het district Groningen, zodat zijn lidmaatschap van zeer korte duur bleef.¹⁵

Ook Diephuis werd na de afronding van zijn academische studie in de rechten (1840) en in de letteren (1842) advocaat. Op 1 oktober 1844 volgde een benoeming tot rechter in de rechtbank Winschoten en op 15 februari 1848 tot schoolopziener in het vijfde district van de provincie Groningen. Hij was korte tijd lid van de Provinciale Staten. Van 12 december 1855 tot 20 januari 1858 was hij, net als Oudeman, raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof van Groningen. Hij werd vervolgens benoemd tot inspecteur van het lager onderwijs in de provincie Groningen. Op 1 september 1859 ten slotte kreeg Diephuis een aanstelling als hoogleraar burgerlijk recht, handelsrecht en burgerlijke rechtsvordering aan de Groningse universiteit. Tot 1883 was hij lid van de in 1880 ingestelde Staatscommissie tot de herziening van het Burgerlijk Wetboek.¹⁶

De wetenschappelijke werkwijze van Oudeman en Diephuis, zowel aan te treffen in hun handboeken als de vele door hen geschreven artikelen in de *Opmerkingen en Mededeelingen*, is het beste te karakteriseren als dogmatisch. Zij probeerden de wettekst te begrijpen in het licht van haar historische ontwikkeling, in samenhang met de andere bepalingen van de betreffende afdeling of titel en op grond van de beginselen die aan die tekst ten grondslag lagen. Hun methode leidde allerminst tot een slaafse navolging van het

15 Een korte biografie van Oudeman is digitaal beschikbaar op de website van het Parlementair Documentatiecentrum van de Universiteit Leiden.

16 Zie onder anderen over Diephuis: J.H.A. Lokin, Gerhardus Diephuis (1817-1892), in: *Acht Groningse juristen en hun genootschap. 225 jaren Pro Excolendo Iure Patrio*, Groningen 1986, p. 105 e.v.; E.H. Hondius, Gerhardus Diephuis (1817-1892), in: T.J. Veen en P.C. Kop (red.), *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle 1987, p. 215 e.v.

in het BW bepaalde. Zij gaven oplossingen voor omstreden of niet geregelde kwesties, waarbij zij de wetgever niet spaarden. Zij richtten zich bij uitstek mede op de praktijk. Daarnaast schroomden Oudeman en Diephuis niet kennis te nemen van 'vreemd' recht. Diephuis verwees vaak naar het Franse recht en de Franse literatuur, hoewel hij het werk van Duitse tijdsgenoten goed kende.¹⁷ Het BW van 1838 leek volgens hem zo zeer op de Code civil (Cc) dat 'het meerendeels niet minder als een eene vertaling dan als eene navolging daarvan beschouwd kan worden. En het Fransche wetboek bragt ons van zelf in naauwe betrekking met de daarop gegronde regtswetenschap en regtspraak.'¹⁸ De omvang van het oeuvre van Diephuis bracht een van de medewerkers van de *Opmerkingen en Mededeelingen*, S.M.S. Modderman (1820-1900), in 1844 gepromoveerd op een proefschrift over het endossement van wisselbrieven en vanaf 1846 rijksadvocaat, later wethouder (1864-1893) en burgemeester (1893-1900) van de stad Groningen, ertoe om Diephuis schertsend Breedhuis te noemen.¹⁹ Oudeman beriep zich zowel op het Romeinse als het Franse recht.²⁰

De legistische traditie

Oudeman en Diephuis streefden als dogmatici naar een systematische behandeling van de stof. Die liep echter vaak uit op een tekstuele exegese van het Wetboek, omdat zij niet of nauwelijks het gewoonterecht of andere rechtsbronnen in hun beschouwingen betrokken.²¹ Vooral bij de behandeling van het handelsrecht kwam dat Diephuis, die niet alleen het Burgerlijk Wetboek becommentarieerde, maar ook een *Handboek voor het Nederlandsch Handelsregt* (1865-1866, 1879) had laten verschijnen, op kritiek te staan. Er waren op dit terrein tal van vragen, die geen oplossing vonden in het Wetboek van Koophandel, maar wel in de handelspraktijk. Het risico bestond dat de kloof tussen de wetenschap en de handel onverantwoord groot werd door die in gewoonterechtsregels neergeslagen praktijk te negeren. Diephuis leek in die valkuil te vallen. Hij bleef door zijn aanpak (te) dicht bij

17 Diephuis verwees in de *Opmerkingen en Mededeelingen* soms ook naar het Romeinse recht. Zie zijn: Kan de bewaarnemer, die het in bewaring genomen goed heimelijk verkocht, doch daarna weder ingekocht heeft, zich op de vis major beroepen, wanneer het hem later ontstolen is. Ulpianus beantwoordde de vraag ontkennend (D. 16,3,25,1), Diephuis bevestigend, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt* (V) 1852, p. 131 e.v.

18 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, I, Groningen 1869, p. 18.

19 Ontleend aan NNBW IX, kol. 199.

20 Zie bijv. zijn: Is het goed te keuren, dat de vraagpunten, op welke eene partij hare wederpartij wil doen hooren, vooraf aan deze beteekend moeten worden?, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt* (V) 1849, p. 239 e.v.

21 Zie C.J.H. Brunner, Was Diephuis een legist? Een herwaardering na 100 jaar en J.H.A. Lokin, De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer, in: G. Diephuis en C.W. Opzoomer 1892-1992, Groningen 1992, p. 1 e.v. en p. 25 e.v.

de wet. Hij had een voorbeeld moeten nemen aan de nieuwe Duitse handelsrechtelijke literatuur, zoals het *Handbuch des Handelsrechts* van Levin Goldschmitt (1829-1897). Zo schreef een recensent: 'Inderdaad, het verwondert mij dat de geleerde schrijver [Diephuis], die zoo vertrouwd is met de rijke duitsche literatuur, niet een voorbeeld heeft genomen aan een dier vele uitmuntende systemen, welke in de laatste jaren in Duitschland zijn verschenen.'²²

Met de dogmatisch-exegetische werkwijze plaatsten de *Opmerkingen en Mededeelingen* zich in de legistische traditie. In de literatuur is deze positie van Diephuis reeds uitvoerig behandeld.²³ Wij verwijzen ten overvloede nog naar een beschouwing van hem over het gewoonterecht in de *Opmerkingen en Mededeelingen* van 1857, die duidelijk maakt dat de zo juist weergegeven kritiek op zijn handboek voor het Nederlandse handelsrecht niet geheel ongefundeerd was. Diephuis' conclusie luidde kort maar krachtig: het gewoonterecht behoort niet tot de rechtsbronnen van het Nederlandse burgerlijke recht, zelfs niet in de gevallen waarin de wet ernaar verwees. Het belangrijkste argument ontleende hij aan artikel 3 Wet AB²⁴, dat hij extensief uitlegde en volgens hem ten aanzien van alle wetboeken gold. De dochter, de wet, had de moeder, de gewoonte als oudste rechtsbron van recht, geheel van de troon gestoten. 'Zal men haar daarom een vermete en ontaarde dochter noemen?' Diephuis' antwoord luidde uiteraard ontkennend. Het stelsel van codificatie in Nederland was nu eenmaal niet te verenigen met het bestaan van gewoonterecht.²⁵

Het credo van de legistische stroming was eveneens aan te treffen in een stuk van een 'regelmatig' medewerker aan de *Opmerkingen en Mededeelingen*, de boven genoemde Modderman, over de uitleg van artikel 1950 OBW (bevattende een opgave van redenen voor de wraking van getuigen). Wij citeren:

Niets maakt misschien het regt meer onzeker, dan, wanneer de regter, in plaats van zich slechts te bepalen tot toepassing der wet, in den waan of onder den schijn de wet te willen uitleggen, zich werkelijk op het gebied des wetgevers plaatst en bepalingen en voorschriften gaat scheppen, welke niet in de wet te lezen staan. (...) Menigmaal is ontegenzeggelijk de regter genoodzaakt, wil hij zich

22 D.J. Mom Visch, in: *Vaderlandsche Letteroefeningen* 1867, p. 17. Zie ook de recensie van P.R. Feith, in: *De Gids* 1866, p. 553 e.v.

23 Zie C.J.H. Jansen, *Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk* (1829), in: *Ars Aequi* 2008, p. 22 e.v., p. 27-28.

24 Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst. Cf. J.H.A.Lokin, *Het Procrustesbed van Art.3 AB*, in: *De Vereeniging tot beoefening van Overijsselsch Regt en Geschiedenis honderd vijftig jaar*, 2008 p.37-62.

