Rooms-Overijssels recht

Rechtsgeleerde adviezen of de invloed van het Romeinse recht op de rechtspraktijk in Overijssel in de 17e en 18e eeuw.[1]

1. Inleiding

'Rooms' is een term die in sommige kringen afschuw opwekt. Dat zijn echter geen juristenkringen, want daar sprak men al lang over Rooms-Hollands recht en spreekt men tegenwoordig over Rooms-Fries recht. Ja, zelfs de term Rooms-Gelders recht is al in druk verschenen.[2] 'Rooms' betekent in bovengenoemde zin 'Romeins'. Zo zijn Rooms-Hollands, Rooms-Fries en Rooms-Gelders recht mengvormen tussen inheems gewoonte- en wettenrecht van deze gewesten enerzijds en het gemene Romeinse recht anderzijds.[3]

Lokin, Jansen en Brandsma komen in hun boek getiteld *Het Rooms-Friese recht, de civiele rechtspraktijk van Friesland in de 17e en 18e eeuw* tot de conclusie dat de Friezen de Romeinen van de Lage Landen waren.[4] Zij komen tot deze conclusie naar aanleiding van het bestuderen van procesdossiers in zaken die zich afspeelden voor het Hof van Friesland. Deze procesdossiers wemelen van Romeinsrechtelijke teksten. En hoewel het Hof zijn uitspraak niet motiveerde en we dus niet voor de volle honderd procent met zekerheid kunnen vaststellen op grond van welke rechtsregels het Hof besliste, ligt het voor de hand aan te nemen dat het op grond van het Romeinse recht oordeelde. De rechter laat zich nu eenmaal leiden door wat advocaten naar voren brengen. Toch wordt er aan getwijfeld of het Hof de regels van Romeins recht toepaste. Zo zegt Van Rhee in zijn recensie over het boek van Lokin c.s. dat het onduidelijk blijft, welke invloed de Romeinsrechtelijke allegaten 'hebben uitgeoefend op de besluitvorming van het Hof. Immers het Hof motiveert zijn uitspraken niet'.[5] Deze gedachtegang volgend zou het Hof zijn oordeel dus baseren op andere rechtsregels dan de Romeinsrechtelijke die de advocaten te berde brachten. De vraag is echter welke andere rechtsregels dat zouden moeten zijn? Van het bestaan van locaal geschreven recht bleek in die zaken niets. Van toepassing van

---

1 Ik ben veel dank verschuldigd aan wijlen mr E.D. Eijken, oud-rijksarchivaris van Overijsssel, die mij het manuscript van zijn boek over de rechtsgeschiedenis van Overijssel ter beschikking stelde en mij deelgenoot maakte van zijn kennis van het Overijssels recht.

2 H.L.E. Verhagen en I. Haazen, De cessie naar Rooms-Gelders recht, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (2002), 97-115.

3 Zie hierover bv.: J.H.A. Lokin/W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Deventer 2001, 288 e.v.

4 J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen. F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, de civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17e en 18e eeuw*, Leeuwarden 1999, 231.

5 C.H. van Rhee in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 69 (2001) 167.

gewoonterecht bleek evenmin iets en het ligt ook niet voor de hand dat de rechter het bestaan van gewoonterecht aannam, zonder bewijs daartoe op te dragen.

Het gewest Overijssel biedt interessant vergelijkingsmateriaal. In de handschriftencollectie van de 'Vereeniging tot Beoefening van Overijsselsch Regt en Geschiedenis' (VORG), die in 1858 te Zwolle is opgericht, stuitte ik op een groot aantal bundels rechtsgeleerde adviezen.[6] Deze adviezen zijn gericht aan rechters. Nu is het vragen van een advies door de rechter aan een deskundige niet zo vreemd. Opmerkelijk is echter wel dat de rechters in Overijssel bij het beslechten van een geschil verplicht waren advies in te winnen en dat deze adviezen bindend waren.[7] Nog opmerkelijker is dat deze adviezen afkomstig waren van advocaten. De rechter was dus gebonden aan de mening van een advocaat. Doordat de rechter het advies ter terechtzitting voorlas en van een handtekening voorzag werd het zijn vonnis. Het voorgaande betekent dat de Overijsselse vonnissen, waarvoor advies werd gevraagd derhalve wel zijn gemotiveerd. In het vonnis lezen we de overwegingen die tot het oordeel hebben geleid.

Er is wel eens gezegd dat bij gebreke van een Hof in Overijssel het Romeinse recht niet ingeburgerd is geraakt, zoals dat wel gebeurde in andere gewesten als Holland en Friesland. In de gerechtshoven zaten juristen, gepokt en gemazeld in het Romeinse recht. We zullen zien dat de geleerde adviezen in zekere zin hetzelfde resultaat gaven en hebben bijgedragen aan de receptie in Overijssel. De adviezen zijn geschreven door juristen die gepromoveerd waren en dus waren opgeleid in het Romeinse recht. Ik heb op de bonnefooi enkele adviezen gelezen en het krioelt van de Romeinsrechtelijke teksten. De indruk bestaat dat het Romeinse recht toch een grote invloed heeft gehad, of sterker gezegd dat in Overijssel een vergaande mate van romanisering heeft plaatsgevonden, vooral op het gebied van het goederen- en verbintenissenrecht. Het onderstaande verhaal is geen uitputtend onderzoek naar de vraag in hoeverre je kunt spreken over Rooms-Overijssels recht, maar biedt een blik in de keuken van de Overijsselse adviespraktijk, waarin het Romeinse recht duidelijk de boventoon voerde en dientengevolge door de rechter werd toegepast.

---

6 In 1858 sloot 'een groepje oude heren zich met jongeren aaneen teneinde het verleden van recht en rechtspraak nog eens op te roepen'. S.J. Fockema Andreae, *Geschiedenis der Nederlandsche Rechtswetenschap*, deel IV, afl. II: het burgerlijk recht in de buitengewesten van Nederland, Amsterdam 1955, 224. *Inventaris van de verzameling handschriften toebehorende aan de Vereeniging tot beoefening van Overijsselsch regt en Geschiedenis*, door E.D. Eijken, Zwolle 1967, Historisch Centrum Overijssel (HCO) te Zwolle, toegangsnr 263, inv. nrs 816-854. Zie over de VORG: www.vorg.nl

7 Dit gold niet voor alle rechters. Zie hierover par. 4.

2. Rechtsbronnen

Het Overijssels recht[8] behoort sinds het begin van de negentiende eeuw tot de rechtsgeschiedenis. Met de invoering van het 'Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland'(WNH) door koning Lodewijk Napoleon in 1809 werd officieel een streep gehaald door het recht dat tot dan toe in de gewesten gegolden had.

Simpel gezegd kende ieder gewest tot 1809 zijn eigen locale, inheemse recht. Dit kon geschreven, dan wel ongeschreven recht zijn. Het ongeschreven inheemse recht was gewoonterecht. Dit gewoonterecht is onder andere te vinden in de vonnissen die in kracht van gewijsde waren gegaan. De rechter stelde vast of een regel van gewoonterecht gold.[9]

Het inheemse recht in het gewest Overijssel bestond in de zeventiende eeuw onder andere uit het Landrecht van Overijssel van 1630, dat in de loop des tijds werd aangevuld met reglementen, ordonnantiën en resoluties.[10] Het landrecht is geen exclusieve rechtsbron. Zoals we straks zullen zien verwijst het landrecht op enkele plaatsen naar het gemene Romeinse recht. Daarnaast tekende een aantal steden, zoals bijvoorbeeld Zwolle, Deventer en Kampen het eigen stadsrecht op. Voor het land- en stadsrecht hebben de makers geput uit enerzijds het oude gewoonterecht, dat niet alleen een 'Germaanse' maar ook een Romeinse achtergrond kon hebben, anderzijds uit Romeins recht. Zo zegt Herman Croeser, die het stadsrecht van Kampen heeft opgesteld, dat hij een logisch geheel heeft trachten te maken van de vanouds geldende bepalingen én het Romeinse recht.[11] Ook het Overijsselse Landrecht, dat gelijkenis vertoont met de Mechelse Costume en het Veluwse landrecht, heeft romanistische trekken.[12]

---

8 Ik beperk mij in dit opstel voornamelijk tot het burgerlijke recht.

9 Er moest aan twee criteria zijn voldaan. Een bepaalde rechtsgedraging moest langdurig zijn gevolgd en men moest van mening zijn dat die gedraging ook zo hoorde. Lokin/Zwalve, noot 3, 102 e.v.

10 *Landregt van Over-Isel*, Deventer 1724. Zie over de totstandkoming o.a. J.R. Thorbecke, *Schets eener geschiedenis der Provinciaal-Burgerlijke wetgeving in de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden*, z.p. 1839, 29 e.v. Zie ook Fockema Andreae, Recht en Rechtsbedeeling in Overijssel gedurende het overgangstijdperk 1550-1630, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 17 (1941), 39 e.v, 46: Het landrecht was verbindend voor het gehele platteland en een aantal kleine steden. In de drie grote steden, Deventer, Kampen en Zwolle gold het in beginsel niet. We zien echter dat het stadsrecht van Zwolle en Deventer bewerkingen van het landrecht zijn; in Kampen was de betekenis van het landrecht als subsidiair recht groot.

11 Zie Fockema Andreae, noot 10, 43.

12 De makers van het Landrecht van Overijssel waren juist bezig met de opstelling ervan toen het commentaar van Paulus Christinaeus (1553-1631) op de Mechelse Costume verscheen. Deze jurist was advocaat bij de Grote Raad van Mechelen en later raadspensionaris aldaar. Zijn commentaar had grote invloed. Mogelijk een nog grotere invloed had het Veluwse landrecht, dat toen al bestond en bekend was bij de advocaten in Overijssel die ook cliënten op de Veluwe hadden. Zowel de Mechelse Costume als het Veluwse landrecht zijn sterk geromaniseerd. Fockema Andreae, noot 10, 41, 42.

De rechter keek voor de oplossing van een geschil in de eerste plaats naar het inheemse recht, waarbij het stadsrecht voor het landrecht ging. Kon de rechter in het locale, inheemse recht geen oplossing vinden voor het aan hem voorgelegde geval, wat nogal eens voorkwam, dan mocht hij zijn toevlucht nemen tot het Romeinse recht. Dit Romeinse recht dat als het gemene recht werd gerecipieerd was voornamelijk het recht dat keizer Justinianus in de 6e eeuw n. Chr. gecodificeerd had: het *Corpus Iuris Civilis*.[13] Naast het Romeinse recht maakte ook het canonieke recht deel uit van het gemene recht. Zo werd er geput uit het natuurrecht, de bijbel en het *Corpus Iuris Canonici*. Het natuurrecht werd vooral gebruikt om het wereldlijke recht op zijn redelijke en billijke inhoud te toetsen.

Het inheemse recht stond formeel dus op de eerste plaats. Zo ook in Overijssel. Melchior Winhoff[14] schrijft in zijn 'Landrecht van Averissel' dat 'hetgene daar in niet begreepen is, moet gezocht en gevonden worden in het gemeene gebruik, en in het gemeene Keyzerlyke recht'.[15] In het bijzonder zochten de praktijkjuristen hun toevlucht tot dit Romeinse 'gemene' recht en de daarbij behorende rechtsgeleerde literatuur.[16]

Hoewel het Romeinse recht een subsidiaire plaats werd toebedeeld, zien we in de rechtspraktijk dat het Romeinse recht op grote schaal werd toegepast. Dat is niet onbegrijpelijk. Het locale recht stelde niet veel voor en het Romeinse recht was het recht dat juristen aan de universiteiten onderwezen hadden gekregen. Het 'eigen' recht leerde men in de praktijk.[17] In de procesdossiers en de adviezen uit de zeventiende en achttiende eeuw komen we dan ook dikwijls Digesten- en Codexteksten en rechtsgeleerde commentaren tegen. Hoewel in mindere mate, vinden we toch ook geregeld regels van canoniek recht en bijbelfragmenten. De kerkelijke rechtbanken zijn weliswaar na de reformatie afgeschaft, maar in de zaken, die oorspronkelijk door deze rechtbanken werden beoordeeld, ligt het voor de hand dat de wereldlijke rechter teruggreep naar het Romeins-canonieke recht.

---

13 Lokin/Zwalve, noot 3, 73 e.v.

14 Winhoff, advocaat te Ootmarsum, heeft, buiten publiek gezag, zowel het Twentse landrecht (1521-1529) als het Overijsselse landrecht (eerste druk: 1559) op schrift gesteld en bewerkt. Zijn *Landrecht van Averissel* zou grote invloed hebben gehad op het Landrecht van 1630. M. Winhoff, *Landrecht van Averissel*, Kampen 1782. Zie voor Twente: *Landrecht der Thwenthe declareert door Mr Melchior Winhoff*, bew. door R.E. Hattink, heruitgave door G.J. ter Kuile, Amsterdam 1986.