25 G. Diephuis, *Geldt gewoonte bij ons nog als rechtsbron voor het burgerlijke regt?*, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (XI) 1857*, p. 241 e.v., p. 253. Anders, aldus Diephuis, *Justinianus in zijn Instituten (I, 3): Ons recht berust op geschreven en ongeschreven normen* (...). Diephuis had deze bijdrage als lezing voorgedragen bij *Pro Excolendo Iure Patrio*.

niet schuldig maken aan regtsweigering, om daar waar de wet zwijgt, den geest en den wil des wetgevers te raadplegen en dezelve in de plaats van de geschrevene wet te laten gelden (...); doch daar, waar de wet uitdrukkelijk gesproken heeft, daar, waar bepaaldelijk en bijzonderlijk de voorschriften opgegeven zijn, naar welke regt zal moeten gesproken worden, (...) daar mag hij van geen' geest en geene bedoeling des wetgevers spreken, daar mag hij geene uitbreiding aan de wet geven, doch moet volgens de wet regt spreken (art. 11 der Algem. Bep.).²⁶

Uit een andere bijdrage van Modderman kwam overigens naar voren dat van de afschaffing van het gewoonterecht soms een beschermende werking uitging. De vraag was gerezen of een sinds onheugelijke jaren bestendig gebruik verandering kon brengen in de verplichting tot schadevergoeding, die artikel 1639 lid 3 OBW²⁷ de werkgever (de 'meester') oplegde indien hij de dienstbode wegzond. Modderman nam aan dat die verplichting, naar analogie, eveneens gold voor de werkgever die weigerde de door hem gehuurde dienstbode in zijn dienst op te nemen. Ook in dit laatste geval was er een geldig contract gesloten. De kantonrechter te Groningen meende dat een bestendig gebruikelijk beding artikel 1639 OBW 'brak' (in een uitspraak van 20 juni 1848). Modderman verdedigde de tegenovergestelde opvatting. Een bestendig gebruik, dat de werkgever de bevoegdheid gaf zich van alle uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen te ontslaan zonder het betalen van schadeloosstelling (zoals in de stad Groningen klaarblijkelijk voorkwam), kon volgens hem geen gebruik zijn 'waarop de wet verwijst' (zie de tekst van artikel 3 Wet AB). Dit bestendig gebruikelijk beding druiste in tegen een uitdrukkelijke wetsbepaling, te weten artikel 1302 OBW. Dit bepaalde dat alleen de rechter een overeenkomst mocht ontbinden en dat dit niet kon gebeuren door de wil van een van beide partijen. Artikel 1639 OBW vormde een uitzondering op artikel 1302 OBW, evenwel onder de voorwaarde van schadeloosstelling. Als de werkgever die voorwaarde niet wenste te vervullen, dan kon hij niet eigenmachtig zonder tussenkomst van de rechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. Het bestendige gebruik, dat het tegenovergestelde bepaalde, was in strijd met de wet en gaf daarom geen recht.²⁸

26 S.[M.S.] M[odderman], Is art. 1950 B.W., houdende opgave der redenen, waarom getuigen kunnen gewraakt worden, limitatief of is het veeleer enunciatief, zoodat het aan den regter is overgelaten om te beoordeelen, in hoe verre de voorgestelde redenen van wraking, alhoewel niet bij dit artikel bepaaldelijk genoemd, al dan niet zijn gegrond en behooren te worden aangenomen? in: Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (III) 1847, p. 137 e.v., p. 137-138.

27 De meester is echter bevoegd om hen [dienst- en werkboden] te allen tijde, zonder het aanvoeren van redenen, weg te zenden, doch, hij is, in dat geval, verplicht aan hen, behalve het verschenen loon, tot schadeloosstelling te betalen zes weken, te rekenen van den dag waarop zij uit den dienst zijn weggezonden.

28 S.[M.S.] M[odderman], Kan de meester, die, zonder het aanvoeren van redenen of onder het aanvoeren van wettig vermeende redenen, weigert de door hem gehuurde dienstbode in zijne dienst op te nemen, volstaan met haar den handpenning te schenken, zonder haar bovendien de bij art. 1639 Burg. Wetb. bepaalde schadevergoeding te geven? Kan een sinds onheugelijke jaren bestendig gebruik in die verplichting tot schadevergoeding eenige verandering brengen?, in: Opmerkingen en Mededeelingen,

Enkele medewerkers van de *Opmerkingen en Mededeelingen*

Oudeman en Diephuis kregen medewerking van tal van juristen, vooral werkzaam in het Noorden van het land. Zij bespraken evenals de redacteuren dogmatisch lastige leerstukken op historisch-vergelijkende wijze met oog voor de praktische consequenties.²⁹ Lokin heeft lang geleden al eens erop gewezen dat de bijdrage van praktijkjuristen, in het bijzonder de advocaten aan de rechtswetenschap in de 19^e eeuw groot is geweest.³⁰ Ook de redacteuren en de medewerkers van de *Opmerkingen en Mededeelingen* waren over het algemeen advocaat, toen zij hun bijdragen schreven. Het tijdschrift was al aan zijn tweede reeks begonnen, op het ogenblik dat Diephuis hoogleraar werd. Verder is opmerkelijk dat de medewerkers, net als de redacteuren, maar met veel meer succes dan zij, (landelijk) politiek actief werden of waren.

Wij noemden als medewerker reeds Modderman. Een andere schrijver van het eerste uur was R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure (1826-1909), die al als kandidaat in de rechten bijdroeg aan de *Opmerkingen en Mededeelingen*.³¹ Hij was van 1848 tot 1850 advocaat in Groningen en van 1856 tot 1859 buitengewoon hoogleraar in het burgerlijk procesrecht aan de Groningse universiteit en daarmee de voorganger van Diephuis. Van Boneval Faure werd in 1859 benoemd tot hoogleraar burgerlijk recht, handelsrecht en burgerlijke rechtsvordering in Leiden. Hij ging daarna schrijven voor de concurrent, de *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*. Van 1894 tot 1904 was hij lid van de

betreffende het Nederlandsch Regt (IV) 1848, p. 151 e.v. Zie HR 18 januari en 9 februari 1841, in Weekblad van het Regt 1841/176. Een zekere J.H.G. onderschreef de opvatting van Modderman dat een gewoonte niet in strijd mocht komen met de wet, maar bestreed diens zienswijze *in casu*, omdat hij geen wetsbepaling kon vinden waarmee het Groningse beding in strijd was. Het was zijns inziens een toegestane boetclausule. Zie J.H.G., Over de verplichting van den meester, die weigert den door hem gehuurden dienstbode in zijne dienst op te nemen, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (V) 1849, p. 40 e.v., p. 53 e.v. J.H.G. kreeg bijval van Oudeman, Nog een woord over hetzelfde onderwerp, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (V) 1849, p. 58 e.v.

29 Wij verwijzen bij wijze van voorbeeld naar de bijdrage van J.J. Cremers over de verplichting van de verkoper van onroerend goed tot levering van bezit (III) 1847, p. 226 e.v. met gebruikmaking van Frans recht, Romeins recht, Rooms-Hollands recht en 'oude Germaanse rechten' (zie ook zijn eerdere beschouwing in jaargang (II) 1846, p. 225 e.v. en uitgebreid hieronder in de hoofdtekst) en naar een artikel van L. Oldenhuis Gratama over schuldvernieuwing (V) 1849, p. 214 e.v. onder verwijzing naar Romeins en Frans recht. Beide juristen schreven regelmatig in de *Opmerkingen en Mededeelingen* (zie verderop in de hoofdtekst voor enkele biografische gegevens).

30 Lokin, Van tweeën een, p. 233.

31 Zie bijvoorbeeld zijn, Over de betekenis van het woord levering in het IIIde Boek van het Burg. Wetb., bepaaldelijk in art. 1513-1526, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (III) 1847, p. 309 e.v. Vgl. een historisch-vergelijkend artikel van hem over art. 1507 OBW (koop en verkoop van andermans goed is nietig) in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (V) 1849, p. 72 e.v.

Eerste Kamer. Een derde actieve schrijver uit het Hoge Noorden was J.J. Cremers (1806-1882), advocaat (vanaf 1831) en notaris (1834-1864) in Groningen. Hij was lid van de Eerste Kamer van 1850 tot 1877 en van 1879 tot 1882.³² Ook uit Drenthe kwam medewerking. Een veel schrijvend jurist in de *Opmerkingen en Mededeelingen* was bijvoorbeeld L. Oldenhuis Gratama (1815-1887), advocaat, rechter in de rechtbank Assen (1854-1865) en raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof te Assen (1865 tot de opheffing van dit hof op 1 januari 1876). Hij was van 1867 tot 1886 lid van de Tweede Kamer. Een andere contribuant uit Drenthe was H.J. Smidt (1831-1917), van 1851 tot 1866 advocaat te Assen. Hij kreeg vooral bekendheid als liberaal Minister van Justitie (1877-1879 en 1891-1894) en als kamerlid (1871-1877 en 1888-1891). Niet iedere medewerker van de *Opmerkingen en Mededeelingen* kwam overigens uit het Noorden. G.A. Fokker (1811-1878) was advocaat in Middelburg van 1836 tot 1851 (en dit terzijde: lid van de Tweede Kamer in de jaren 1849-1850, 1865-1870 en 1875).³³

De bespreking van enige privaatrechtelijke leerstukken

Hierboven is al vermeld dat de bijdragen aan het tijdschrift een uiterst divers karakter hadden. De *Opmerkingen en Mededeelingen* betroffen werkelijk het gehele 'Nederlandsche Regt'. Korte bijdragen over straf- en burgerlijk- procesrecht zijn getalsmatig het best vertegenwoordigd. Daarnaast bevat het tijdschrift een aantal opstellen waarin het materiële privaatrecht centraal staat. In die opstellen is de blik in geen geval enkel op het BW van 1838 gericht, maar komen steeds Frans recht en vaak ook Romeins recht aan de orde. Wij besteden vooral aan enkele van deze wat langere privaatrechtelijke opstellen aandacht, omdat zij aansluiten bij de opzet van de hedendaagse *Opmerkingen en Mededeelingen*, aansluiten bij onze voorkeuren en bovendien vaak waarde hebben voor een beter begrip van het huidige recht. Voordat wij enige privaatrechtelijke leerstukken bespreken, geven wij een wat uitgebreider overzicht van de bijdragen die door de jaren heen over het typisch Groningse recht van beklemming zijn verschenen.

32 Wanneer men biografische gegevens over hem verzamelt, krijgt men de indruk dat hij een reactionaire man was: zo nam hij als vrijwilliger bij de Groningse Schutterij deel aan de tiendaagse veldtocht tegen de Belgen (Verzameling van dagorders, officiële rapporten en andere berigten, betreffende den Tiendaagschen Veldtocht in 1831, Utrecht 1833, p. 259), stemde hij als lid van de Eerste Kamer in 1862 tegen de voorgestelde afschaffing van de slavernij in Suriname en Nederlands West-Indië en acht jaar later tegen de voorgestelde afschaffing van de doodstraf.

33 Haagse advocaten, die met name schreven in *Themis* en het *Weekblad*, zijn nauwelijks in het Groningse blad aan te treffen, een enkele uitzondering, zoals A.A. de Pinto (1828-1907), daargelaten.

Het beklemrecht, een zwanenzang

Het beklemrecht of recht van beklemming behoort (samen met het intussen verdwenen stadsmeierrecht) tot de *Groningana* van het goederenrecht. Er is daarom veel aandacht voor in de *Opmerkingen en Mededeelingen*.³⁴ Het recht van beklemming is evenwel geen zuiver Groningse aangelegenheid. Het komt ook voor in Drenthe. S. Gratama³⁵ (1784-1858) wees daar op in een bijdrage die al eerder in de *Drentsche Volksalmanak* was verschenen, maar op verzoek van de redactie 'uit hoofde van deszelfs belangrijkheid' nogmaals werd afgedrukt in de *Opmerkingen en Mededeelingen*.³⁶

De bijdrage illustreert het Gronings-Drents karakter van de *Opmerkingen en Mededeelingen*. Andere 'Drentse' bijdragen zijn bijvoorbeeld een artikel van de zoon van Sibrand Gratama, de hierboven genoemde Lucas Oldenhuis Gratama over een strafrechtelijk onderwerp, het geweld tegen veldwachters in de 'koloniale gestichten der Maatschappij van Weldadigheid'.³⁷ Zie verder een artikel

-
- 34 Wij zagen dat al in het eerste nummer een rechtbankvonnis over het beklemrecht werd afgedrukt. Redacteur A. Oudeman vervaardigde in 1851 een verzameling van Regterlijke uitspraken over het Groninger beklemrecht, tweede druk, Groningen 1861.
- 35 Sibrand Gratama was de zoon van Seerp Gratama (de oprichter van het *Rechtsgeleerd Magazijn*), zie over Sibrand: Jaarboek van de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde 1858, p. 271 e.v. Hij studeerde in Groningen, waar zijn vader hoogleraar was, en was in Assen procureur, advocaat, notaris, rechter en burgemeester.
- 36 S. Gratama, Het regt van beklemming in Drenthe, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (VII) 1851, p. 279 e.v. S. Gratama was op het spoor van het buiten-Groninger recht van beklemming gezet door een geschrift van C.H. Gockinga, die in zijn Brieven over het regt van beklemming gerigt aan Mr. C.J. van Assen, Amsterdam 1861, op p. 58 gewezen had op Drentse en Friese beklemmingen. Het beklemrecht zou volgens Gratama 'bijlans de grenzen tusschen de beide genoemde provinciën' haar vleugels hebben uitgeslagen. Het bleef in Friesland tot de grens met Groningen beperkt, maar veroverde grote delen van de provincie Drenthe. Zo is te verklaren dat een anonieme schrijver in de *Opmerkingen en Mededeelingen* van leer trekt tegen de voorgestelde opheffing van het provinciaal Gerechtshof Groningen: 'Immers, hoe zullen de Friesche Raadsheeren, hoe bekwaam overigens, met juistheid oordeelen; b.v. over de regtsvragen betreffende het beklemregt, zij die dit regt niet hebben bestudeerd, die er geene ondervinding in hebben opgedaan, die wel nimmer eenen beklembrief in handen hebben gehad?' Is de opheffing van zes provinciale gerechtshoven, bij het tegenwoordig Ontwerp op de Regterlijke Organisatie voorgedragen, noodzakelijk of nuttig?, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (XIII) 1860, p. 214 e.v., p. 231.
- 37 L. Oldenhuis Gratama, Kunnen de in de Koloniale Gestichten der Maatschappij van Weldadigheid, tot handhaving der orde, door die maatschappij aangestelde veldwachters, zijn de burgers door de Maatschappij van Weldadigheid toegevoegd aan de aldaar aanwezige veteranen of militairen, beschouwd worden als behorende tot de gewapende magt en als agenten van de administratieve politie, handelende ter uitvoering van het openbaar gezag? Vallen mitsdien gewelddadigheden, jegens zoodanige personen gepleegd, in de termen van art. 209, 230 en 239 C.P?, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (IV) 1848, p. 130 e.v. Zie ook zijn, Verkrijging van erfdiensbaarheden door verjaring. Bewijs, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (X) 1854, p. 26 e.v.

van weer een andere Gratama, (B.J.), 'Over den aard van het regt van turfgraven'.³⁸

De veelheid van bijdragen over het recht van beklemming vindt haar verklaring niet alleen in de relevantie van het recht voor het Noorden, maar ook in onduidelijkheid over het precieze karakter van het beklemrecht. Dat karakter werd bepaald door bepalingen over beklemmingen in verschillende optekeningen van het oude Groninger recht, door afspraken die partijen maakten, door stadsresoluties en verordeningen van Stad en Lande, en door ongeschreven gewoonten.³⁹ De meningen over de inhoud van het beklemrecht liepen sterk uiteen. De privaatrechtelijke wetboeken van de negentiende eeuw hadden geen vooruitgang gebracht.⁴⁰ Het *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland* (WNH) wijdde twee bepalingen aan het beklemrecht, die geplaatst waren in de titel van erfpachtsrecht en recht van beklemming. Artikel 1575 WNH maakte een onderscheid in vaste en opzegbare beklemmingen. Artikel 1576 stelde dat 'de verdere regten omtrent beklemming worden door plaatselijke reglementen of gebruiken geregeld'. In het door Kemper vervaardigde ontwerp waren maar liefst zesenvijftig bepalingen aan het beklemrecht gewijd.⁴¹ In het wetboek van 1838 was het er nog maar één, die de beide bepalingen van het WNH samenbalde. Artikel 1654 OBW luidde als volgt:

Het regt van beklemming en van altijddurende beklemming, geboren uit overeenkomst, of door andere wettige middelen ingesteld, wordt door de aan hetzelfde eigene bepalingen en bedongene voorwaarden, en bij gebreke van deze, door de plaatselijke gewoonten, geregeerd.

Zo bleef de onduidelijkheid over het beklemrecht bestaan. De Bordes verweet de wetgever dat hij geen gedetailleerdere regeling had gegeven en het had gelaten bij een verwijzing naar plaatselijke gewoonten.⁴² Donker Curtius merkte over het ene wetsartikel over de beklemming het volgende op:

'(...) waarom dit ontwerp niet meer is uitgewerkt, -moet men ronduit verklaren, dat niemand zich in staat achtte, om eene behoorlijke uitwerking te leveren van hetgeen men onder dien titel verstaat. De Hollandsche regtsgeleerden waren met de zaak niet bekend, en de anderen verschilden daaromtrent in

38 B.J. Gratama, Over den aard van het regt van turfgraven, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt* (XVII) 1867, p. 3 e.v.

39 Zie bijvoorbeeld De Blécourt, *Beklemrecht en Stadsmeierrecht*, p. 203 e.v. In deel II van zijn werk (*Bijlagen*) zijn uittreksels uit stad- en landrechten en voorbeelden van contracten te vinden.

40 Voor een overzicht J.H. Beekhuis, *Zakenrecht*, negende druk, Zwolle 1963, p. 292 e.v.

41 Te vinden in J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, (V), Utrecht 1838, p. 252-263. De regeling illustreert zowel het oud-vaderlandse karakter van Kempers ontwerp als zijn wijdloopigheid, het kende meer dan 4000 artikelen. Vgl. over het ontwerp-Kemper; J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, derde druk, Deventer 2001, p. 302-303.

42 Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, (V), p. 276 en p. 279.

gevoelen of onthielden zich van het voorstaan hunner meening, om de belangen van de provincie Groningen ten deze niet te kwetsen.⁴³

Deze opmerkingen zijn wat merkwaardig met in het achterhoofd het Ontwerp van de Leidse hoogleraar Kemper dat zoals gezegd maar liefst zesenvijftig artikelen over het beklemrecht bevatte. De wetgever greep niet op zijn ontwerp terug, alhoewel 'men in de beraadslagingen van heden gezegd (had), dat het beter ware eene controverserige verkeer te beslissen, dan geheel in het midden te laten (...)'.⁴⁴ Het Groninger kamerlid Tammo Sijpkens (1780-1842)⁴⁵ gaf een andere, steekhoudender, verklaring voor de summierere regeling van één artikel. Hij benadrukte dat een wettelijke regeling *ex nunc* werkte en dus slechts nieuwe beklemmingen zou treffen. Een regeling bracht dus slechts voor nieuwe beklemmingen duidelijkheid, omdat nauwelijks nieuwe beklemmingen werden gevestigd bestond aan een uitgebreide regeling geen behoefte.⁴⁶

De discussie over de wenselijkheid van een uitgebreidere regeling van het beklemrecht heeft zich herhaald bij het ontwerpen van ons huidige wetboek. In het ontwerp voor boek 5 was één bepaling aan het beklemrecht gewijd. Zij stond samen met erfpacht in de zevende titel en was min of meer gelijklopend aan het oude artikel 1654 OBW.⁴⁷ De vraag kwam opnieuw op of een regeling in één weinigzeggend artikel afdoende was. Het driemanschap betoogde dat het beklemrecht zich sinds 1838 'vrijelijk' had ontwikkeld. Er waren dus twee mogelijkheden. De sinds 1838 gevormde regels golden ook voor nieuwe beklemmingen, of een nieuwe, uitgebreidere regeling was niet alleen van toepassing op nieuwe beklemmingen, maar ook op bestaande. Het driemanschap raadde aan een ter zake deskundige commissie in te stellen.⁴⁸ De minister volgde dit advies op. De commissie Beekhuis (genoemd naar haar voorzitter, de Groninger hoogleraar zakenrecht J.H. Beekhuis, 1903-1988) brengt in 1960 haar rapport uit. Zij koos voor een regeling in 21

43 Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, (V), p. 276 en p. 289.

44 Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, (V), p. 289.