15 Winhoff, noot 14, XVI. Vgl. voorrede voor het derde en vierde deel. Vgl. C. Nessink, *Landt-recht van Over-Yssel*, met eenige aanmerkingen en aantekeningen op het selve, Kampen 1747, voor-reeden; J. Westenberg, *Disquisitio Juridica inauguralis de usu juris romani in Transisalania*, Harderwijk 1788, hoofdstuk 2; Fockema Andreae, noot 10, p. 46

16 Winhoff, noot 14, XVI. Vgl. voorrede voor het derde en vierde deel. Vgl. C. Nessink, noot 15, voor-reeden; J. Westenberg, *Disquisitio Juridica inauguralis de usu juris romani in Transisalania*, Harderwijk 1788, hoofdstuk 2; Fockema Andreae, noot 10, p. 46

17 Fockema Andreae, noot 18, XXIV. Zie ook: C.J.H. Jansen, De verhouding tussen wetenschap en praktijk in de juridische opleiding van de 18e en 19e eeuw, in: *NJB*, 1991, 564 e.v.

Aan het eind van de 18e eeuw trad onder invloed van de Franse revolutie een verandering in. De jurist was niet meer de internationaal gevormde man.[18] Op de academie werd meer en meer ook het *jus hodiernum*, het 'hedendaagse' recht, onderwezen. Ook werd wel een beroep gedaan op het 'gezond verstand' en de billijkheid, wat te danken was aan de stijgende populariteit van het natuurrecht in de 18e eeuw. In de praktijk kwam het erop neer dat het natuurrecht de aequitas (de billijkheid) voorop stelde: iedere benadeling van de benadeelde partij, hoe gering ook, moest ongedaan worden gemaakt.[19] De natuurrechtsgeleerden, onder wie de beruchte Groningse hoogleraar F.A. van der Marck, zagen het liefst dat het natuurrecht de plaats van het Romeinse recht in het academisch onderwijs en in de rechtspraktijk zou gaan innemen.[20] Gezien de opkomst van het natuurrecht is het dus niet verwonderlijk dat we in de procesdossiers en adviezen regelmatig een verwijzing naar het natuurrecht of de redelijkheid en billijkheid tegenkomen.[21] Maar desondanks bleef het Romeinse recht nog steeds de boventoon voeren.

3. Rooms-Fries recht

Over de Friezen wordt altijd gezegd dat zij de 'hardnekkigste aanhangers zijn van het Romeinse recht'.[22] Of zoals Ulrik Huber het verwoordt: 'dat het Roomsche Recht hier suiverder en platter onderhouden wort, als in eenig deel, landt of staet van de Christene wereld.'[23] Lokin, Jansen en Brandsma komen in hun boek over de civiele rechtspraktijk

---

18 Fockema Andreae, *De jurist in de Overijsselsche samenleving, voornamelijk in de 17e en 18e eeuw*, voordracht gehouden op de 165e ledenvergadering van de VORG op 28 oktober 1942. Zie voor een samenvatting: Verslagen en Mededelingen van de VORG, 59e stuk, tweede reeks 35e stuk (1943), XXII-XXVI, XXV.

19 Lokin c.s., noot 4, 25. Zie voor Drenthe: P. Gerbenzon, B.S. Hempenius-Van Dijk en P. Brood, Receptie van Romeins recht in Drenthe?, in: *Pro Memorie, Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden*, 2003-1, 50-65.

20 Het recht van de Romeinse keizers zou niet alleen te autoritair zijn en aanleiding geven tot langdurige geschillen, maar bovenal was het in een vreemde taal, het Latijn, gesteld en dus voor de gewone burger niet te begrijpen. Hoe anders was het natuurrecht dat omschreven moet worden als logisch geldende regels die te allen tijde, voor iedereen en overal gelijk zijn. Dat voornoemde definitie in de praktijk anders uitpakte omdat het natuurrecht niets anders bleek te zijn dan subjectieve meningen dezelver geleerden, kortom, 'een wassche neus, welken men draayen, keeren en wenden kan, hoe men wil' deerde de natuurrechtsgeleerden niet. L.J.Vitringa, *De eer der Hollandsche natie en van hare wetgevers, rechters en rechtsgeleerden (...) verdedigd tegen het Vertoog over de ongerymdheid van het zamenstel onser hedendaagse regtsgeleerdheid en practyck*, 1777, 103-104. Dit is een pamflet tegen een opstel van de natuurrechtgeleerde W. Schorer, *Vertoog over de ongerymdheid van het samenstel onzer hedendaagse regtsgeleerdheid in de praktijk*, 1777. In dit vertoog bestempelt Schorer het *Corpus Iuris Civilis* van keizer Justinianus als een *Corpus Ineptiarum*, een verzameling gezwets, en noemt keizer Justinianus 'cet imbecille empereur'. Lokin-Zwalve, noot 9, 263.

21 Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 822, 16 april 1762; 3 october 1769. Zie noot 77.

22 Lokin c.s., noot 4, p. 26

23 Lokin c.s., noot 4, p. 26

van het Hof van Friesland tot de conclusie dat er in Friesland een zelfstandige variant van het Romeinse recht werd gebruikt, het Rooms-Friese recht. Deze mengeling van Romeins en inheems Fries recht, waarbij aan het inheemse recht in de praktijk weinig ruimte werd gelaten is te vergelijken met het vanouds alombekende Rooms-Hollandse recht van het gewest Holland. De reden waarom het Romeinse recht juist in deze gewesten zo'n belangrijke rol in de praktijk speelde is dat beide gewesten zowel een universiteit als een centraal gerechtshof hadden. In het Hof zetelde een aantal hooggeleerden der academies en kon het 'geleerde' Romeinse recht gemakkelijk toegang krijgen tot de praktijk.

Overijssel ontbeerde beide. Weliswaar was er het Atheneum in Deventer, waar de studenten ook onderwijs kregen in het Romeinse recht, maar de mogelijkheid tot promoveren ontbrak. Toch blijkt dat het Romeinse recht ook in Overijssel een zeer belangrijke stempel heeft gedrukt op de rechtspraktijk. De reden daarvan is de rechtsgeleerde adviespraktijk die voor Overijssel zo kenmerkend is.

4. Adviespraktijk; het bindend advies[24]

In de loop van de 16e eeuw, of waarschijnlijk eerder, ontstond in Overijssel de gewoonte dat de rechter voor het uitspreken van zijn vonnis juridisch advies ging vragen aan een rechtsgeleerde referent. Deze gewoonte ging terug op het gebruik dat reeds in de Middeleeuwen op het platteland bestond, waarbij de rechter één van de omstanders als zogeheten 'oordeelwijzer' aanwees. Deze 'oordeelwijzer' kreeg de opdracht een voorstel tot een vonnis te doen. Dit voorstel werd meestal gevolgd en tot vonnis verheven doordat de rechter het voorstel als vonnis uitsprak. De rechter bepaalde derhalve niet zelf de inhoud van zijn vonnis, maar liet dat over aan een burger, een leek op juridisch gebied. Toen het economische leven ingewikkelder werd, werd deze taak overgenomen door een academisch geschoolde rechtsgeleerde. De rechters waren veelal niet juridisch geschoold.

In een besluit van Ridderschap en Steden van 1596 werd bepaald dat de landrechter verplicht was advies in te winnen. Het Landrecht van 1630 bepaalde dat de lagere rechter op het platteland, de landrechter of drost, onbevoegd was om in zijn vonnis zijn eigen oordeel tot uitdrukking te brengen.[25] Het uitgebrachte advies was derhalve bindend. Ditzelfde gold voor het advies aan de rechtbank in de kleine steden, met uitzondering van Hasselt, Steenwijk en Vollenhove. Volgens het stadsrecht van genoemde steden bestond

---

24 Manuscript Eijken, 189 e.v.; Fockema Andreae, noot 6, 207; idem, noot 10, p. 1-56; G.J. Ter Kuile, Rechtspraak en Bestuur in Overijssel ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden, in: *Verslagen en Mededelingen van de VORG*, 67e stuk (1952), 141-168; 68e stuk (1953), p. 69-97; idem, Rechterlijke organisatie in Overijssel onder het 'ancien' régime, in: *NJB* 1954, 798-801; J.C. Bijsterbosch, in: Verslag der handelingen der 70e vergadering van de VORG, Zwolle 1893, 15 e.v.

25 Landrecht, noot 10, Boek I, titel 17, artt. 1-3,8; I, titel 22, art. 7.

geen verplichting om de processen 'te beleren'; in de praktijk was het echter wel gebruikelijk. De stadsrechten van de grote steden schreven evenmin voor dat de rechtbank, de zogeheten lage bank, advies moest inwinnen. De rechters, schepenen, in deze rechtbank hadden veelal aan een academie gestudeerd. Toch kwam het ook hier in de praktijk regelmatig voor dat advies werd gevraagd; dit advies werd 'consult' genoemd en hoefde niet te worden gevolgd. Wat voor de lage bank gold, gold ook voor de hogere rechters, zoals de Provinciale hoge bank, de klaring en de Provinciale en Gedeputeerde Staten.[26] Deze rechters mochten advies inwinnen, maar dit advies was niet bindend.[27]

Zowel in civielrechtelijke als in strafzaken werd advies ingewonnen. Ook kwam het voor dat vragen, die wij nu tot het bestuursrecht zouden rekenen, werden 'beleerd'. Zo moesten in 1764 de referenten de vraag beantwoorden of de gemeente of de 'goedsheeren' de Ontvanger van de belasting bij het gerecht Ootmarsum mochten aanstellen.[28] In Ommen ontstond een geschil over het collatierecht, het recht om de pastoor van de 'H. Geestes vicarie' en de 'St. Antonius of Koster vicarie' aan te stellen. Dit heerlijke recht was altijd in handen geweest van de eigenaar van de Havezate ''t Laar', Derk van Voorst toe den Hagenvoorde, totdat de burgemeesters, schepenen en raad van Ommen er aanspraak op maakten en dit recht voor de rechter van Ommen en Den Ham opeisten. Drie advocaten uit Kampen bogen zich over de zaak en op 20 maart 1680 viel het vonnis uit in het voordeel van de eigenaar van ''t Laar'.[29]

Er werden eisen gesteld aan de referenten. Een advocaat mocht als adviseur of referent optreden eerst drie jaar nadat hij tot de advocatuur door de Staten was toegelaten en beëdigd. Hij moest derhalve eerst drie jaar in de praktijk werkzaam zijn geweest. Aan deze

---

26 Het zou hier te ver voeren een volledig overzicht van de institutionele rechtsgeschiedenis van Overijssel te geven. Daarbij komt dat dit niet eenvoudig is. Voor de 17e en 18e eeuw geldt in grote lijnen het volgende. Op het platteland waren de schouten rechter in eerste instantie. De schout was ondergeschikt aan de drost. De drost was bij uitsluiting bevoegd in bezits- en huwelijkszaken en in criminele zaken. Hoger beroep kon worden ingesteld bij de klaring, die bestond uit de leden van Ridderschap en Steden (de Staten). In de steden kwamen voor het schoutengericht de zaken met weinig belang. Hoger beroep van deze zaken vond plaats bij de schepenen, die met de burgemeester, de lage bank vormden. De lage bank vonniste tevens in belangrijke zaken in eerste aanleg. In deze zaken kon beroep worden aangetekend bij de hoge bank, waarin alle schepenen (tevens leden van Ridderschap en Steden) waren vertegenwoordigd. De hoge bank oordeelde in eerste aanleg over edelen. De edelen konden in hoger beroep bij de al eerder genoemde klaring. De klaring raakte langzamerhand in onbruik omdat deze taak (hoger beroep) werd overgenomen door de Staten en hun Gedeputeerden. De Gedeputeerden oefenden toezicht uit op de rechtspraak in burgerlijke zaken en in de 18e eeuw ontwikkelden zij zich tot een beroepsinstantie. Gedeputeerden werd ook wel verzocht een authentieke interpretatie van het landrecht te geven. Zie Ter Kuile, noot 24. Manuscript Eijken; lezing Bijsterbosch, noot 24, 15 e.v.

27 Landrecht, noot 10, Boek I, titel 20, art. 8

28 L.C.H. Strubberg, *Overijsselsch Advysboek*, I-IV, Kampen 1804, I, 9.

29 Strubberg, noot 28, IV, 94.

advocaten werd de eis gesteld dat zij een door een 'goedgekeurde academie' uitgereikte doctorsbul konden tonen.[30] Verder moesten zij werkzaam zijn in Overijssel; zaken mochten op straffe van nietigheid van de sententie niet 'buitenlands beleerd' worden, tenzij beide partijen instemden met een advocaat van buiten de provincie. Doch in dat geval werden er één of meer onpartijdige wel 'gecoutumieerde' toegelaten rechtsgeleerden uit Overijssel aan de 'uitheemsen' toegevoegd, om partijen tegen onwetendheid met het landrecht te beschermen. Het kwam ook voor dat de 'buitenlandse' advocaat zijn onkunde zelf erkende. Zo zien we dat een advocaat uit Utrecht in zijn advies stelde dat hij op een bepaalde vraag niet in kon gaan, omdat hij niet genoeg op de hoogte was met de manier van procederen in Overijssel.[31]

Procespartijen konden geen bezwaar maken tegen de keus van een bepaalde rechtsgeleerde; referenten konden niet worden gewraakt, tenzij de referent een bloedverwant was van één van de partijen, of zelf belang had bij de zaak of een geschil had met één der partijen.