45 Over hem, en zijn afkeer van de Belgen, Lokin en Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, p. 304-305.

46 Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, (V), p. 264. De Bordes ziet in het gegeven dat nieuwe beklemmingen nauwelijks worden gevestigd en een regeling slechts nieuwe gevallen geldt juist aanleiding een nieuwe regeling te maken: veel effect zou zo'n regeling, die ongetwijfeld in veler ogen vele onjuiste regelingen over het beklemrecht zou bevatten, toch niet hebben.

47 Artikel 5.7.2.1: Het recht van beklemming wordt door de daaraan eigen bepalingen en bedongen voorwaarden, en, bij gebreke van deze, door de gewoonte geregeerd. Het kan alleen worden gevestigd in streken, waarin beklemmingen van oudsher gebruikelijk zijn geweest.

48 TM bij afdeling 5.7.2, *Parlementaire Geschiedenis Boek 5*, Deventer 1981, p. 350.

artikelen.⁴⁹ Deze regeling zou niet alleen voor nieuwe beklemmingen moeten gelden, maar ook voor de bestaande om zo onduidelijkheden over het beklemrecht uit de wereld te helpen, en een einde te maken aan met het Burgerlijk Wetboek strijdige kenmerken van het beklemrecht.

De minister had andere plannen. De commissie Beekhuis meldde in haar rapport dat de relevantie van het beklemrecht steeds minder groot was geworden.⁵⁰ De minister vroeg zich naar aanleiding daarvan af of nieuwe beklemmingen mogelijk zouden moeten zijn (de commissie Beekhuis was daarvan uitgegaan: zonder die mogelijkheid verwachtte zij praktische moeilijkheden).⁵¹ Hij vond van niet. Voor felle regionale protesten tegen afschaffing was de minister niet bang, juist vanwege de vanwege de afgenomen betekenis van het beklemrecht.⁵² Bovendien bleven bestaande beklemmingen bestaan. Door de mogelijkheid van nieuwe beklemmingen uit te sluiten werd verder voorkomen dat Groningse gemeenten, waar het beklemrecht inheems was, de dwingende regels konden ontwijken die golden voor erfpacht.⁵³ Langzaam sterft het recht van beklemming uit. Nieuwe beklemmingen worden niet meer gevestigd. Partijen zijn aangewezen op het recht van erfpacht of opstal. Een heel enkele keer duikt het recht van beklemming nog op in de rechtspraak.⁵⁴

Het beklemrecht in de Opmerkingen en Mededeelingen

Artikel 1654 OBW bood voldoende ruimte over allerlei vragen aangaande het beklemrecht te blijven debatteren. De *Opmerkingen en Mededeelingen* vormden daarvoor een podium. Wij schetsen kort de ontwikkeling van het beklemrecht en bespreken enkele van de vragen rondom het beklemrecht aan de hand van enkele stukken uit de *Opmerkingen en*

49 Rapport van de commissie inzake wettelijke regeling van het beklemrecht, Den Haag 1961, p. 6-10. Over de regeling bijvoorbeeld H. Broekema, Rapport wettelijke regeling beklemrecht, in: Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie (WPNR) (4690) 1961, p. 382-e.v.

50 Rapport van de commissie inzake wettelijke regeling van het beklemrecht, p. 18.

51 Rapport van de commissie inzake wettelijke regeling van het beklemrecht, p. 21. Kritisch over het 'misbruik' van het rapport W.C.J. Robert, Beklemd zijn: een rechtshistorische figuur anno 1977, in: *Ars Aequi* 1977, p. 10-e.v., p. 16. Zie ook A.C. Wibbens-de Jong, Beklemrecht en NBW, deel I in: WPNR (6015) 1991, p. 549 e.v., deel II in: WPNR (6016) 1991, p. 574 e.v.

52 De minister sprak in dit verband van de psychologische redenen voor handhaving van het recht, MvA bij afdeling 5.7.2, Parlementaire Geschiedenis Boek 5, p. 352-353. De commissie Beekhuis had in haar rapport de vrees uitgesproken dat 'door plotselinge afschaffing van de mogelijkheid tot vestiging zekere reacties onder de belanghebbenden zouden worden gewekt.' Rapport van de commissie inzake wettelijke regeling van het beklemrecht, p. 21.

53 MvA bij afdeling 5.7.2, Parlementaire Geschiedenis Boek 5, p. 353. De vraag of dat niet het gevolg was van het beklemrecht, was de minister gesteld door de vaste commissie voor Justitie, zie VVII bij afdeling 5.7.2 Parlementaire Geschiedenis Boek 5, p. 352.

54 Bijvoorbeeld in Rechtbank Groningen 29 december 2007, LJN: BC4469, waar de rechtbank oordeelt dat de gerechtigde tot een beklemrecht als beheerder heeft te gelden in het kader van de Subsidieregeling natuurbeheer 2000.

Mededeelingen. Het beklemrecht was oorspronkelijk niet meer dan een huurovereenkomst van grond. Oudtijds betrof het een overeenkomst die aangegaan werd voor de duur van zes jaar, waarna de eigenaar besliste of hij verder wilde met zijn contractant of niet. Steeds vaker werd in het contract tussen eigenaar en de gebruiker van de grond, de zogenoemde beklembriefven, afgesproken dat het ging om een onopzegbaar, erfelijk contract. De Hoofdmannenkamer, de hoogste Groningse rechter ten tijde van het ancien régime, maakte uiteindelijk in 1787 in haar uitspraak inzake Abel Derks' kinderen in Beklemregt⁵⁵ duidelijk dat het recht van beklemming ook zonder een dergelijke afspraak onopzegbaar was.⁵⁶ Parallel daaraan kreeg de gebruiker van de grond de bevoegdheid om de grond te bebouwen, haar door een gebouw te beklemmen, ook als de eigenaar dat niet wilde. Toen eenmaal duidelijk was dat het beklemrecht onopzegbaar was, lag het voor de hand de gebruiker van de grond, de gerechtigde, de beklemde meier⁵⁷, deze bevoegdheid te geven. Het was niet langer noodzakelijk toestemming (consent) aan de eigenaar te vragen de grond te bebouwen.⁵⁸

De bevoegdheden van de beklemde meier werden steeds minder bepaald door de contractuele verhouding tussen de beklemde meier en de eigenaar. Hij had een eigen zakelijk recht⁵⁹ dat hij met hypotheek kon bezwaren, overdragen aan een derde en dat bij de dood van de meier overging op zijn erfgenamen. De positie van de meier was steeds meer op eigendom gaan lijken.⁶⁰ Als vereiste voor erfopvolging gold dat de beide ouders

55 Voor de tekst van het oordeel (onder andere aan Tammo Sijkens opgedragen) H.O. Feith, *Het Groninger beklemregt, of verzameling van staats-resoluties*, Groningen 1837, II, p. 3 e.v.

56 J.J. Cremers, *Het proces Abel Derks' kinderen in Beklemregt*, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (XVI) 1866*, p. 45 e.v. Sindsdien waren er vaste (onopzegbare) beklemmingen en beklemmingen die om de zes jaar opzegbaar zijn, omdat dat in de beklembriefven zo was afgesproken. De laatste zijn intussen hoogstwaarschijnlijk uitgestorven.

57 J.P. Wortelboer (*Het springlevende, afgeschafte recht van beklemming*, in: *Historische Groninger rechtszaken, bundel ter gelegenheid van het 250-jarig bestaan van het Groningsch Juridisch Genootschap Pro Excolendo Iure Patrio 1761-2011*, Bedum 2011, p. 99 e.v.) merkt op p. 100 op dat het duidelijker zou zijn te spreken van een beklemmende meier.

58 Een anonieme auteur beantwoordt de vraag: Kan een vastbeklemde meier door den eigenaar genoodzaakt worden, hetgeen hij, buiten diens toestemming, gebouwd of getimmerd heeft, dadelijk af te breken?, dan ook met een stellig nee, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (VII) 1851*, p. 112 e.v.

59 A. Oudeman nam een minderheidsstandpunt in, hij ontkende het zakelijke karakter van het beklemrecht, het liet zich volgens hem niet zozeer vergelijken met zakelijke rechten als erfpacht of vruchtgebruik, maar was een variant van huur. Een beklemde meier kan daarom volgens Oudeman geen bezitsbeschermende vorderingen toe: Kan een vastbeklemde meier eene possessoire vordering instellen? in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (VI) 1850*, p. 281-288. Volgens de heersende leer bijvoorbeeld C.H. Gockinga, *Brieven over het regt van beklemming gerigt aan Mr. C.J. van Assen*, Amsterdam 1861, p. 45 en met veel rechtspraak De Blécourt, *Beklemrecht en Stadsmeierrecht*, p. 262 e.v.