Wanneer een proces voor de rechter aanhangig was gemaakt, werd, nadat het proces was volschreven, dat wil zeggen nadat partijen over en weer hun standpunten naar voren hadden gebracht, het procesdossier verzegeld en 'ter belering' overgebracht naar de door de rechter aangewezen referent. Alleen op grond van de aan hem overgelegde stukken mocht de referent advies uitbrengen. Hij mocht er zelf niets aan toevoegen. In belangrijke zaken werden twee of zelfs meer referenten aangewezen. Zo raakten er in 1780 maar liefst zestien advocaten als referent betrokken bij een zaak, waarin tot vijf keer toe een advies werd gevraagd.[32] Het kwam dus ook voor dat een en dezelfde zaak meerdere malen werd beleerd. De advocaten in casu waren niet allemaal uit Overijssel[33] afkomstig, ook juristen uit Utrecht, Arnhem, en Amsterdam brachten advies uit. Het ging om de volgende kwestie. De voogd van de dochters van dominee Rambonnet te Kampen had de obligaties van zijn pupillen verpand aan een bank van lening. Een medewerker van deze bank had zonder iets te vragen deze obligaties in pand aangenomen. De vraag die de referenten onder andere moesten beantwoorden was, of de kinderen of hun andere voogd bevoegd waren om de verpande obligaties van de bank terug te vorderen. De referenten waren het erover eens dat de bank de obligaties moest afstaan, voor zover die niet 'aan toonder dezes' of in blanco stonden gesteld.

Na bestudering van de processtukken stelden de referenten het advies op. Als bijvoorbeeld aan twee of meer referenten advies was gevraagd dan kwamen ze meestal met één advies,

30 Nessink, noot 15, aant. op I, 2, 1 en 2.
31 Strubberg, noot 28, III, 44.
32 Strubberg, noot 28, III, 43-47.
33 Te weten Oldenzaal, Zwolle, Kampen, Vollenhove en Deventer.

voorzien van beider handtekening. Het kwam voor dat twee referenten het niet met elkaar eens waren en dat ze ieder een advies aan de rechter zonden.[34] De rechter moest in dat geval een keuze maken. Doch uit de verzameling adviezen die is overgeleverd blijkt dat in de meeste gevallen waarin twee referenten een advies moesten uitbrengen zij het met elkaar eens waren en één advies uitbrachten.

Blijkbaar hielden de referenten de stukken veelal te lang onder zich en vertraagden zij hiermee de rechtspraak, want Ridderschap en Steden stelden in 1706 een termijn. In zaken van weinig belang moest het advies binnen drie of uiterlijk vier maanden zijn ingezonden. 'Grote aangelegenheden' moesten in zes maanden zijn afgehandeld, waarbij verlenging van nog eens zes maanden bij Gedeputeerde Staten kon worden aangevraagd.[35] Als de referent niet binnen genoemde termijnen bleef, dan moest hij een boete betalen aan de armen in de plaats waar hij woonde.

Zoals gezegd stelden de referenten hun advies en oordeel op in de vorm van een vonnis. Doordat de rechter het advies woord voor woord ter terechtzitting voorlas, werd het zonder meer tot vonnis. Soms werd na het inwinnen van een advies een tussenvonnis gewezen, waarin bijvoorbeeld aan één van de procespartijen een bewijsopdracht werd gegeven.

De kosten van het advies werden bij partijen in rekening gebracht. Het geld moest voorafgaand aan het proces bij de rechtbank worden gedeponeerd.

Gingen partijen in hoger beroep, dan was het appel eigenlijk gericht tegen de conclusie van de referent. Ook in beroepszaken werd advies gevraagd. Was de referent het met de appellant eens, dan zei hij het volgende: '(...) weshalve ik van oordeel zou zijn dat het vonnis behoort te worden gereformeerd.'[36]

Bij de onpartijdigheid van de referenten kunnen vraagtekens worden gesteld. Volgens Nessink kon de referent in zijn 'vonnis' de feiten vertekenen en een verkeerd beeld schetsen.[37]

Opmerkelijk is natuurlijk dat de referenten in het dagelijkse leven ook als advocaat optraden. Als zij door de rechter werden aangewezen om advies uit te brengen, dan zetten ze de 'pet van referent' op en oordeelden over een geschil, waarin hun vakbroeders de procespartijen vertegenwoordigden. Weliswaar verkreeg het advies formeel pas het gezag van vonnis nadat de rechter het had voorgelezen, maar in feite kwam het er bij het bindend

34 Bijvoorbeeld Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 853, 22 juli 1811.
35 Ordonnantie van 16 maart 1706. Deze is afgedrukt achter het *Landregt van Over-Isel*, Deventer 1724.
36 Bijvoorbeeld Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 853, 24 juni 1817.
37 Nessink, noot 15, p. 30.

advies op neer dat de uitslag van het geschil werd bepaald door een advocaat. Fockema Andreae zegt dan ook in één van zijn voordrachten voor de 'Vereeniging tot beoefening van Overijsselsch Regt en Geschiedenis' dat de rechtspraak in Overijssel geheel in handen was van de referenten, dat wil zeggen de advocaten. Onder deze advocaten was volgens hem een opvallende clan-vorming, voortgekomen uit de noodzaak van kantoordocumentatie (adviezen etc.) en relaties. De adviezen waren niet gedrukt. Het werk van Strubberg, die een groot aantal adviezen in druk uitgaf verscheen pas aan het einde van de achttiende eeuw.[38] 'Alles werkte samen tot de vorming en instandhouding van enkele grote praktijken, daarnaast was een aanhang van kleinere.'[39] Enige correctie vond plaats van de kant van de geleerden en de dissenters. Deze laatste groep, de Rooms-katholieke advocatenkantoren, vooral in Twente, maar ook in Zwolle, stond vrijer tegenover de drosten en andere machtshebbers omdat ze toch niet voor gunsten in aanmerking kwamen.[40] In huwelijkszaken was het overigens verboden Paapsgezinde advocaten als referent aan te nemen. Enige 'Paapse doctoren' hadden namelijk een aantal adviezen geschreven, die tegen 'Gods Heilige Woord, als ook tegens de keizerlyke wetten' ingingen. Zij leidden hun oordeel niet af uit 'Gods Heilige Woord ende gefundeerde redenen', maar uit de 'Paapse scribenten, die veel bloetschandelyke Houwelyken by dispensatie van de Paus' goedkeurden.[41]

Omstreeks 1820 kwam een einde aan de adviespraktijk. Het laatste advies uit de collectie van de 'Vereeniging tot beoefening van Overijsselsch Regt en Geschiedenis' dateert van 1821. Het is opvallend dat ook nadat het Wetboek van Lodewijk Napoleon (1809) en de Code Napoléon (1811) waren ingevoerd, de referenten zich in hun adviezen nog steeds beriepen op het Romeinse recht, dat formeel was afgeschaft.[42] Genoemde wetboeken waren immers exclusief en men zou verwachten dat slechts artikelen uit deze codificaties werden aangehaald. De praktijk was echter anders. De referenten baseerden hun adviezen niet alleen op artikelen uit de 'Franse' wetboeken, maar ook op tal van Digesten- en Codexteksten. Artikelen uit het eveneens afgeschafte inheemse Overijsselse Landrecht komen we ook nog tegen.[43] Opvallend is verder dat we niet of nauwelijks verwijzingen naar de Franse juridische literatuur vinden. Meestentijds werden nog de werken van de 'oude' rechtsgeleerden aangehaald, waaronder het Digestencommentaar van Voet wel het meest geciteerde werk is. Dat het juridisch advies ofwel bindend was ofwel vrijwillig werd gevolgd, en het gezag van vonnis kreeg nadat de rechter het advies had voorgelezen, had tot gevolg dat het vonnis mede was gebaseerd op rechtsbronnen die formeel waren

38 Zie noot 28.
39 Fockema Andreae, noot 18, XXIV.
40 Fockema Andreae, noot 18, XXIV.
41 Ordonnantie van 22 april 1650. Deze is afgedrukt achter het *Landregt van Over-Isel*, Deventer 1724.
42 Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 853, 13 november 1810 met de aanhef 'In naam van de Keizer', 2 juli 1813, 24 juni 1817 en 24 februari 1820.
43 Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 853, 2 juli 1813.

afgeschaft en aan het vonnis niet uitsluitend de codificatie ten grondslag lag.

Dat het Romeinse recht ondanks de afschaffing van de formele gelding ervan toch zijn stempel bleef drukken op de rechtspraktijk is overigens niet een verschijnsel dat zich uitsluitend voordeed in Overijssel. Ook elders zien we dat de invloed van het Romeinse recht bleef bestaan en zelfs toenam. De regel 'Zodra je iets hebt weggegooid, heb je het weer nodig', ging ook hier op, want na de codificatie werd het Romeinse recht een belangrijke materiële interpretatie- en aanvullingsbron. 'Als *lex scripta* werd het afgeschaft; als *ratio scripta* liet (en laat) het zich niet afschaffen.' [44]

5. Inhoud van het advies

Een advies dat door de rechter tot vonnis werd verheven begint met een standaardformulering. Een voorbeeld:

> 'In possessoire saken voor mij Adolph Henrik des H: Roomschen Rijks Grave van Regteren, Vrijheer van Almelo en Vriesenveen, en Land Droste van Salland, etc. etc. Alnog strijdig ende ongedecideerd hangende tusschen Lambert Kosters, neffens de andere mede Erfgenamen (..), Requiranten ande ene, En Eerdewijn van der Horst, (..) ande andere sijde; (..).'[45]

In deze zaak uit 1724 over het bezit van een viswater, gaf de bekende advocaat uit Zwolle, B. Muntz, advies. Dit advies wordt hieronder inhoudelijk besproken. Na het begin zette de referent het geschil uiteen, waarbij de standpunten van partijen uitgebreid werden samengevat. Niet alleen eis en antwoord, repliek, dupliek en soms tri- en quadrupliek, maar ook bewijsstukken zoals getuigenverklaringen werden geparafraseerd. Kortom alles wat tijdens het proces naar voren is gebracht vinden we in het advies terug. Na deze uiteenzetting begon de referent met de beantwoording van de rechtsvraag om uiteindelijk een oplossing te geven voor het geschil dat partijen verdeeld hield. Hij ving zijn eigen betoog aan met de volgende woorden:

> 'Ende op alles gelettet, waer op tot administratie van goede en onpartijdige justitie enigsins te letten stonde; (..)'

Bij het beantwoorden van de rechtsvraag werden de toepasselijke wetsbepalingen van inheems en Romeins recht aangehaald en geïnterpreteerd. Ook verwezen de referenten naar rechtsgeleerde schrijvers. Soms zijn de adviezen zo uitgebreid dat ze lijken op colleges of op zichzelf staande juridische opstellen. Het kwam voor dat de namen van

---

44 H. Kooiker, *Lex scripta Abrogata*, de derde renaissance van het Romeinse recht; een onderzoek naar de doorwerking van het oude recht na de invoering van civielrechtelijke codificaties in het begin van de negentiende eeuw, deel 1, de uitwendige ontwikkeling, Nijmegen 1996.

45 Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 840, 22 augustus 1724.

partijen niet werden genoemd, maar dat Romeinse namen werden gebruikt, bijvoorbeeld Seius, Seia, Titius of Sempronius.[46] De zaak werd dan voorgesteld als ware het een theoretisch geval.

Het advies eindigde met het dictum, dat wil zeggen het eigen oordeel van de referent in de vorm van een concept-vonnis. Ten slotte volgde dan de standaardeindformulering:

> 'Om welke dan en andere regten en redenen meen ik Grave van Rechteren, als Vrijheer van Almelo en Friesenveen met ingenomen advijs van de ondergetekende Advocaat, onpartijdig regt doende verstaan, dat de Requiranten in de vredige possessie (..) behoorden te worden gemainteneerd (..). Aldus geadviseerd binnen Zwolle den 22 augustus 1724 getekend Balth-Muntz.'

Op het vonnis werd uiteraard de datum waarop het was voorgelezen genoteerd en werden de namen van de rechter, procespartijen en advocaten vermeld. Opmerkelijk is dat de reactie van partijen op de uitspraak ook wel eens werd aangetekend op het vonnis.[47]

6. Belang van de adviezen

Omdat vonnissen niet werden gepubliceerd en meestal zelfs niet in het protocol van het betreffende gerecht werden ingeschreven, waren juridische adviezen voor de rechtspraktijk van groot belang. Het gevolg was dan ook dat advocaten verzamelingen van deze adviezen gingen aanleggen. Een dergelijke verzameling kwam het dichtst bij de tegenwoordige jurisprudentieverzamelingen. Referenten verwezen in hun advies ook wel naar eerdere adviezen.[48] De adviezen hadden derhalve 'persuasive authority', zoals men pleegt te zeggen.

Een aantal handgeschreven verzamelingen is aanwezig in de handschriftencollectie van de VORG.[49] Omdat er in de praktijk mee werd gewerkt, zijn de verzamelingen redelijk toegankelijk. Op de meeste adviezen staan puntsgewijs in het kort de hoofdzaken aangegeven; een soort inhoudsopgave. Sommige bundels bevatten zelfs een register. Naast deze handschriften is er de genoemde verzameling adviezen die Strubberg in vier banden in druk heeft uitgegeven.[50] Hij geeft alleen de adviezen weer, zonder commentaar. Er bestaan voor zover ik weet geen uitgebreide inhoudelijke commentaren op de adviezen. Ook bestaat er voor dit gewest geen handboek dat kan worden vergeleken met de 'Heedendaegse Rechtsgeleerdheyd' van Huber, waarin deze het Friese, of liever gezegd het Rooms-Friese recht bespreekt. Van belang voor het Overijsselse recht is het

46 Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 833, casus 217; Strubberg, noot 28, II, 40.
47 Manuscript Eijken.
48 Bijvoorbeeld handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 833 p. 104, 25 april 1699, F 53 nr 2.
49 Zo'n 40 bundels
50 Zie noot 28.

commentaar op de Digesten van de Zwolse advocaat Paul Buis (Busius).[51] Hij verwijst in zijn boek soms naar gevallen uit de Overijsselse praktijk. Hoewel hij over de verhouding tussen het inheemse en het Romeinse recht afwijkt van de gangbare opvatting dat inheemse bepalingen strikt moesten worden uitgelegd stelde hij toch de bepalingen uit het *Corpus Iuris* als de belangrijkste voorop.[52] Fockema Andreae kreeg na het lezen van Busius 'sterk het beeld van één algemeene rechtsleer en rechtspraktijk, met gewestelijke en plaatselijke bijzonderheden, zeker, maar toch met een gemeenschappelijken grondslag. Deze grondslag is en blijft het 'gemeene recht', (..)'.[53] Verder zijn er de commentaren van Nessink en Racer op het Landrecht van Overijssel.[54] Eerstgenoemde is niet verder dan boek I, titel 11 en Racer bespreekt slechts de eerste zes titels.

De rechtsgeleerde adviezen zijn een 'Fundgrube' van het Overijsselse privaatrecht van vóór 1809. Ze leren ons welke rechtsbronnen in Overijssel werden gebruikt en wat de verhouding tussen deze rechtsbronnen was. Alle rechtsbronnen passeren de revue. Landrecht, stadsrecht, bijbel, canoniek recht, natuurrecht, Romeins recht en gewoonterecht. Hieronder, in paragraaf 8, 9 en 10 zal ik een aantal voorbeelden laten zien.

7. Inheems recht versus Romeins recht

De mate waarin het Romeinse recht in de locale, inheemse praktijk kon doordringen, hing af van de rechtskracht van het inheemse recht.[55] Zowel het Landrecht van Overijssel, als de verschillende stadsrechten bevatten voornamelijk regelingen op het gebied van het erfrecht[56], huwelijksrecht[57] en rechtsvordering; met name op het gebied van het intestaat erfrecht wijkt het inheemse recht af van het Romeinse recht. Daar waar het landrecht op het terrein van het goederen- of verbintenissenrecht recht wèl regelingen geeft[58] lijken zij afkomstig uit het Romeinse recht. Zoals de bepalingen over vruchtgebruik en borgtocht en die aangaande de bezitsprocedure, die gelijkenis vertoont met de Romeinse interdictenprocedure.[59] Ook vinden we in de titel over koop een artikel terug dat

---

51 Advocaat en conrector van de latijnse school te Zwolle, later burgemeester van Zwolle. Hij werkte een tijd in Duitsland en was tot zijn dood hoogleraar te Franeker. P. Busius, *Commentarius in Pandectas cum differentiis consuetudinum communium et Germaniae, Gallicae, Belgicae, singularium item Iuris Canonici*, I-III, Deventer 1656. Fockema Andreae, noot 10, 33.

52 Buis, noot 51, praefatio; Fockema Andreae, noot 10, 33 en 35.

53 Fockema Andreae, noot 10, 37.

54 Zie noot 15; Ook Fockema Andreae, noot 10, 45. J.W. Racer, *On-uitgegeven aanmerkingen omtrent de zes eerste titels van het Overijsselsch landrecht*, Deventer 1866.

55 Lokin c.s., noot 4, 231.

56 Over testamenten, intestaat erfrecht, voorrecht van boedelbeschrijving en boedelscheiding.

57 Over de huwelijkse staat, de huwelijkse voorwaarden en gemeenschap van goederen. Wat personen- en familierecht verder aangaat is er nog de titel over minderjarigheid en voogdij.

58 Over pand, vruchtgebruik, koop, huur, verjaring, borgtocht, bewaargeving, maatschap en belediging.

59 Zie hieronder een voorbeeld van zo'n bezitsprocedure.

overeenkomt met de constitutie van keizer Diocletianus (284-305) over *laesio enormis* of buitengewone benadeling. Vanwege de economische malaise bepaalde hij dat de koopsom rechtvaardig (*pretium iustum*) moest zijn. De keizer bepaalde eveneens de grens tussen rechtvaardig en onrechtvaardig. Als de verkoper de zaak tegen minder dan de helft van de waarde verkocht dan kon hij vernietiging van de koop vragen of, op verzoek van de koper, aanvulling van de koopsom tot aan de helft van de waarde. Om deze regel te kunnen uitvoeren stelde hij de objectieve waarde van alle koopwaar vast.[60] Een zelfde bepaling over benadeling vinden we terug in het landrecht. Was de verkoper 'over de helft bediept' dan kon hij het goed terugnemen of de koper het goed laten houden tegen bijbetaling.[61]

Ook verwijst het landrecht op verschillende plaatsen uitdrukkelijk naar het Romeinse recht.[62] Zo had krachtens de titel over executie voorrang: 'degene, welke enig stilzwijgend hypotheek, reël of personeel privilege voor hare schulden na *gemeene beschreven keiserlyke rechten*, competeert.'[63] En de titel over de huwelijkse staat bepaalde dat de overheid een huwelijk verbood tussen twee mensen 'die malkanderen bestaan in graden door Godlyke ende *Keiserlyke Rechten* uitdrukkelijk verboden'.[64] Ook in de bepalingen over het erfrecht komen uitdrukkelijke verwijzingen naar het Romeinse recht voor. Erfgenamen wier nalatenschap door de erflater voor meer dan drie kwart bezwaard was met legaten of fideï-commissen konden zich '*na gemeene beschrevene rechten*' beroepen op de *lex Falcidia* respectievelijk het *Senatus Consultum Trebellianum*.[65] Een laatste voorbeeld dat ik hier noem betreft de regeling over de borgtocht. Als de borg door de crediteur werd aangesproken dan kon de borg '*ex epistula Divi Adriani*' deling van de aansprakelijkheid eisen[66], wanneer hij aantoonde dat meerdere personen zich borg hadden gesteld voor de schuld van de debiteur. Op grond van de brief van keizer Hadrianus moest de crediteur zijn actie tot dit deel beperken.[67]

Het landrecht veronderstelde het bestaan van het gemene recht en kon zonder dat niet

---

60 J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen 2000, VR § 48; M. Kaser-F.B.J. Wubbe, *Romeinsch Privaatrecht*, Zwolle 1971, 204; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948, 247.

61 Landrecht, noot 10, II, 8, 16 en 17. Volgens het landrecht geldt deze regel overigens ook voor de koper. De koper kon een deel van de koopsom terugeisen en de zaak behouden of eisen dat de verkoper de zaak terugnam.

62 Zie Fockema Andreae, noot 10, 43.

63 Landrecht, noot 10, I 21,15. Cursivering door FAJV.

64 Landrecht, noot 10, II 1,11. Cursivering door FAJV.

65 Landrecht, noot 10, II 5,13. Op grond van *Lex Falcidia*, die dateert uit 40 v. C, kon de erfgenaam alle legaten verhoudingsgewijs inkorten. (D. 35,2,1,pr; G. 2, 227. Krachtens het *SC Trebellianum* uit 56 of 57 n. C., konden acties van of tegen de erfgenaam als *actiones utiles* direct door of tegen de *fideicommissarius*, de verwachter, worden ingesteld. G. 2, 251,253,255. Lokin, noot 60, ER § 14; Kaser-Wubbe, noot 60, 367,373; Van Oven, noot 60, 364, 546.

66 Voorrecht van schuldsplitsing of *beneficium divisionis*.

67 Landrecht, noot 10, II 12,4. G. 3,121/121a. Kaser-Wubbe, noot 60, 272; Van Oven, noot 60, 410.

worden verstaan en toegepast.[68] Dit laatste blijkt tevens uit de annotatie van Nessink op het landrecht, waarin hij de verschillen (*differentiae*) en overeenkomsten met het Romeinse recht trachtte weer te geven. Helaas is hij zoals gezegd niet verder gekomen dan de eerste helft van Boek I. Zijn verwijzingen naar het *Corpus Iuris Civilis* zijn talrijk. Overigens niet alleen op het gebied van het materiële privaatrecht, maar evenzeer op het terrein van de rechterlijke organisatie. Een voorbeeld. Hij vergeleek het ambt van drost[69] met dat van de *Praeses Provinciae* uit de Romeinse tijd. Zowel de drost als de *praeses* hadden de bevoegdheid om recht te spreken. Wat de Romeinse geleerden geschreven hadden over het ambt van de *Praeses Provinciae* was volgens genoemd auteur dan ook van toepassing op de drost en hij wees vervolgens op een aantal Digesten- en Codexteksten.[70] Op dezelfde voet besprak hij het ambt van rechter. Zo moet de rechter vonnissen op grond van wetten, constituties of gewoontes, en niet naar voorbeelden, zoals ook bepaald wordt in '*pr. Inst. De officio Judicis*, *l. 13 C. de sentent. et interlocut. en l. 12 ff. de officio Praesidis*'.[71] Verder moet de rechter een man van goede naam en faam zijn, niet met 'infamie' beklad. Hetzelfde vinden we in *l. 2 C. de Dignitatibus*[72], waarnaar Nessink dan ook verwijst.

Ik heb al gezegd dat de rechtsgeleerde adviezen 'bol staan' van de Digesten- en Codexteksten, zelfs wanneer er uitdrukkelijke bepalingen voorhanden zijn in het landrecht, die afwijken van het Romeinse recht, bijvoorbeeld op het gebied van het huwelijksrecht. Ook dan worden naast deze bepalingen door de referenten tal van Romeinsrechtelijke teksten aangehaald. Een voorbeeld is de voor die tijd - we schrijven het jaar 1762 - beruchte echtelijke twist tussen de burgemeester van Deventer, Hendrik

---

68 Fockema Andreae, noot 10, 45. Hij beroept zich op een proefschrift van B.H. Besier, *De Usu juris civilis Romani in terris Transisalanicis*, Leiden 1751, 2-8.

69 Nessink, noot 15, op Landrecht I, 1, 1. Overijssel had een vijftal drosten, te weten van Salland, Twente, Vollenhove en de heerlijkheid Kuinre, IJsselmuiden, en van Haaksbergen en Diepenheim.

70 Nessink, noot 15, op Landrecht I, 1, 1. D. 1, 18; C. 1, 40.

71 Nessink, noot 15, op Landrecht I, 1, 1. Inst. 4, 17, pr. *(..) et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constituonibus aut moribus proditum est.* Vert.: Welnu, de eerste regel die de rechter in acht moet nemen is, dat hij niet anders vonnis wijst dan zoals bij wetten, keizerlijke verordeningen en door gewoonten is vastgelegd; C. 7, 45, 13 (Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.) *(..). (..), cum non exemplis, sed legibus iudicandum est, (..)*; D. 1, 18, 12 (Proculus *libro quarto epistularum*) *Sed licet is, qui provinciae praeest, omnium Romae magistratuum vice et officio fungi debeat, non tamen spectadum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat.* Vert.: Ook al moet het hoofd van de provincie de plaats van alle magistraten te Rome innemen en hun functies vervullen, hij moet toch niet zozeer letten op wat te Rome gedaan is, als wel op wat er gedaan moet worden. Vgl. Huber, die zegt dat de rechtsmacht in Friesland 'even soo gestelt (was) als zy naar Keyserlijke Rechten beschreeven wordt'. U. Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk*, Amsterdam 1768, IV, 14, 2. Zie hierover Lokin c.s., noot 4, 20. De vertaling van teksten uit het *Corpus Iuris* is overgenomen van J.E. Spruit, *Corpus Iuris Civilis*, Tekst en Vertaling, I-VI, 1994-2001.