60 W.C.J. Robert merkte op dat tot 1935 de meier als juridische eigenaar werd ingeschreven op het kadaster. Beklemd zijn; een historische rechtsfiguur anno 1977, in: *Ars Aequi 1977*, p. 10 e.v., p. 14. Het waren daarom de erfgenamen van de meier en niet die van de juridische eigenaar die de erfenis van beklemd land voor de successiebelasting dienden aan te geven. S.M.S. Modderman verklaarde het

als 'meierlieden' waren ingeboekt bij de eigenaar van de grond. Wanneer een van de ouders niet was ingeschreven, waren de kinderen onbevoegd het beklemrecht te erven. Gold de regel ook voor de kinderen van de meier die weduwnaar was geworden, hertrouwde, en zijn tweede vrouw niet had laten inboeken? Oudeman legde uit dat slechts de kinderen van de aangehuwde niet ingeboekte meierse uitgesloten waren het beklemrecht te erven. De kinderen van de ingeboekte weduwnaar konden erven, ook wanneer een tweede echtgenoot niet was ingeboekt.⁶¹ H. Piccardt wijdde in het eerste nummer van de *Opmerkingen en Mededeelingen* een bijdrage aan de vraag wat het rechtsgevolg was van de voor vererving vereiste inboeking. Wordt de ingeboekte medegerechtigde tot het recht van beklemming? Dat zou inboeking voor degene die buiten gemeenschap met een meier(se) wil leven onmogelijk maken, én het nadelige gevolg hebben dat eventuele kinderen niet opvolgen in het beklemrecht. Inboeking had daarom voor een met een meier(se) buiten gemeenschap samenlevende echtgenoot geen rechtsgevolg.⁶² Bij vererving, overdracht of huwelijk was de meier een bijzondere vergoeding verschuldigd. Zij heette het geschenk en bedroeg doorgaans één of tweemaal de jaarlijkse huur. Wanneer ouders het beklemrecht overdroegen aan een gehuwd kind, was twee maal geschenk verschuldigd: één keer voor inboeking van het kind en één keer voor inboeking van het aangehuwde kind.⁶³

Beklemrecht en vermenging

In de *Opmerkingen en Mededeelingen* woedde ten slotte een leerstellige discussie over de goederenrechtelijke gevolgen van vereniging van eigendom en beklemrecht in één hand voor een door de meier gevestigd hypotheekrecht. Gaat het door de meier gevestigde hypotheekrecht teniet, omdat het beklemrecht door vermenging tenietgaat, of dient de

ten onrechte aan hem als erfgenaam van de eigendom van in beklemming gegeven landerijen gedane verzoek tot aangifte uit 'de zucht der administratie om langs dezen weg bekend te worden met het vermogen en de bezittingen van Groningens ingezetenen, waarvan de eigendommen, gelijk gekend is, veelal een niet onbelangrijk gedeelte uitmaken.'(p. 86) Is men verplicht in de memorie van successie betrekkelijk boedels, geërfd wordende in de rechte lijn, op te geven de eigendommen van in beklemming gegevene landerijen, met andere woorden: kunnen eigendommen van in beklemming gegevene landerijen in de zin der Successiewet gezegd worden te zijn onroerende goederen, aan de erfgenamen aangekomen? in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (XI) 1857*, p. 81 e.v.

61 A. Oudeman, Wanneer een meier zijne tweede vrouw niet laat inboeken vervalt dan hierdoor het regt der kinderen uit zijn vorig huwelijk op de beklemming?, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (XIV) 1861*, p. 57 e.v.

62 H. Piccardt, Ongemeenschap van goederen belet niet de inboeking der vrouw, die op de plaats is komen te trouwen, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (I) 1845*, p. 203 e.v.

63 Moet, volgens beklemregt, in geval van overdracht der belemming van ouders op gehuwde kinderen, voor de inboeking van het aangehuwde kind een afzonderlijk geschenk betaald worden?, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (XI) 1855*, p. 212 e.v.

werking van de vermenging ten opzichte van de hypotheekhouder gerelativeerd te worden zodat zijn hypotheek blijft bestaan? Er verschenen in de *Opmerkingen en Mededeelingen* uitvoerige opstellen over deze vraag van J.J. Cremers, S.M.S. Modderman en zijn halfbroer, de Groningse hoogleraar in het Romeinse recht, W. Modderman (1838-1882).⁶⁴ In die opstellen kwam niet alleen het Nederlandse recht aan de orde, maar werd uitgebreid aandacht geschonken aan het Franse en het Romeinse recht. Cremers en W. Modderman stelden zich op het standpunt dat het beklemrecht bleef bestaan om te voorkomen dat het hypotheekrecht sneuvelde. Het beklemrecht overleefde in relatie tot de hypotheekhouder. S.M.S. Modderman keerde zich tegen deze opvatting, volgens hem ging het beklemrecht door vermenging teniet en daarmee ook de erop rustende hypotheek.

Het zijn vooral deze artikelen die relevant zijn gebleven. Niet omdat zij gaan over het langzaam uitstervende beklemrecht, maar omdat zij de tijdloze goederenrechtelijke dogmatische vraag behandelen wat het gevolg is van vermenging voor door de beperkte gerechtigde gevestigde beperkte rechten. De wetgever heeft in 1992 in artikel 3:81 lid 3 BW gekozen voor de door Cremers en W. Modderman gehuldigde opvatting. Ook de opvatting van S.M.S. Modderman is terug te vinden in het huidige wetboek. Zij ligt ten grondslag aan artikel 5:83 BW.⁶⁵

De verkoop van andermans zaak is nietig. Artikel 1507 OBW

Het BW van 1838 was, zoals Diephuis had geconstateerd (zie boven), grotendeels een vertaling van de Cc. Soms had de Franse wetgever in de Code bewust gebroken met de Romeinsrechtelijke traditie. Dat gold bijvoorbeeld voor de eigendomsoverdracht. Eigendom ging over 'par l'effet des obligations, enkel door wilsovereenstemming van partijen (artikel 711 Cc en artikel 1138 Cc). Dit algemene beginsel werd voor de koop uitgewerkt in artikel 1583 Cc:

64 Aanleiding van de discussie was het anonieme Gaat de hypotheek op eene beklemming gevestigd te niet wanneer dat beklemrecht met den eigendom verenigd wordt? in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt*, (XIII) 1860, p. 28 e.v. S.M.S. Modderman, Gaat de hypotheek op eene beklemming gevestigd te niet wanneer dat beklemrecht met den eigendom verenigd wordt? in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt*, (XIII) 1860, p. 269 e.v. J.J. Cremers, Hypotheek op beklemmingen. Antwoord op D. XIII blz. 268, in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt*, (XIV) 1862, p. 129 e.v. W. Modderman, De leer der vermenging (confusio) bij zakelijke rechten en verbindtenissen, volgens Romeinsch en hedendaagsch regt, in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt*, (XVII) 1867, p. 81 e.v. Oudeman vermeldde in zijn verzameling uitspraken over het beklemrecht op p. 11-13 een uitspraak van het Provinciaal Gerechtshof Groningen van 22 februari 1853 waar het hof oordeelde dat de vermenging van eigendom en beklemrecht niet het einde betekent van de hypotheek op het beklemrecht.

65 Zie uitvoerig hierover J.E. Jansen, Konfusion über die Konfusion. Over de onnodige relativering van goederenrechtelijke bevoegdheden in artikel 3:81 lid 3, in: *GROM* (XXIV) 2007, p. 73 e.v.

Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. [De koop] is tussen partijen voltrokken, en de koper verkrijgt van rechtswege de eigendom ten aanzien van de verkoper, zodra er overeenkomst is omtrent de zaak en de prijs, hoewel de zaak nog niet geleverd en de prijs nog niet betaald is. (Vertaling ontleend aan het Belgisch BW)

Als uitvloeisel van artikel 1583 Cc bepaalde de Franse wetgever in art. 1599 het volgende:

La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. De verkoop van eens anders zaak is nietig; hij kan grond tot schadevergoeding opleveren, wanneer de koper niet geweten heeft dat de zaak aan een ander toebehoorde. (Vertaling ontleend aan het Belgisch BW)

De vraag rijst waarom de Franse wetgever de koop van de zaak van een ander nietig achtte. De redenering ging als volgt. De koop moet strekken tot eigendomsoverdracht. Eigendom gaat over op de koper, als de verkoper eigenaar is. Een verkoop door een niet-eigenaar mist daarom zijn doel en dient om die reden als uitwerking van het beginsel dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft, nietig te zijn. De grondslag van de nietigheid schuilt dus in de feitelijke onmogelijkheid om de eigendom over te dragen. Franse schrijvers zagen de afwijkende Romeinsrechtelijke regeling als in strijd met de ware aard van de koopovereenkomst en de bedoeling van contractspartijen, een subtiliteit van het Romeinse recht, om die reden spitsvondig en zelfs bespottelijk.⁶⁶

De Nederlandse wetgever was in het BW van 1838 ten aanzien van de eigendomsoverdracht teruggedraaid tot de ware beginselen van het Romeinse recht. Levering vormde een constitutief vereiste voor de eigendomsoverdracht. De wetgever nam daarom artikel 1583 Cc niet over. Artikel 1495 OBW bepaalde dat de eigendom van een verkochte goed niet overging op de koper dan nadat de levering was geschied. Het feit dat de verkoper geen eigenaar was en dus geen eigendom aan de koper kon overdragen, maakte de koopovereenkomst niet nietig. Het was voor de verkoper immers niet absoluut onmogelijk om zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst na te komen. Door verjaring kon de koper alsnog eigendom verkrijgen. Het uitgangspunt in het Nederlandse BW van 1838 had dat van het Romeinse recht moeten zijn: de verkoop van andermans zaak is geldig. De meest in het oog springende tekst uit de Digesten, D. 18,1,28, bepaalde dan ook:

⁶⁶ M. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code (De la vente)*, édition augmentée, Brussel 1844, article 1599 (p. 127-128); C.Aubry-C. Rau, *Cours de droit civil français*, Parijs 1856, p. 245 (noot 35).

Het lijkt geen enkele twijfel dat iemand de zaak van een ander kan verkopen. Er was namelijk wel sprake van een koop en verkoop, maar de zaak kan aan de koper ontnomen worden.⁶⁷

De Nederlandse wetgever nam echter in strijd met deze Digestentekst artikel 1599 Cc als artikel 1507 op in het wetboek.

Koop en verkoop van eens anders goed is nietig, en kan tegen den verkoper grond opleveren tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien de koper niet geweten heeft dat de zaak aan een ander toebehoorde.