72 C. 12, 1, 2 (Imp. Constantinus A. Volusiano pp.) *Neque famosis et notatis et quos scelus aut vitae turpitudo inquinat et quos infamia ab honestorum coetu segregat, dignitatis portae patebunt.*

Fredrik Bouwer, en zijn echtgenote Antoinette Gesina Bouwer, geboren Jordens.[73] De burgemeester wilde scheiden en vroeg de magistraat van de stad Deventer het huwelijk te ontbinden. De Romeinsrechtelijke regels over echtscheiding weken sterk af van die in het Overijssselse land- en Deventer stadsrecht. In het Romeinse recht was echtscheiding buitengewoon gemakkelijk. Het huwelijk kon worden ontbonden bij onderlinge toestemming en zelfs door een éénzijdige verklaring.[74] Onder invloed van de Kerk, die sinds de late Middeleeuwen echtscheiding volstrekt ongeoorloofd achtte, veranderden de regels. Na de Reformatie werd echtscheiding toegestaan, echter alleen op grond van overspel en kwaadwillige verlating.[75] Dezelfde twee gronden vinden we in het Landrecht van Overijssel en het Deventer stadsrecht.[76] De burgemeester gooide het over de boeg van overspel. Hij trachtte te bewijzen dat zijn vrouw overspel had gepleegd. Hij beweerde dat zij een dood kind had gebaard en dit stil had begraven. Omdat zij de 'vleselijke conversatie' met hem al sinds lange tijd had geweigerd en toch zwanger was geraakt kon de conclusie volgens hem niet anders zijn dan dat zij was 'geïmpregneerd' door een vreemde man. De referenten aan wie advies werd gevraagd, achtten de burgemeester wegens een gebrek aan bewijs niet ontvankelijk en het huwelijk bleef in stand. Opmerkelijk nu is dat de referenten de zaak hadden kunnen afdoen met de inheemse artikelen uit het land- en stadsrecht, die duidelijke regels geven over de echtscheiding, maar we zien dat ze tevens hun heil zochten bij het Romeinse en canonieke recht. Ook werden verwijzingen naar bijbelteksten en de 'gezonde reden', dat wil zeggen het natuurrecht, niet geschuwd.[77]

De landsrechtelijke bepalingen werden - waar mogelijk - uitgelegd aan de hand van en aangevuld door het *Corpus Iuris Civilis*. De praktijkjurist bekeek het landrecht door een

---

73 Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 822, 16 april 1762.

74 Kaser-Wubbe, noot 60, 284; Lokin, *Prota*, noot 60, PF § 13; Van Oven, noot 60, 470.

75 A.S. de Blécourt, *Kort begrip van het oud-vaderlandsch burgerlijk recht*, Groningen-Batavia 1939, 123; Vgl H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, met aant. van Fockema Andreae, Arnhem 1939, I, 5, 18: Volghens Christus' vermaninge (Math. 5: 32 en 19: 9 *FAJV*) werd in dese landen geen scheidinghe des echts-bands toe-ghelaten, dan door de dood van een der-echtghenoten, ofte door overspel: alle andere willige ofte rechtelicke scheidinge konnen den echtband nochte den rechten daer uit ontstaende niet verbreecken.

76 Landrecht, noot 10, II, 1, 19 en 20; Rechten ende Gewoonten der Stadt Deventer 1642, Deventer 1644. III, 1, 30 e.v. De bedrogen partij kon aan Schepenen en Raad van Deventer vragen in 'hare Christelick vryheyt' gesteld te worden. Overspel was ook strafbaar gesteld. Zo werd de vrouw die voor de eerste maal overspel pleegde gestraft met een boete en opsluiting in het gevang. Was de verleiding een tweede keer te groot, dan werd ze openlijk 'ter exempel' aan de kaak gesteld, werden haren afgeknipt, werd ze gegeseld en vervolgens uit de stad verbannen. De man werd na een eerste maal eerloos, infaam en voor alle openbare ambten en gilden onbekwaam verklaard. Viel hij in herhaling, dan moest hij dezelfde straffen als de vrouw ondergaan.

77 De zaak kreeg nog een staartje toen de vrouw zeven jaar later zelf wilde scheiden, omdat zij door haar man ten onrechte was beschuldigd van overspel. Zij vroeg tevens of zij na de scheiding mocht hertrouwen. Met een beroep op het natuurrecht, de redelijkheid en de billijkheid, werd in dit geval de scheiding uitgesproken. Handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 822, 3 october 1769.

'gemeenrechtelijke bril'.

Nessink waarschuwde echter wel en zei dat het niet altijd veilig was om tot interpretatie van de statutaire wetten zijn toevlucht 'aanstonds te nemen tot het Roomsche recht, (..)'.[78] In zijn commentaar op het landrecht zegt hij voorts dat vele adviezen met het Romeinse recht overeenkwamen, maar verschilden van 'onse rechten en gewoonten'.[79] Om die reden zegt hij weinig acht te hebben geslagen op de 'gewysdens, al dog op syn best genomen maar synde het gevoelen van een of twee Rechts-gepromoveerden'.[80] Anders gezegd, de vonnissen zijn volgens hem slechts meningen van referenten, waar geen rekening mee hoefde te worden gehouden. Toch zijn deze vonnissen niet zonder belang. Zij waren voor de praktijk van grote betekenis. In het bijzonder om erachter te komen hoe de verhouding tussen het landrecht en het Romeinse recht was en hoe landrecht en Romeins recht werden geïnterpreteerd.

We hebben al gezegd dat zelfs na de invoering van de nationale codificaties, waardoor het Romeinse recht formeel zijn gelding verloor, in de adviezen nog steeds een beroep werd gedaan op deze rechtsbron.[81] Het Romeinse recht, dat niet in één keer is ingevoerd, maar '*ex longa consuetudine moribusque diurnis*'[82], in gebruik was gekomen, bleek zo sterk geworteld in de rechtspraktijk dat het een belangrijke plaats wist te behouden.

Ter illustratie van het voorgaande volgt een tweetal rechtsgeleerde adviezen en een geschil waarin een advocaat als arbiter optrad. Het is een willekeurige keuze. Eén advies gaat over stoornis in het bezit. De zaak waarin de advocaat arbiter is betreft de verkoop van een paard met een verborgen gebrek. Hoewel ik mij in het bovenstaande vooral beperkt heb tot het privaatrecht, laat ik de mogelijkheid niet onbenut om ook een advies in een strafzaak te behandelen, al was het alleen maar om na de toch enigszins 'taaie' privaatrechtelijke materie met een 'smeuïge' doodslag te kunnen eindigen. Ook hier zien we dat het gebruik van het Romeinse recht niet werd geschuwd.

78 Nessink, noot 15, voorrede, 12.
79 Nessink, noot 15, voorrede, 12.
80 Nessink, noot 15, voorrede, 13.
81 Kooiker, noot 44; handschriftencoll. VORG, noot 6, HCO, 263, inv. nr 853. 1811-1822.
82 Westenberg, noot 15, zie Fockema Andreae, noot 10, 46

8. Harlinkvoort of Hesselinkvoort; ofwel vissen in andermans vijver[83]
De actie tot behoud van het bezit[84]

8.1 Inleiding

In 1686 kocht Jan ten Cate van de heer Rhede tot Brantlegt de Hof te Barvoorde (Twenthe) met de daarbij gelegen 'visscherije het vrede-water', genaamd 'de Hesselinkvoort'. Het water dat gelegen was bij Rijssen in de buurschap Rectum, was leenhorig aan de provincie Overijssel. Na de dood van Ten Cate ging de Hof met het viswater over op zijn erfgenamen, die voortaan de 'rustige en vredige possessie' hadden, totdat een zekere Eerdewijn van der Horst op een dag zijn hengel in het viswater uitwierp. De erfgenamen van Ten Cate richtten zich bij monde van Lambert Kosters tot het 'Hoge gerichte van de Heerlijkheid Almelo en Vriesenveen'. Zij vroegen de Vrijheer van deze heerlijkheid, de graaf van Rechteren, tevens landdrost van Salland, in het bezit van het water te worden gemainteneerd.[85] Tevens verzochten zij de rechter aan Eerdewijn van der Horst een visverbod in dit water op te leggen.

Eerdewijn verweerde zich door te zeggen dat hij in 1679 'erve en goed Hesselink' had gekocht met een visvijver genaamd 'de Harlinkvoort'. Hij beweerde dat het water waarin hij had gevist tot 'de Harlinkvoort' en niet tot 'de Hesselinkvoort' behoorde en dat hij de eiser dus niet in zijn bezit had gestoord.[86] Zowel Lambert Koster als Eerdewijn beweren dus bezitter te zijn van het water. De rechter moest beslissen wie bezitter was. Er werd tot quadrupliek geprocedeerd; het proces duurde maar liefst van 1712 tot 1724. De rechter wees de Zwolse advocaat, Balthasar Muntz, aan als referent.

---

83 Handschriftencollectie VORG, HCO, 263, inv. nr 840.

84 Zie bijvoorbeeld: C.G. Bruns, *Das Recht des Besitzes*, Tübingen 1848; C.F. von Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, 43 en 44 deel 5, Erlangen 1896 op D. 43, 17; F.K. von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Wenen 1865; J. de Damhouder, *Practycke in civile saecken*, Den Haag 1626, XXXIV e.v.; Lokin, *Prota*, noot 60, ZR § 37; Kaser-Wubbe, noot 60, 103; J.C. van Oven, noot 60, 120 ev.; idem, *De bezitsbescherming en hare functies*, Amsterdam 1905; F.A. de Blécourt, *Kort begrip van het Oud-Vaderlandsch burgerlijk recht*, Groningen-Batavia 1939, 195 e.v.; S.J. Fockema Andreae, *Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht*, I, Haarlem 1906, 200 e.v.; E.M. Meyers, *Etudes d'histoire du droit*, deel II, Leiden 1973, 226 e.v.; Aant. van L.J. van Apeldoorn op de Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid van Hugo de Groot, Arnhem 1939, II, 87 e.v.; P. Godding, La notion de possession du droit Romano-Canonique, in: *Studia Gratiana*, Rome 1976, 315-335; idem, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12^{e} au 18^{e} siècle*, Brussel 1987, p. 227 e.v.; Ghewiet, D. Kleyn, The Concept and the Protection of Possession, in: *Das römisch-holländische Recht*, Berlijn 1992, 541-567.

85 In possessoire- of bezitszaken was de drost bevoegd. Landrecht, noot 10, I 15, 1.

86 De namen scheppen verwarring. De 'Hesselinkvoort' is het viswater dat tot de 'Hof te Barvoorde' van eiser hoorde. 'Erve en goed Hesselink' waren van de gedaagde. Het water dat daarbij hoort is de 'de Harlinkvoort'.

8.2 Eigendom en bezit; bezitsacties

Romeins recht en het Landrecht van Overijssel

De eiser wilde zijn bezit behouden en vroeg derhalve om bescherming van zijn bezit. Volgens Romeins recht bestond, evenals vandaag de dag, een scherp onderscheid tussen eigendom en bezit. Het onderscheid bezit-eigendom had tot gevolg dat er twee verschillende procedures gevoerd konden worden; te weten één over het bezit en één over de eigendom. Voordat over het recht van eigendom werd geprocedeerd, werd in een bezitsproces eerst vastgesteld wie bezitter was. Degene die het bezit kreeg toegewezen, kon achteroverleunen totdat de wederpartij in een daarop volgend proces over de eigendom een beter recht bewees, dat wil zeggen dat de wederpartij het moeilijke bewijs moest leveren dat hij eigenaar was.

Uit het bovenstaande volgt dat bezit, de feitelijke toestand, werd beschermd. Werd iemand gestoord in zijn bezit of werd zijn bezit hem ontnomen, dan hoefde hij dus niet meteen een proces te beginnen over de eigendom, en het veelal moeilijke bewijs te leveren dat hij eigenaar was, maar kon hij eerst vragen om te worden beschermd in het bezit. Deze bescherming werd verleend door middel van *interdicta*, niet door acties. Interdicten waren geboden en verboden van de praetor. De interdictenprocedure had de kenmerken van een kort geding. Er bestond een indeling van bezitsinterdicten al naar gelang zij op verkrijging, op behoud of op herverkrijging van het bezit gericht waren: de *interdicta adipiscendae, retinendae et recuperandae possessionis*. Voor onroerend goed, waartoe wij ons voorlopig[87] omwille van de casus beperken, was er het interdict *uti possidetis*. Dit interdict beschermde de bestaande feitelijke toestand ten tijde van het verlenen van het interdict. Het richtte zich tot beide partijen met het verbod verandering te brengen in het bezit, zoals dat op dat ogenblik was, tenzij de bezitter ten opzichte van zijn wederpartij gebrekkig bezat. Of anders gezegd: degene die op het moment van de uitvaardiging van het interdict bezitter was, werd in zijn bezit beschermd, tenzij hij het bezit op ongeoorloofde wijze, heimelijk of met geweld van de wederpartij had gekregen.[88] Laatstgenoemde kon in dat geval de *exceptio vitiosae possessionis* opwerpen.

Zowel de scherpe scheiding tussen bezit en eigendom als de bezitsbescherming is gerecipieerd. Ook in het Overijsselse Landrecht van 1630 wordt onderscheid gemaakt tussen eigendom en bezit. In I, 8, 1 lezen we dat er met de ‘reale actie’ of zakelijke actie over de eigendom wordt geprocedeerd en in de titel ‘Over possessoire zaken’ vinden we het middel om bescherming van het bezit in te roepen. Er bestonden net als in het

87 Bij de bespreking van het huidige recht waarbij de Romeinsrechtelijke bezitsbescherming met de bezitsbescherming in ons BW vergeleken wordt komt de bezitsbescherming van roerend goed aan de orde.

88 D. 43, 17, 1, pr.

Romeinse recht twee verschillende procedures: 'ten petitoir', dat wil zeggen over de eigendom en 'ten possessoir', over het bezit. Ik beperk me tot de bescherming van het bezit. 'Om de possessie te bekomen, mag men Procederen met eenig Interdict, (..), over een komstig met het gemeene Regt, (..)', zegt Nessink in zijn commentaar op het landrecht.[89] Niet alleen om bezit te krijgen of terug te krijgen maar ook om het bezit te behouden kon met een interdict worden 'geageerd'. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Lambert Kosters c.s. in onze casus over het viswater het Romeinse of 'gemene' interdict voor de rechter inriep. Het betreft hier het *interdictum retinendae possessionis*, het interdict tot het behoud van het bezit.

Tot zover komt het landrecht wat betreft de bezitsbescherming met het Romeinse recht overeen. We zullen echter zien dat de uitwerking van het interdict in het landrecht op twee belangrijke punten van het Romeinse recht afweek.

De referent, B. Muntz, besprak de overeenkomsten en de verschillen tussen het landrecht en het Romeinse recht, als ware het een collegedictaat. Tal van Digesten- en Codexteksten werden aangehaald. Hij verwees tevens naar rechtsgeleerde schrijvers, onder wie Voet, Carpzovius, Menochius en Bort. Niet alleen de regels over de bezitsbescherming, maar ook de bepalingen aangaande getuigenverklaringen, die in deze zaak een belangrijke rol speelden, kwamen aan de orde. Tot slot kwam de verjaring ter sprake. Het woord is aan Muntz.

8.3 Advies van 22 augustus 1724

De eisers hadden geageerd '*interdicto retinendae possessionis*' volgens deel I, titel 15, artikel 2 van het Landrecht van 1630. Dit artikel luidt als volgt:

> 'In Interdicto retinendae, sal insgelijcks niemant voortaen tot sijn versoeck in die possessie worden gemainteneert: Ten ware dat hy jaer ende dag, als Eygenaer ende Proprietaris, sonder gerichtelicke interpellatie daerinne gewest waere, ofte alsulcke possessie doer eenen anderen in gehadt hadde, ter goeder trouwen, middels titul of inganck tot overdragt des eygendoms[90] nae Lantrechte bequaem sijnde.'

Lambert Kosters c.s. moest derhalve bewijzen dat hij ten minste een jaar en een dag in het bezit van het viswater was geweest als ware hij eigenaar, zonder dat hij in rechte was aangesproken, en dat hij te goeder trouw bezat, met een titel. Een titel zou bijvoorbeeld een koop- of schenkingsovereenkomst kunnen zijn. Verder moest hij bewijzen dat hij in zijn bezit was gestoord.

We merkten reeds op dat de actie tot bescherming van het bezit in het landrecht op twee

---

89 Nessink, noot 15, 263.

90 'Inganck tot overdragt' is gelijk aan titel.

punten afweek van de bezitsbescherming in het Romeinse recht. In de eerste plaats was het ongestoord bezit van jaar en dag vereist. Dit vereiste kwam uit 'het Germaanse recht'.[91] Het tweede verschil is het vereiste van de titel en de goede trouw.[92] In het Romeinse recht werd in tegenstelling tot het landrecht ook de bezitter te kwader trouw beschermd[93]; goede trouw noch titel hoefde te worden bewezen. De 'Roomsche wetten' - in casu C. 3, 31, 11 - achtten het onnodig, ja zelfs onrechtvaardig dat de bezitter de reden van zijn bezit moest aantonen.[94] Ook bezitters te kwader trouw werden in het bezit gehandhaafd, tenzij zij heimelijk, ter bede of met geweld het bezit van de wederpartij hadden verkregen.[95] Het zijn van bezitter was voldoende. De titel toonde hooguit aan dat het bezit niet gebrekkig was. Wierp de gedaagde op dat de eiser *vi* of *clam* bezat, dan kon de eiser met een titel het tegendeel bewijzen.

---

91 De Romeinsrechtelijke eis van niet-gebrekkig bezit (*nec vi aut clam*) past slecht bij het *interdictum retinendae* omdat de betekenis van jaar en dag naar Germaans recht juist hierin lag, dat hij gebrekkig bezit tot deugdelijk bezit maakte. Van Apeldoorn, noot 84, 94.

92 Het artikel in het landrecht is geformuleerd als de *actio Publiciana*, de actie waarbij de verjaringsbezitter titel en goede trouw moet aantonen. Titel en goede trouw werden ook geëist in het stadsrecht van Deventer, noot 76, II, 17 a. 1.

93 Uiteraard niet tegen de eigenaar, aan wie hij het bezit had ontnomen. De eigenaar kon zich van de *exceptio vitiosae possessionis* bedienen. Een voorbeeld. A en B zijn buren. Achter de percelen van A en B ligt een stuk grond dat aan A toebehoort. B verplaatst op eigen houtje de schutting en trekt op deze wijze een deel van de grond van A bij zijn (B's) perceel. A roept bescherming in van zijn bezit. Het *interdictum possidetis* heeft tot gevolg dat degene die op het moment van het verlenen van het interdict het bezit heeft wordt beschermd en dat is B, de bezitter te kwader trouw. A kan zich echter verweren door zich erop te beroepen dat B ten opzichte van hem heimelijk bezit en de genoemde exceptie opwerpen. B wordt dus niet beschermd tegen A. Maar wel tegen anderen. Als bijvoorbeeld op zijn beurt C, de achterbuurman van B, zijn (C's) schutting verplaatst zodat hij het stuk grond dat oorspronkelijk bij het perceel van A behoorde en dat B had 'ingepikt' bij zijn (C's) perceel trekt, wordt B ten opzichte van C wél beschermd in zijn bezit.

94 C. 3, 31, 11 (Impp. Arcadius et Honorius AA. Aeternali proconsuli Asiae): *Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere incivile est praeter eum, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.* Vert.: Het zou onbehoorlijk zijn, wanneer de bezitter door degene die hem aanspreekt gedwongen zou kunnen worden de titel van zijn bezit te bewijzen, met uitzondering echter van degene die wordt gedwongen te zeggen of hij als erfgenaam of als bloot-bezitter bezit. Vgl C. 8, 4, l.f. unde vi.

95 Muntz noemde D. 43, 17, 1/2/3, welke teksten handelen over het hierboven reeds ter sprake gekomen interdict *uti possidetis*. Ik geef alleen het begin van D. 43, 17, 1 weer waarin Ulpianus een definitie geeft van dit interdict. (Ulpianus *libro sexagensimo nono ad edictum)*: *Ait praetor 'Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ad altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto'*. Vert.: De praetor zegt: 'Zoals gijlieden dat huis waarover het geschil gaat, noch met geweld noch heimelijk noch ter bede ten opzichte van elkaar bezit, [ten aanzien daarvan] verbied ik dat geweld gebruikt wordt dat erop gericht is dat gijlieden niet langer op deze wijze bezit.' Voorts noemde hij D. 43, 26, 17 waarin gezegd wordt dat degene die grond ter bede bezit van dit interdict gebruik kan maken tegen iedereen, behalve tegen degene van wie hij ter bede bezit. D. 43, 26, 17 (Pomponius *libro vicesimo tertio ad Sabinum.*) *Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.* Ten slotte wees hij naar Instituten 4, 15 '*De Interdictis*', over interdicten.

Fockema Andreae[96] concludeert uit deze afwijking in het landrecht, waar goede trouw en titel worden geëist, dat in Overijssel het Romeinse interdict *uti possidetis* niet is gerecipieerd. Hij zegt over de bezitsacties in het Landrecht van Overijssel dat men zou menen dat het landrecht met het onderscheid tussen *interdicta adipiscendae, retinendae et recuperandae possessionis* in Romeins vaarwater terecht was gekomen, maar dat het er ver van af was omdat in tegenstelling tot het Romeinse recht titel en goede trouw vereist waren. Men kende volgens hem in Overijssel onder de Republiek geen zuivere, dat wil zeggen Romeinsrechtelijke, bezitsbescherming. Bij gebrek aan een provinciaal Hof in Overijssel[97] was er geen rechtscollege als elders dat bij ontbreken van bescherming van bezit naar landrecht, deze ter hand placht te nemen.[98] De Romeinsrechtelijke bezitsactie zou ook hierom niet in Overijssel zijn gerecipieerd.

Waar nu kwam die afwijking in het landrecht vandaan? De Romeinsrechtelijke regel die zelfs bescherming bood aan iemand, die niet wist hoe hij aan het goed gekomen was en die daarom had moeten weten dat de zaak niet van hem was,[99] is volgens Muntz eerst veranderd in het canonieke recht door Paus Innocentius III en later door de opstellers van het landrecht in Overijssel overgenomen. De uitspraak van de paus is opgenomen in het *Liber Extra*, in X. 2, 19, 9.[100] De paus moest in de volgende zaak uitspraak doen. Het ging om een grondgebied met jurisdictie en andere heerlijke rechten waarvan twee personen met getuigen hadden aangetoond dat zij die rechten vele jaren hadden uitgeoefend. De

---

96 Noot 84, 226

97 Ten gevolge van de receptie van het Franse proces-recht, dat via Vlaanderen ons land binnen is gedrongen, werden de gerechtshoven hier te lande naar Frans model ingericht en vond het franse bezits-proces toepassing. Er waren drie bezitsacties, de *maintenue*, de *complainte* en de *actio spolii*. Beide acties, ook wel mandamenten genoemd, konden in geval van stoornis in het bezit worden aangewend. Ging het om leen of geestelijke goederen, dan werd een juiste titel geëist. Men verwees hierbij wederom naar X. 2, 19, 9. De derde actie, de *actio spolii* of réintegrande, kon evenals de complainte worden aangewend bij de ontzetting uit het bezit. De maintenue en de complainte dekten elkaar ook gedeeltelijk. Dit is te verklaren door het ontstaan van de drie acties onder verschillende Germaanse, Romeinse en Canonieke invloeden. In plaats van dat de juristen dit hadden begrepen, hebben zij de acties niet zelden trachten te wringen in Romeinse banden en hebben zij veel verwarring gesticht. Zo werd de maintenue bestempeld tot een *uti possidetis*. Van Apeldoorn, noot 84, 94.

98 Men was op weg zegt hij. Artikel 31 van de landbrief van Johan van Vernenborg bevatte de bepaling, dan men de annale bezitter zou houden in zijn bezit, tot dat hij er met recht werd uitgewonnen. Deze bepaling werd nader uitgewerkt in artikel 3 van de Nye reformatie van 1546, volgens welke de ambtlieden ieder die bezit van jaar en dag had steeds zouden sterken en houden in zijn gebruik. Winhoff zegt zelfs in zijn commentaar op dit artikel „also hefft ein ieder overicheit unde richter dat interdictum uti possidetis, den gemenen landfreden, voert anderen maneren unde remedia der rechten, daer mede enes ideren possession tho beschermen unde rustich tho holden, gewelt unde spolia tho weren unde tho straffen enz. Fockema Andreae, noot 84, 226 e.v.

99 Hij wees op C. 8, 4, 11, 1 (Imp. Iustianiaus A. Iohanni pp.) *Omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, (..).* Vert.: Iedereen moet weten, dat wat niet het zijne is in ieder geval aan anderen toebehoort.