Artikel 1507 OBW groeide uit tot een van de grootste stenen des aanstoots onder 'ons' oude BW.⁶⁸ De ergernis over deze bepaling gaf de Utrechtse hoogleraar in het Romeinse recht, J.C. Naber (1858-1950), een paar beruchte zinnen in de pen:

'Het op zijde schuiven van onbruikbare wetsartikelen door den rechter is enkel een kwestie van tijd, geen voorwerp van goed- of afkeuring. Zelfs Windscheid vermant zich daartoe wel eens (...). Art. 11 der AB is een schoon artikel, doch de feiten leeren anders.'⁶⁹

Een van de eerste openlijke criticasters van artikel 1599 Cc en artikel 1507 OBW was Van Boneval Faure in de *Opmerkingen en Mededeelingen*. Hij betoogde dat de Nederlandse wetgever 'verkeerdelijk' artikel 1507 had overgenomen uit de Code civil en dat artikel 1599 bovendien al niet in het systeem van het Franse wetboek paste. Bij de verplichting tot vrijwaring, die artikel 1603 Cc (artikel 1510 OBW) de verkoper oplegt, kwam de dogmatische onmogelijkheid van artikel 1599 Cc (artikel 1507 OBW) in het Franse (en Nederlandse) recht het scherpst naar voren: hoe kan een dergelijke verplichting tot vrijwaring ontstaan, als het contract nietig is? De onjuistheid van artikel 1599 Cc (artikel 1507 OBW) bleek naar de mening van Van Boneval Faure echter eveneens uit de onverenigbaarheid van deze bepaling met de regeling van de verkrijgende verjaring van onroerend goed in artikel 2239 Cc (artikel 1998 OBW). De door de wet nietig verklaarde overeenkomst vormde volgens het laatstgenoemde artikel de *juste titre* (de geldige titel) voor de verkrijging door verjaring door hem, die krachtens een koop en verkoop in het bezit van de onroerende zaak van een ander was gesteld, hetgeen logisch uiteraard onvoorstelbaar is. De Franse wetgever en in navolging van hem de Nederlandse hadden de

67 Res alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest. Zie eveneens D. 19,1,30,1.

68 Zie uitvoerig: C.J.H. Jansen, De koop en verkoop van eens anders goed; enige opmerkingen over art. 1507 OBW, in: GROM (XV) 1998, p. 37 e.v.

69 J.C. Naber, [Bespr. van:] M. Polak, De verplichting van den verkoper tot eigendoms-verschaffing, in: Rechtsgeleerd Magazijn 1893, p. 609.

opvatting uit het Romeinse recht beter moeten doorgronden. De verkoper was volgens de Romeinse juristen slechts verplicht te leveren (*emptori habere licere*), niet gehouden de eigendom over te dragen (*dominium praestare*). De koper werd door de levering van het ongestoorde bezit ook eigenaar, als de verkoper de eigendom van de zaak had. Mocht de verkoper die niet hebben, dan kon de koper de eigendom alsnog, zoals gezegd, verwerven door verkrijgende verjaring.⁷⁰ Van Boneval Faure meende dat artikel 1507 OBW tot gevolgen leidde, die noch aan de wil van de handelende partijen beantwoordden, noch werden gevorderd door de publieke orde. Naar zijn mening verklaarde art. 1507 de verkoop van andermans zaak dus ten onrechte nietig. De uitleggers van het wetboek probeerden 'zwarigheden' als verknoopt met artikel 1507 OBW te overwinnen door gronden van billijkheid en andere buiten de wet gelegen factoren aan te voeren. Of hij daarmee de koop en verkoop van andermans zaak geldig achtte, liet hij in het midden.⁷¹ Over het lot van artikel 1507 OBW kunnen wij kort zijn. Het artikel heeft het huidige wetboek uiteraard niet gehaald.

De actiën van de legataris

Een ander voorbeeld van de soms verwarrende vermenging van Frans recht en Romeins recht in het wetboek van 1838 lag op erfrechtelijk terrein. Het betrof de vraag wat precies de actie van de legataris was aan wie de erfgenamen een gelegateerde zaak weigerden af te geven. Kon hij die zaak als eigenaar onder de erfgenamen revindiceren, of diende hij de erfgenamen tot uitvoering van het legaat aan te spreken? Had de legataris, anders gezegd, een zakelijk of een persoonlijk recht? Die vraag was naar Frans recht gemakkelijk te beantwoorden. Met het ontstaan van een translatieve verbintenis ging de eigendom over. De legataris verwierf daarom de eigendom van de aan hem gelegateerde zaak en kon haar onder de erfgenamen revindiceren. De wetgever was in 1838 van deze Franse regel afgestapt. Hij was teruggekeerd naar 'de beginselen van het Romeinsche regt' die levering eisten.⁷² Gold dit uitgangspunt ook voor de gelegateerde zaak? Hier was een oplossing niet gemakkelijk te geven door te wijzen op 'de beginselen van het Romeinsche regt'. Het Romeinse recht kende namelijk zowel legaten die de legataris een vorderingsrecht tegen

70 Vgl. D. 19,1,11,2, D. 19,4,1,pr. en de al genoemde tekst D. 19,1,30,1. Vgl. ook D. 45,1,38.

71 R. van Boneval Faure, Over de nietigheid van koop en verkoop van eens anders goed. Art. 1507 Burg. Wetb., in: Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt (V) 1849, p. 72 e.v. C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek, verklaard, zevende deel, tweede druk, Den Haag 1891, p. 58 beschouwde de koop en verkoop van een anders zaak bijv. als geldig. Diephuis (Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, elfde deel, Groningen 1888, p. 182) ging echter uit van absolute nietigheid, ook al was de 'verplichting tot vrijwaring (...) zeker moeilijk overeen te brengen met eene volkomen nietigheid van den verkoop die haar te weeg brengt' (p. 184).

72 C. Asser, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon, Den Haag-Amsterdam 1838, p. 261.

de erfgenamen gaven (damnatielegaten) als legaten die de legataris de eigendom van de gelegateerde zaak gaven (vindicatielegaten). De wetgever omschreef in artikel 1004 OBW een legaat als volgt:

Een legaat is een bijzondere beschikking, waarbij de erflater aan een of meer personen zekere bepaalde goederen geeft, of wel alle zijne goederen van eene zekere soort; als bij voorbeeld alle zijne roerende goederen of onroerende goederen, of het vruchtgebruik van alle of van een gedeelte zijner goederen.

In de literatuur van kort na de invoering van het wetboek was aangenomen dat een legaat de legataris een vorderingsrecht gaf tegen de erfgenamen.⁷³ Daarmee stemde overeen artikel 1006 OBW dat de legataris verplichtte afgifte van de gelegateerde zaak te vragen aan de erfgenamen. Deze bepaling zou overbodig zijn als de legataris eigenaar was van de aan hem gelegateerde zaak: hij kon haar dan eenvoudig revindiceren. De erfgenamen dienden de gelegateerde zaak aan de legataris te leveren, pas daardoor verkreeg de legataris de eigendom van de zaak.⁷⁴ Deze uitleg van artikel 1004 OBW paste in het systeem van de wet dat voor eigendomsoverdracht immers levering eiste.⁷⁵ De jonggestorven Bredase advocaat G.A. Kleyn (1831-1867)⁷⁶ liet in de *Opmerkingen en Mededeelingen* een tegengeluid horen.⁷⁷ Hij wees er op dat onder het oud Hollandse recht de legataris eigenaar werd van de hem gelegateerde zaak. Ook het Franse recht kende en kent de legataris de eigendom toe van de gelegateerde zaak in artikel 1014 Cc. Hij merkte verder op dat het Romeinse recht legaten kende die de legataris de eigendom brachten. Kleyn vestigde er verder nog de aandacht op dat ook het Franse recht een bepaling kende als die van 1006 OBW: deze bepaling kon daarom niet bewijzen dat de legataris slechts een vorderingsrecht had, de legataris was naar Frans recht immers eigenaar.⁷⁸ Juist omdat

73 Zie bijvoorbeeld C.J. van Assen, Leiddraad voor het collegie over het Burgerlijk Wetboek, eerste stuk, Leiden 1843, § 241, p. 266. A.A. de Pinto, Handleiding tot het burgerlijk wetboek, II, Aantekeningen, tweede druk Den Haag 1840, § 527, p. 267. G. Pliester, Aantekeningen op de Nederlandsche burgerlijke wetgeving, Arnhem 1840, p. 50-51.

74 G. Diephuis, Het Nederlandsch burgerlijk Regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, vierde deel Groningen 1847, p. 631.

75 C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek, Vierde deel, tweede druk, Amsterdam 1879, p. 325-329.

76 Een levensbericht van G.A. Kleyn van de hand van A.A. van Heusden is te vinden in Jaarboek van de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde 1803-1900, Leiden 1868, p. 113 e.v.

77 Over de actiën van de legataris, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*, betreffende het Nederlandsch Regt (IV) 1848, p. 195 e.v.

78 Kleyn, Over de actiën van de legataris, p. 195 e.v., p. 209-212. De Franse bepaling die Kleyn noemde, is art. 1014 Cc lid 2. Kleyn wees er verder op dat de erfgenamen naar Romeins recht het bezit van de legataris in een bijzondere bezitsprocedure konden terugvragen wanneer deze de zaken zonder hun toestemming had geoccupeerd. Deze bescherming diende volgens hem hetzelfde doel als artikel 1006 OBW: het voorkomen van eigenrichting. Kleyn merkte nog op dat in de notariële praktijk wel geleerd werd dat de legataris de eigendom van een gelegateerde onroerende zaak ook zonder inschrijving

de wetgever nergens duidelijk stelde af te wijken van het Franse stelsel, het oud vaderlandse recht en het Romeinse recht voor wat betreft vindicatielegaten, nam Kleyn aan dat het Nederlandse recht eenzelfde stelsel kende.⁷⁹ De Hoge Raad oordeelde in 1861 en in 1881 in gelijke zin.⁸⁰

De beslissingen van de Hoge Raad en de opvatting van Kleyn werden fel bekritiseerd. De eerder genoemde Goudsmit somde in een artikel in *Themis* de nadelige gevolgen op van de uitleg die Kleyn en de Hoge Raad aan artikel 1004 OBW gaven: het leveringsbeginsel werd opzij gezet steeds wanneer een zaak gelegateerd werd. De rechtszekerheid, die de openbare registers trachten te vergroten, werd aangetast steeds wanneer een registergoed krachtens legaat werd verkregen.⁸¹ De meeste schrijvers volgden Goudsmit⁸², sommigen verdedigden de beslissing van de Hoge Raad.⁸³ Als gevolg daarvan bestond in de praktijk onduidelijkheid over wat precies te doen bij de afwikkeling van een legaat.⁸⁴ De Hoge

verkrijgt, in deze zin bijvoorbeeld J.J. Loke, *Handboek voor notarissen naar de Nederlandsche wetgeving*, Breda 1846, p. 724.