100 Zie over deze tekst heel uitvoerig Von Savigny, noot 84, 529 e.v.

paus moest beslissen wie in het bezit werd beschermd en besliste als volgt. Omdat de ene partij zestig jaar bezitsdaden had verricht en tevens een titel kon aantonen, terwijl de andere partij vijftig jaar bezitsdaden had verricht zonder zich op een titel te kunnen beroepen moest eerstgenoemde volgens het *interdictum uti possidetis* worden beschermd:

> 'Als de eiser en gedaagde in een proces over het bezit moeten bewijzen, dan wint degene, die het oudste bezit bewijst, vooral wanneer het door een titel wordt gerechtvaardigd, ofwel hij die betere bewijsmiddelen met betrekking tot het bezit aanvoert.'[101]

Deze tekst is lange tijd uitgelegd als zou Innocentius voor de bezitsactie een nieuw vereiste hebben ingevoerd, te weten een titel. Met andere woorden: wilde iemand met succes het *interdictum uti possidetis* inroepen dan moest hij zich op een rechtmatig bezit kunnen beroepen. De aanwezigheid van een titel werd als materieel vereiste beschouwd. Om als bezitter te worden beschermd moest de aanvrager van het interdict kunnen aantonen dat hij het bezit op rechtmatige wijze had verkregen, door middel van een titel; hij moest te goeder trouw zijn. Voor de bescherming van het bezit zou het beroep op het bezit alleen onvoldoende zijn. Deze interpretatie van X. 2, 19, 9 was volgens Muntz overgenomen door de opstellers van het landrecht in Overijssel en daarom eiste het landrecht een titel en goede trouw.

De regel van X. 2, 19, 9 waarin Paus Innocentius degene die een titel kon aantonen in zijn bezit beschermt, houdt echter iets anders in. De titel in X. 2, 19, 9 moet niet worden gelezen als een materieel vereiste voor het slagen van de bezitsactie, maar dient slechts tot bewijs van het bezit.[102] Alleen het hebben van bezit is voldoende voor het slagen van de bezitsactie. Beweren echter twee personen bezitter te zijn, zoals in X. 2, 19, 9 dan is er een probleem. De paus bepaalde dat degene die het langst het bezit had gehad en een titel kon tonen als bezitter werd aangemerkt en beschermd. De titel diende hier als bewijs van het bezit. Dit bezit kon evenwel net zo goed door getuigen worden bewezen. De beslissing van de paus laat zich volgens Savigny zeer goed met het Romeinse *interdictum uti possidetis* verenigen. Het interdict eiste in de eerste plaats: tegenwoordig bezit. Het bezit nu was in de canoniekrechtelijke casus wegens elkaar tegensprekende getuigen twijfelachtig. De ene partij (A) toonde aan zestig jaar te hebben bezeten en de andere partij (B) vijftig jaar. Het stond dus vast dat A tien jaar voor B het bezit moest hebben gehad. Omdat niet was gebleken dat A het bezit had verloren en naast het bezit van A geen ander tegelijk bezitter

---

101 X, 2, 19, 9: *Si actor et reus in interdicto retinendae possessionis probant, obtinet is, qui antiquiorem possessionem probat titulo maxime iustificatam, vel meliores probationes respectu possessionis adduxit.*

102 Von Savigny, noot 84, 529 e.v.; J. Voet, *Differentiae juris civilis et canonici*, Leuven 1763. XLIV lex: *Interdicto uti possidetis, et utrubi, vincit ille, qui tempore litis contestatae non vi, clam, vel praecario ab adversario possidet.* Can: *In his interdictis is vincit, qui antiquiorem et justiorem possessionem probare potest.* H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, I, Älteres gemeines Recht 1500-1800, München 1985, 284.

kon zijn geweest[103], werd bij gebrek aan een ander bewijs aangenomen dat het bezit van A voortduurde. De tweede eis die aan het interdict *uti possidetis* werd gesteld was *possessio non vitiosa* ofwel het bezit mocht niet gebrekkig zijn. Omdat A een titel kon overleggen en B niet, was het daardoor hoogstonwaarschijnlijk dat A een *possessio non vitiosa* had. En gesteld dat B het bezit had, dan had hij (B) waarschijnlijk een *possessio vitiosa*, zodat hij verloor. In bovenstaande zin - als bewijsmiddel - moest de titel worden opgevat. Dat de titel als bewijsmiddel moet worden opgevat blijkt ook uit het opschrift van de titel waarin de tekst is opgenomen, *De Probationibus*, en uit de woorden van X. 2, 19, 9: 'Wij erkennen dat in deze zaak het interdict *uti possidetis* niet aldus plaats heeft, dat wij moeten zeggen: zoals gij bezit, zo zult gij bezitten; omdat de bewijzen van de kerk veel sterker zijn en zij daarom in dit interdict moet winnen'.[104] Ook de glosse is duidelijk:

> 'Maar waarom zijn zij gehouden een titel te laten zien, wanneer ze aannemelijk willen maken dat ze het bezit gehad hebben, terwijl de bezitter niet gedwongen wordt de titel van zijn bezit te verklaren? Daarom zeggen sommigen, dat, waar de bezitter vraagt dat hij niet wordt gestoord, hij zijn titel wel moet aantonen. Maar dit is niet waar. Want de waarde van het laten zien van een titel, wanneer wordt geageerd met het interdict *uti possidetis*, ligt hierin dat het duidelijk maakt dat hij betere rechten heeft, omdat hij die betere rechten heeft wint in dit interdict: uit het feit dat hij een titel heeft, blijkt namelijk dat hij niet heimelijk, met geweld of ter bede bezit. Het is echter bij dit interdict niet nodig te bewijzen, dat men terecht bezit, maar het is genoeg dat men niet heimelijk of ter bede ten opzichte van de wederpartij bezit.'[105]

Zoals is gebleken bestond er echter een andere traditie die uit X. 2, 19, 9 de conclusie trok dat bij het *interdict uti possidetis* het aantonen van een titel een materieel vereiste is. De weerslag van deze traditie vinden we terug in de formulering van het *interdictum retinendae possessionis* in het Landrecht van Overijssel. De afwijking op het punt van de titel berust derhalve op een bepaalde uitleg van Romeins-canoniek recht. Maar dat betekent niet dat de bezitsactie in het landrecht ver van het Romeinse recht afstaat, niets met Romeins recht te maken zou hebben en niet gerecipieerd recht is, zoals Fockema

---

103 D. 41, 2, 3,5 (Paulus *libro quinquagensimo quarto ad edictum*) *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.* Daarentegen kunnen niet meerdere personen dezelfde zaak in haar geheel bezitten; het zou immers tegennatuurlijk zijn als, terwijl ik al iets bezet houdt, ook gij wordt geacht dat bezet te houden.

104 *Nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto Uti possidetis, ut dicere debeamus: Uti possidetis, ita possideatis; cum probationes Ecclesiae longe sint potiores: et ideo sit in interdicto superior.*

105 *Sed quare tenentur isti ostendere titulum, cum probent se possedisse, et possessor non compellitur dicere titulum suae possessionis (..)? Propter hoc dicunt quidam, quod ubi possessor petit se non inquietari, debet probare titulum. Sed hoc non est verum. Ad hoc enim valet assignare titulum, cum agitur interdicto uti possidetis, ut per hoc videatur habere potiora iura: quia qui potiora iura habet, obtinet in hoc interdicto: cum enim habeat titulum, patet, quod nec vi, nec clam, nec precario possidet: (..). verumtamen in hoc interdicto non est necesse probare, quod quis iuste possideat, sed sufficit, quod nec clam, nec praecario ab adversario possideat.*

Andreae zegt. De bezitsactie in het landrecht van Overijssel is wel degelijk gerecipieerd recht. De actie is afkomstig uit een canoniekrechtelijke tekst, die handelt over het Romeinsrechtelijke interdict *uti possidetis*. Deze decretale is zoals gezegd verkeerd uitgelegd en deze verkeerde uitleg is in het landrecht terecht gekomen. Uiteindelijk is de bezitsactie in het landrecht dus een canoniekrechtelijke toepassing van de Romeinsrechtelijke bezitsactie, waarbij goede trouw en titel worden geëist.

We keren terug naar het betoog van Muntz. Dat de eiser volgens het Overijssels landrecht moest bewijzen dat hij bezitter te goeder trouw was 'met titel of ingang tot overdracht van eigendom bekwaam' betekende overigens niet dat het recht van eigendom en dus de 'actie ten petitoire' in deze interdictenprocedure ter discussie werd gebracht, omdat de possessoire en petitoire actie zeer van elkaar verschilden. Muntz wees op D. 41, 2, 12, 1 waarin Ulpianus niet schroomt te zeggen dat eigendom niets met bezit te maken heeft.[106] Verder noemde hij C. 7, 96 waarin de wetgever duidelijk wil dat herstel in het bezit zo moet geschieden, dat de vraag over de eigendom nog niet aan de orde komt.[107] Ook volgens het landrecht wordt, zoals gezegd, uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen bezit en eigendom. Het vereiste dat hier aan de bezitter werd gesteld, te weten het aantonen van een titel, diende in dit proces over het bezit alleen maar om het bezit te rechtvaardigen en de goede trouw te bewijzen. Het ging niet om de wettigheid of bestendigheid van het recht van eigendom. De aanvrager van het interdict hoefde dus niet te bewijzen dat hij eigenaar was. Dit bewijs van de eigendom hoorde thuis in het proces over de eigendom, gelijk het landrecht bepaalde in I, 15, 3.[108] Muntz wees op de schrijvers Pistor, Carpzovius, Menochius en Bort. Carpzovius schreef het volgende:

> 'En de artikelen over de eigendom worden in die zin van toepassing en relevant genoemd voor het behoud van het bezit, niet met de bedoeling dat er een beslissing over petitoir of eigendom wordt gegeven, maar om de bezitsactie te kleuren en tot ondersteuning van het gezag van het interdict. Want dergelijke artikelen bieden geen geringe ondersteuning bij het interdict tot behoud van het bezit, omdat het uiteindelijke resultaat wordt gevormd op basis van een er aan voorafgaande titel en het getituleerde bezit wordt gesteld boven het blote bezit, omdat het op grond van een titel meer wordt gerechtvaardigd.'[109]

---

106 D. 41, 2, 12, 1 (Ulpianus *libro septuagensimo ad edictum*): *Nihil commune habet proprietas cum possessione: (..).*

107 C. 7, 69, 1 (Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Ad Eusignium pp.): *ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.*

108 Landrecht, noot 10, I 15, 3: (..) ende of den titul van dien bestendig is ofte niet, also sulx ten petitoir gehoort.

109 *Atque ita articuli de proprietate in possessorio retinendae pertinentes et relevantes dicuntur, non quidem ad eum effectum, ut sententia super petitorio vel dominio feratur sed ad colorandum possessorium, et ad coadjuvandum vires interdicti. Non parum enim ejusmodi articuli patrocinantur interdicto retinendae possessionis, quia ex primordio tituli posterior formatur eventus, et titulata nudae praefertur possessioni, quia ex titulo magis justificatur.* B. Carpzovius, *Responsa iuris electoralis*, Leipzig 1642, lib. 3, tit. 7, resp. 73, nrs 19 en 20. Vgl. H. Pistoris, *Quaestionum juris tam Romani quam Saxioni libri quattor*, I-IV, Leipzig 1597-1609, lib. 4, quest. 18, nr 12; J. Menochius,

Gezien de eisen die het landrecht stelt ligt het voor de hand dat Muntz veel aandacht besteedt aan de titel. De eisers hadden met de koopbrief de koopovereenkomst tussen hun vader, Ten Cate, en de heer Rhede tot Brantlegt bewezen. Tevens hadden zij de acte van belening kunnen overleggen. Hun bezit berustte dus op een titel en was te goeder trouw. Ook aan het andere vereiste, het bezit van een jaar en een dag, was voldaan. Hiertoe werd een aantal getuigenverklaringen overgelegd, waaruit genoegzaam bleek dat Ten Cate en zijn erfgenamen 'de visscherije de Hesselinkvoort' altijd publiekelijk en vredig hadden gebruikt, zonder daarin door een ander te zijn gestoord.

Het volgende punt betrof de stoornis door Eerdewijn van der Horst. Had Eerdewijn wijlen Ten Cate daadwerkelijk in zijn bezit van 'de Hesselinkvoort' gestoord? Partijen waren het eens over de plaats waar Van der Horst had gevist, maar het meningsverschil betrof het antwoord op de vraag of de 'streng' of beekje waarin hij had gevist wel deel uitmaakte van 'de Hesselinkvoort', dat in bezit was van Ten Cate. Volgens Van der Horst behoorde de 'streng' niet tot 'de Hesselinkvoort', maar tot de 'Harlinkvoort', waarvan hijzelf beweerde eigenaar en bezitter te zijn. Hij had daar altijd gevist en korven in uitgezet. Hij had Ten Cate dan ook niet gestoord in het bezit. Van der Horst was van mening dat de eiser niet het recht had om vissen in 'streng' behorende tot de 'Harlinkvoort', tenzij met zijn (Van der Horst's) toestemming. Het meningsverschil betrof dus de vraag waar de grens lag tussen 'de Hesselinkvoort' en de 'Harlinkvoort'.