- 79 Kleyn, *Over de actiën van de legataris*, p. 195 e.v., p. 211. C.W. Opzoomer merkte over dit 'negatieve bewijs' het volgende op (*Het Burgerlijk Wetboek*, Vierde deel, tweede druk, Amsterdam 1879, p. 329): 'Er is, zegt men, geen artikel, dat haar stellig in den weg staat. Ik vraag: maar waar is het artikel, dat haar stellig verleent? De rechtsgeleerde moet doen, zooals Luther, niet zooals Zwingli deed, zoodikwijls er geschil was over het al of niet aanhouden van een bestaand kerkelijk gebruik. Zwingli vroeg: welke tekst is er tegen? Luther vroeg: welke tekst is er voor?'
- 80 HR 18 april 1861, W. 2268 en HR 4 maart 1881, W. 4622.
- 81 Over het regt en de actie van den legataris in de Nederlandsche wetgeving, ter bestrijding van een arrest van den Hoogen Raad, in: *Themis* 1861, p. 363 e.v. Het artikel van Goudsmit werd als afzonderlijk boekje gedrukt, *Over het regt en de actie van den legataris volgens de Nederlandsche wetgeving*, Den Haag 1861. Kleyn vond in de publicaties van Goudsmit gelegenheid zijn standpunt in boekvorm te herhalen, Nog een woord over de actie van den legataris, Breda 1864.
- 82 Vgl. naast de hierboven genoemde Opzoomer en latere drukken van Diephuis bijvoorbeeld F.B. Coninck Liefsting, *Mededeeling betreffende de regstvordering van den legataris*, in: *Themis* 1864, p. 1 e.v. Hij noemde de kwestie sinds het opstel van Goudsmit een 'uitgemaakte zaak.' G.A. Kleyn merkte over het artikel van Goudsmit op: 'Welligt is er nooit aan eenig boek of geschrift in ons vaderland zulk een algemeene, naar het schijnt, bijna onverdeelde bijval geschonken, als die te beurt viel aan het kleine opstel van den Hoogleraar Mr. J.E. Goudsmit (...)' Nog een woord over de actie van den legataris, Breda 1864, p. 1. Zie ook met verwijzingen J. Pel, *De actie van den legataris*, Leiden 1886, p. 16.
- 83 Zie bijvoorbeeld W. Modderman, *Het eigendomsregt van den legataris*, volgens de Nederlandsche wetgeving gehandhaafd tegen mr J.E. Goudsmit, in: *Themis* 1864, p. 201 e.v., dezelfde in hetzelfde tijdschrift, Nog een woord over de regstvordering van den legataris, p. 337 e.v. Zie ook A.J. Sandberg, *De quaestie over het persoonlijke of zakelijke regt van den legataris*, in: *Themis* 1864, p. 346 e.v. F.A.R.A. baron van Ittersum, *Welke is het regt van den legataris bij den dood des erflaters?* in: *De Notariële Nieuwsbode* 1864, p. 132 e.v., M.S. Pols, *De openbaarheid des eigendoms en der zakelijke regten*, Leiden 1854, p. 84. Zie ook met verwijzingen Pel, *De actie van den legataris*, p. 22.
- 84 Zie R. van Meerlant, *Eigendomsovergang van gelegateerde goederen*, in: *Weekblad van het Regt* (1259) 1851: 'Ik heb, bij mijne werkzaamheden in het notariaat gedurende bijna 23 jaren, evenzeer het beginsel zien aannemen, dat de legataris eerst dan in den eigendom kwam, wanneer het goed aan hem door de erfgenamen was geleverd, als den regel zien volgen, dat hij terstond na doode van den erflater, onafhankelijk van de afgifte door de erfgenamen, eigenaar van het gelegateerde goed was.' Recenter bijvoorbeeld A-G Ten Kate in zijn conclusie voor HR 16 dec. 1977, *NJ* 1978, 616: 'Aangezien geen zekerheid bestaat in hoeverre in de praktijk naar de genoemde arresten uit 1861 en 1881 is gehandeld en in

Raad maakte pas in 1978, bijna honderd jaar later, een einde aan de Franse uitleg van artikel 1004 BW. Hij ging om en stelde, anticiperend op het nieuw BW, dat een legaat een vordering in het leven roept van de legataris op de erfgenamen.⁸⁵ Tegenwoordig vinden we deze regel terug in artikel 4:117 lid 1 BW.⁸⁶

De levering van onroerende zaken

In het tweede deel van de *Opmerkingen en Mededeelingen* schrijft de hierboven meermaals genoemde J.J. Cremers een uitvoerige bijdrage over de precieze verplichtingen van de verkoper van een onroerende zaak.⁸⁷ Het wetboek gaf twee bepalingen over de door hem te verrichten levering. Artikel 671 OBW bepaalde:

De levering of opdracht van onroerende zaken geschiedt door de overschrijving van de akte in de daartoe bestemde registers.

Daarnaast noemde artikel 1511 OBW onder 'de verplichtingen der verkooper' de levering:

De levering is eene overdracht van het verkochte goed in de magt en het bezit van den koper.

Onduidelijk was hoe deze twee bepalingen zich tot elkaar verhielden. Had de verkoper die de inschrijving in de registers had verricht zich daarmee ook gekweten van de verplichting de zaak 'in de magt en het bezit van den koper te stellen'? Cremers betoogde van niet. Hij benadrukte dat de levering twee doelen diende: enerzijds kweet de verkoper zich van zijn contractuele plicht het bezit te verschaffen, anderzijds stelde de levering 'een voor derden zichtbaar en hen waarschuwend teken van verrigten eigendomsovergang daar'. Naar Romeins recht gingen deze twee functies van de levering samen. In latere tijden vielen zij voor wat betreft onroerende zaken in twee delen uiteen. Cremers gaf een opsomming van allerlei regelingen die naast bezitsverschaffing publiciteitseisen stelden. Een paar voorbeelden. Volgens de *Lex Ribuarica* moest de koper de koopprijs betalen, de verkoper het bezit verschaffen en diende de koper twaalf kinderen oorvijgen te geven en aan hun oorlellen te trekken, opdat zij in de toekomst van de overdracht konden getuigen.⁸⁸ Het

hoeveel gevallen de op die grond aangenomen rechtsovergang ingevolge legaat bij een omgaan van Uw Raad alsnog niet tot stand zal blijken te zijn gekomen, acht ik overigens de vraag, of Uw Raad in afwachting van Boek 4 NBW nog op deze rechtspraak zal terugkomen.'

85 HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374 (Peters/Verhoeven).

86 Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarbij de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent.

87 J.J. Cremers, Over de levering, waartoe de verkooper verplicht is, in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt (II)* 1846, p. 225 e.v.

88 Dit voorbeeld gaf hij in een tweede opstel dat hij aan deze materie wijdde, Nog iets over de verplichting van den verkooper van onroerende goed tot levering van bezit, in: *Opmerkingen en Mededeelingen*

Ommelander Landregt eiste niet alleen 'overlevering van het gekochte goed selvest', maar ook een overdracht met zegel en brieven. Volgens Hugo de Groot bestond de levering niet alleen uit inleyding in het bezit, maar diende zij eveneens te geschieden ten overstaan van het gerigt der plaetse waeronder 't goedt is gelegen. De overdracht ten overstaan van de rechter waarin de onroerende zaak ligt, werd wel genoemd *traditio coram iudice loci* of *traditio solennis*. Zo kon de Romeinsrechtelijke regel *traditionibus dominia rerum transferuntur* blijven gelden.⁸⁹ Die *traditio* bestond evenwel uit twee verschillende verplichtingen: de verkoper diende de onroerende zaak in eigendom over te dragen door de akte in te doen schrijven én hij diende het bezit van de onroerende zaak aan de koper te verschaffen door hem bijvoorbeeld de sleutels van zijn huis te geven. Het tweezijdige karakter van de verplichtingen van de verkoper kwam overeen met het verschillend karakter van eigendom en bezit. Eigendom is een recht, bezit een feit.⁹⁰ Cremers stelde dat de enkele inschrijving van een koopakte in de registers onvoldoende was om aan te nemen dat de koper bezitter is geworden:

Eigendom is een regt en niets meer, bezit is eene daad; zonder het feit van te bezitten, is er geen bezit. De wet legt de verpligting op, om dit feitelijk bezit te leveren: indien nu de koper, die zijn huis gewelddadig gesloten vindt, kon worden verwezen naar de overbrenging en overschrijving van een stuk papier aan een kantoor van hypotheek; indien de verkooper hem kon antwoorden, dat hij door die overschrijving het gesloten huis in zijn bezit en in zijne magt heeft gekregen; en indien hij zich daarmede, zonder meer, moest tevreden stellen, dan zoude de wet zich zelve verkrachten. Niet het regt, om het gekochte onder zijne magt te brengen, de magt, het bezit zelve moeten hem worden geleverd.⁹¹

Een paar maanden na de verschijning van de tweede aflevering van de *Opmerkingen en Mededeelingen*, op 12 mei 1846, oordeelde de Leidse rechtbank in de door Cremers gesuggereerde zin.⁹² Het ging in deze zaak om de koop van een huis waar de levering conform art. 671 BW was verricht. Toen de koper het huis wilde betrekken, trof hij echter een derde aan die weigerde te vertrekken, stellende dat hij huurder van de zaak was. De koper dagvaardde de verkoper om deze tot levering op grond van art. 1511 BW te

betreffende het Nederlandsch Regt (III) 1847, p. 226 e.v., p. 246-247. Lex Ribuarica, tit. 60 (62) (...) et sic eis praesentibus praetium tradat, et possessionem accipiat, et unicuique de parvulis alapas donet et torqueat auriculas, ut ei in posterum testimonium praebeant.' Zie over de Lex Ribuarica bijvoorbeeld L. Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher: zunächst des Sachsenspiegels, Leipzig 1860, i.h.b. p. 78.

89 CJ 2,3,20. J.J. Cremers, Over de levering, waartoe de verkooper verpligt is, in: *Opmerkingen en Mededeelingen, betreffende het Nederlandsch Regt* (II) 1846, p. 225 e.v., p. 234-235.

90 Cremers, Over de levering, waartoe de verkooper verpligt is, p. 225 e.v., p. 227 noot 1.

91 Cremers, Over de levering, waartoe de verkooper verpligt is, p. 225 e.v., p. 238.

92 Rechtbank Leiden 12 mei 1846, W. 740. De tekst van het vonnis is afgedrukt in *Themis* 1846, p. 372-376. Over dit vonnis en de discussie die erop losbrandde in *Themis* en de *Opmerkingen en Mededeelingen* zie F. Brandsma, Enige mededeelingen over de verkrijgende verjaring van onroerend goed en de overschrijving, in: *GROM* (VI) 1989, p. 1 e.v., p. 23.

verplichten. De rechtbank gaf de koper gelijk:

'O. dat, volgens art. 1511 BW, de levering is eene overdragt van het gekochte goed in de magt en het bezit van den koper; dat daaronder niets anders kan worden verstaan, dan de verplichting om den koper de heerschappij over de verkochte zaak te verschaffen, en alzoo niet enkel het recht van eigendom, maar ook het feitelijke bezit van de zaak; dat, door de enkele overschrijving van de koopacte, dit gevolg niet kan plaats hebben.'

De advocaat van de verkoper, N. Olivier (1808-1869), ging in *Themis* lijnrecht in tegen de opvatting van Cremers en het vonnis van de rechtbank.⁹³ Goudsmit, toen nog advocaat in Leiden, hij zou er pas later hoogleraar Romeins recht worden, bestreed de opvatting van Olivier in hetzelfde *Themis*.⁹⁴ Zijn argumenten waren dezelfde als die van Cremers: hij verwees net als Cremers naar Hugo de Groot, stelde dat de enkele inschrijving in de registers onvoldoende was om het goeddeels feitelijke bezit te verschaffen en legde uit dat de levering van onroerende zaken anders dan in het Romeinse recht een dubbele betekenis had gekregen: naast de contractueel vereiste bezitsverschaffing, diende inschrijving in de registers de publiciteit. Om aan de regel *traditionibus dominium transferuntur* te kunnen blijven voldoen, worden deze twee handelingen onder de noemer van het ene woord *traditio* gebracht.⁹⁵ Olivier hield in een tweede opstel in *Themis* vast aan zijn opvatting.⁹⁶ Cremers voelde zich door dat opstel onheus bejegend, en reageerde in de *Opmerkingen en Mededeelingen* met een opstel waarin ook hij zijn standpunt nog eens formuleerde.⁹⁷

In het huidige recht is het standpunt van Olivier de heersende leer. Het bezit van onroerende zaken wordt verschaft, doordat de notaris de transportakte inschrijft.⁹⁸ Toch is het standpunt van Cremers en Goudsmit niet helemaal verdwenen. De Hoge Raad oordeelde recent dat de koper van een stuk grond dat hij voorafgaande aan de uitgestelde en uiteindelijk niet verrichte levering van de verkoper in gebruik mocht nemen, bezitter was geworden en daarom kon verjaren. De Hoge Raad kon niet oordelen dat de verkoper

93 N. Olivier, Over de verpligting van den verkooper van onroerend goed tot levering, in: *Themis* 1846, p. 348 e.v.

94 J.E. Goudsmit, Over den verpligting tot levering van den verkooper van onroerende goederen, naar aanleiding van een opstel van mr. N. Olivier, in: *Themis* 1846, p. 497 e.v. Zie ook contra de opvatting van Olivier Van Gorkum, Over de verplichtingen van den verkooper van onroerend goed, in: *Themis* 1847, p. 20 e.v.

95 Goudsmit, Over den verpligting tot levering van den verkooper, in: *Themis* 1846, p. 497 e.v.; De Groot, p. 516, *traditio*, p. 516-517, bezit, p. 503.

96 N. Olivier, Nog iets over de levering bij verkoop van onroerend goed, in: *Themis* 1847, p. 33 e.v.

97 Cremers, Nog iets over de verpligting van den verkooper van onroerend goed tot levering van bezit, p. 226 e.v., p. 234 noot 1: 'Het valt moeilijk om zich stilzwijgend ongerijmde tegenstrijdigheden te laten aanwrijven.'

98 Vgl. bijvoorbeeld Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam-Ploeger, *Goederenrecht*, zestiende druk, Zwolle 2006, nr 147 en Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, *Goederenrecht*, twaalfde druk, Deventer 2006, nr 364.

het bezit aan de koper had verschaft. De daarvoor noodzakelijke levering was immers niet verricht. Hij overwoog dat de verkoper de koper in staat had gesteld de grond in bezit te nemen.⁹⁹ Het is wat merkwaardig bezitsverkrijging door inbezitneming aan te nemen, wanneer de koper de zaak met toestemming van de verkoper in gebruik neemt. De toestemming van de vervreemder wijst in de richting van *bezitsverschaffing*. Goudsmit verwees in zijn artikel naar een constitutie van keizer Aleander Severus (222-234) waaruit dit volgde. Die constitutie lijkt in dit verband niet alleen van belang omdat zij het onderscheid tussen bezitsverschaffing en inbezitneming verduidelijkt, maar ook omdat zij de levering van onroerende zaken betreft. De levering van onroerende zaken geschiedde naar Romeins recht door bezitsverschaffing. Steeds vaker werd ten bewijze van een eigendomsoverdracht een akte van de levering opgemaakt. Een zekere Gaurus had een stuk land betrokken, maar er was geen akte van levering opgemaakt. Had hij het bezit van de grond wel verkregen? De keizer stelde Gaurus gerust:

Hij is verkeerd ingelicht, die u bezorgd heeft gemaakt als zou u niet in het bezit zijn gesteld van dat, wat u door een tussenpersoon hebt gekocht, terwijl gij zelf stelt dat gij reeds lang in het bezit ervan bent en u in alles als een eigenaar gedragen hebt. Want ook al is in de akte niet vervat dat aan u het bezit is verschaft (Lat. *tradita*), toch hebt gij wel degelijk verkregen, indien gij met medeweten van de verkoper in het bezit bent geraakt.¹⁰⁰

Ook in de Nederlandse zaak was de koper met medeweten van de verkoper in het bezit geraakt. Het Hof koos (daarom?) voor de term inbezitgeving.¹⁰¹ Het is dan maar een kleine stap naar de term inbezitstelling die Cremers gebruikte. Bezitsverschaffing en levering van onroerende zaken zouden dan naast elkaar staan, net als in het Leidse rechtbankvonnis.¹⁰²

99 HR 9 september 2011, *NJ* 2012, 312 (Muller q.q./Hoogheemraadschap Schieland en Krimpenerwaard), met noot F.M.J. Verstijlen.

100 CJ 7,32,2 Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuum possessionem eius, quod per procuratorem emisti, non sis introductus, cum ipse proponas diu te in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse. Licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti. Over deze tekst bijvoorbeeld J.H.A. Lokin., De overdracht van onroerend goed in het Romeinse recht, in: De levering van onroerend goed, Deventer 1985, p. 9 e.v., m.n. p. 18 en F. Brandsma, Enige mededelingen over de verkrijgende verjaring van onroerend goed en de overschrijving, in: GROM (VI) 1989, p. 1 e.v., p. 19 e.v. Goudsmit noemde verder nog CJ 7,32,7 en CJ 4,38,12. Uit deze constituties blijkt dat degene die het bezit verkreeg met instemming van de vervreemder rechtmatig bezit.

101 Zie Verstijlen in zijn noot onder HR 9 september 2011, *NJ* 2012, 312, nr 5.

102 Uitgebreid over de uitspraak van de Hoge Raad, J.E. Jansen, Bezitsverschaffing naast levering van registergoederen? in: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2011, p. 8 e.v. Cf. J.H.A. lokin, Bezitsverschaffing en bezitsoverdracht, in CJHB Brunner-Bundel 1994 p.245-257.

Slotwoorden

De zienswijze van Oudeman en Diephuis op de beoefening van het privaatrecht is nog steeds aantrekkelijk. Zij hebben getracht leerstellige problemen van burgerlijk recht te verklaren in aansluiting op de rechtspraktijk en door het leggen van verbanden tussen verleden en heden. Rechtsgeschiedenis, rechtsvergelijking, dogmatiek en de actualiteit gingen bij hen hand in hand. Deze werkwijze is nog steeds de inspiratiebron voor de redactie van de huidige *Opmerkingen en Mededelingen*. Zij heeft dit tot uitdrukking gebracht in de ondertitel van het blad: Magazijn voor leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag. Daarmee staat het blad in een lange romeinsrechtelijke traditie, de *usus modernus pandectarum* en de pandektistiek. Wij hopen dat de redactie deze werkwijze nog lang trouw blijft en zij zo op haar beurt een inspiratiebron zal zijn voor toekomstige generaties van rechtshistorici en privaatrechtsjuristen.

C.J.H. Jansen¹⁰³

J.E. Jansen¹⁰⁴

Nijmegen

103 Corjo Jansen, is hoogleraar rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

104 Jelle Jansen is universitair hoofddocent bij de vaksectie Rechtsgeschiedenis van de Radboud Universiteit te Nijmegen en hoogleraar bijzondere aspecten van het privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.