Van der Horst meende dat de grensafbakening in het proces over de eigendom thuishoorde en dat over de grens geen beslissing mocht vallen in het proces over het bezit. Hierop zei Muntz dat volgens C. 3, 39, 3 de kwestie over de grenzen inderdaad eigenlijk in het proces over de eigendom thuishoorde, maar dat volgens dezelfde wet het bezit daaraan zodanig was verknocht dat eerst deze kwestie in het proces over het bezit moest worden beslist[110], dat is '*quantum ego et vicinus hactenus possiderimus*' (hoeveel ik en de buurman tot nu toe hebben bezeten)[111] In het proces over het bezit kon men niet aan de grensbepaling voorbijgaan. In het landrecht werd bij het *interdictum retinendae possessionis* mede de eigendom in zoverre in overweging genomen om te weten met welk recht iemand bezat. Omdat het recht of de titel van het bezit van de eiser afhing van de vraag waar de grens lag, moest daarover in het proces over het bezit worden geoordeeld. Het was dan ook noodzakelijk om te kijken of de 'streng' waarin Van der Horst had gevist tot 'de

---

De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione, Keulen 1614, remed. 3, 734: *Ea est ratio, quia ille, qui titulum habet, potiora iure habere dicitur. (..) ex antiquitate tituli praesumi possessionem antiquiorem, et ex eo titulo possessionem subsecutam*; *Alle de wercken van Mr pieter Bort*, VI, Complaincte, Leiden 1731, tit. 5, nr 4.

110 C. 3, 39, 3 (Imp. Constantinus A. ad Tertullianum) *Si quis super iuris sui locis prior de finibus detulerit querimoniam, quae proprietas controversiae cohaeret, prius super possessione quaestio finiatur (..).*

111 J. Brunnemann, *Commentarius ad Codicem Justinianeum*, Leipzig 1717, ad C. 3, 39, 3, 2.

Hesselinkvoort' behoorde, zonder dat gekeken werd of de 'streng' in eigendom aan de eiser Ten Cate 'toekwam'. Muntz wees op een Digestentekst waarin wordt uitgewijd over het begrip 'pertinere' oftewel 'toekomen'. Dit begrip, zo zegt Pomponius, 'is zowel van toepassing op de opvordering van zaken die ons eigendom zijn, als op die zaken die wij op grond van een of ander recht in bezit hebben[112], ook al zijn deze niet ons eigendom. En ook van zaken die tot geen van beide categorieën behoren, maar daartoe wel kunnen behoren, zeggen wij dat zij ons toekomen'.[113] Muntz wijst ook op Gail.[114]

Muntz achtte het bewijs dat Van der Horst de bewuste 'streng' had gekocht overigens onvoldoende. In de koopacte van 11 juli 1679 was alleen sprake van het 'erve en goed Hesselink, met sijne twee waeren en visscherije daar an dependerende'[115]. Het viswater werd 'Harlinkvoort' genoemd. Niet met zekerheid kon worden vastgesteld dat de betwiste 'streng' tot de 'Harlinkvoort' behoorde. Ook werden getuigen gehoord. De getuigen voor de eiser verklaarden nooit beter te hebben geweten en altijd te hebben gehoord dat de 'streng' bij 'de Hesselinkvoort'[116] hoorde. Hoewel deze verklaringen geen absolute zekerheid garandeerden, moesten ze volgens Muntz toch voor legaal bewijs worden gehouden, omdat het bewijzen van oude 'limietscheidingen' erg moeilijk is. Niet de eigen waarneming, maar ook getuigenissen uit het verleden, 'van horen zeggen', waren bij dit bewijs belangrijk. Hij verwijst onder andere naar Voet, Cujas, Tulden, Brunnemann en Bossidus.[117]
De getuigen van de tegenpartij kwamen uiteraard tot een andere conclusie, waarbij één getuige zichzelf tegen sprak. Muntz wees op D. 22, 5, 2 waarin Modestinus opmerkt dat

---

112 Bijvoorbeeld als je te goeder trouw van een niet-eigenaar hebt verkregen.

113 D. 50, 16, 181 (Pomponius *libro trigensimo quinto ad Sabinum*) *Verbum illud 'pertinere' latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint, et eis, quas iure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.*

114 *Utrobique dicunt verbum illud pertinere etiam in nudo possessorio seu re pertinente ratione possessionis tantum verificari posse.* A. Gail, *Practicarum observationem, tam ad processem iudiciarum, praesertim Imperialis Camerae, (..)*, I-II, Keulen, 1634, II, obs. 63, nr 2.

115 Advies, noot 83, p. 262

116 Nogmaals: De 'Hesselinkvoort' is het viswater dat tot de 'Hof te Barvoorde' van eiser hoorde. 'Erve en goed Hesselink' waren van de gedaagde.

117 *Probantur enim fines per testes, non tantum cum ipsi de ecrta sua scientia deponere sed et cum de auditu visuque aliorum, id refertium, in quantum in antiquis non oculatis tantum, sed et auritis testibus credendum est.* Want oude grenzen worden bewezen door getuigen, niet zozeer door wat zijzelf met zekerheid uit eigen wetenschap verklaren, maar ook wanneer zij verklaren van horen en zien van anderen; niet slechts moet aan ooggetuigen geloof worden gehecht maar ook aan getuigenissen 'van horen zeggen'. J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, I-II, Den Haag 1757, ad D. 10, 1, 9. Vgl. J. Cujas, *Opera Omnia*, III, Napels 1758, obs. 26; D.Tuldenus, *Commentarius ad Codicem Justinianeum*, Leuven 1701, ad C. 3, 39, 6; Brunnemann, *Commentarius in leges Pandectarum*, Wittenberg 1714, ad D. 22, 3, 28: *in facto immemoriali probando sufficiunt testes de auditu; post alios.* Bossidus zegt het volgende: *Praeterquam quod modica varietas, etiam in substantialibus, testibus fidem non tollit.* A. Bossidus, *De Testibus*, Heidelberg 1574, nr 32.

men geen acht dient slaan op getuigen die tegenover de betrouwbaarheid van hun eigen getuigenverklaring aarzelend staan.[118] Een andere regel was dat in geval van tegenstrijdigheid aan het grootste getal van getuigen geloof moest worden gehecht, volgens X. 2, 19, 9.[119] Deze regel ging in het bijzonder op bij dit interdict. Muntz haalde Menochius[120], Carpzovius[121] en twee teksten uit het *Liber Extra* aan.[122] Niet alleen had de eiser meer getuigen, maar ook waren deze getuigen doorgaans ouder en dus van 'langer ondervinding', hetgeen te prefereren was bij het bewijs van oude grenzen en zaken uit een verder verleden. Deze zes overeenstemmende getuigen hadden het viswater wel 40 tot 60 jaar gekend. De getuigen van de gedaagde waren 22 en 30 jaar oud en dus te jong om over zulke oude zaken te kunnen getuigen. Muntz wees op Tiraquellus, Carpzovius en Menochius.[123]

Al met al achtte Muntz bewezen dat het deel waarin Eerdewijn van der Horst gevist had tot het viswater 'de Hesselinkvoort' behoorde. En aangezien Eerdewijn erkende dat 'de Hesselinkvoort' tot het bezit van de eiser hoorde, was ook bewezen dat de eiser bezitter was van het kwestieuze gedeelte, getuige de rechtsregel in D. 50, 17, 113: 'In het geheel ligt ook het deel besloten'.[124] Voor het behoud van dit bezit was het voldoende dat men een deel gebruikte. Om het bezit van het viswater te behouden behoefde de eiser niet voortdurend het geheel te gebruiken. Zo zegt Paulus in D. 8, 6, 8, 1 dat hij die over een gedeelte van een voetpad gaat, geacht wordt het gehele recht door gebruik te behouden.[125]

---

118 D. 22, 5, 2 (Modestinus *libro octavo regularum*) *In testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est: et ideo testes, qui adversus fidem sueae testationis vacillant, audiendi non sunt.*

119 X. 2, 19, 9: *(..) per testes numero plures, quibus potius lux veritatis assistit, (..).*

120 *In hoc interdicto retinendae possessionis, ubi caetera paria sunt probationes illae meliores et efficaciores, ita obscurant atque debilitant minus efficias, ut minus verae credantur, ut mirum minime sit, si is qui melius probat, obtineat.(..) et est efficacior probatio, cum unus habet plures testes, quam alter. (..) et est efficacior probatio, cum unus habet plures testes, quam alter.* Menochius, noot 109, rem. 3, nrs 718 en 722.

121 Carpzovius, *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*, Frankfurt am M. 1650, part 1, const. 16, def. 45.

122 X. 1, 6, 57: *(..), ubi maior numerus est, zelus melior praesumatur.* X. 1, 29, 21: *(..) integrum sit judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur. (.).*

123 *Quae regula testes seniores junioribus praeferendos, maxime procedit in antiquis, et in probandis finibus, ubi de rerum memoria agitur uti recte docet et multis latibus confirmat* A. Tiraquellus, *De nobilitate et iure primigeniorem,* Leiden 1559, praef. nr 150. Vgl. Carpzovius, noot 121, const. 16, def. 43, nr 4; Menochius, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis etc.*, Keulen 1628, lib. 2, cas. 526, nr 28.

124 D. 50, 17, 113 (Gaius *libro tertio ad edictum provinciale) In toto et pars continetur.* Verder wees hij op D. 6, 1, 76 pr. Deze tekst gaat over de revindicatie. Gaius merkt hier op dat hetzelfde wat is gezegd over het revindiceren van een zaak als geheel, ook moet worden verstaan over het revindiceren van een gedeelte. (Gaius *libro septimo ad edictum provinciale*) *Quae de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda sunt, (..).*

125 D. 8, 6, 8, 1 (Paulus *libro quinto decimo ad Plautium*) *Is qui per partem itineris it totum ius usurpare videtur.*

In D. 41, 2, 3, 1 merkt dezelfde jurist op dat iemand die een perceel grond in bezit wil nemen niet over alle aardkluiten hoeft te lopen; het is voldoende dat hij een willekeurig stuk van dat perceel betreedt, mits hij de bedoeling heeft en van zins is om het gehele perceel grond tot aan de grens te bezitten.[126]

Restten er nog twee argumenten van gedaagde, waarop Muntz inging. Het argument van gedaagde, dat de eiser geen recht had om te vissen, tenzij met toestemming van de gedaagde, faalde om bovengenoemde reden eveneens. De eiser had een beter bewijs dan de gedaagde. Hij had niet zomaar gevist, maar als eigenaar en bezitter met een titel, zoals het landrecht eiste. De eiser had derhalve geen toestemming nodig, want de eigenaar hoefde zich niet te bekommeren over de wetenschap van en het dulden door een ander. Keizer Constantijn zegt in C. 4, 35, 21 dat men in eigen zaken heer en meester is.[127] Muntz wees vervolgens op Pomponius die in D. 50, 17, 11 zegt dat datgene wat ons eigendom is zonder ons toedoen niet aan een ander kan worden overgedragen.[128] Zonder instemming en medeweten van de eigenaar kan een ander geen 'regt van besit'[129] verkrijgen, getuige C. 3, 34, 2. In deze tekst leidt iemand water over het landgoed van Martialis. Gebeurt dit met medeweten van laatstgenoemde, dan ontstaat door verjaring na verloop van tijd een erfdienstbaarheid. Wanneer Martialis het gebruik verbiedt voordat de verjaringstermijn is verstreken, dan kan van Martialis geen onkostenvergoeding worden gevraagd van de eventueel gebouwde waterwerken omdat de eigendom van het bouwwerk dat op andermans grond is opgericht aan diegene toebehoort van wie de grond is.[130] 'Invasien ende aangrijpingen' van andermans eigendom zonder toestemming zijn clandestien. Muntz wees hierbij ook op D. 41, 2, 6[131] en de rechtsgeleerden Schneidewin en Coren, die zeggen

---

126 D. 41, 2, 3, 1 (Paulus *libro quinquagensimo quarto ad edictum*) *(..), ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere (..).*

127 C. 4, 35, 21 (Imp. Constantinus A. Volunsiano pp.) *(..) nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter (..).*

128 Pomponius *libro quinto ad Sabinum*) *Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.*

129 Bedoeld is eigendom. Zonder medeweten van de eigenaar kan een ander immers bezit verkrijgen. Men denke aan diefstal.

130 C. 3, 34, 2 (Imp. Antoninus A. Martiali) *Si aquam Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum mobilium tempore quaesiisti. quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio*. Tevens wees hij op Bort, noot 109, tit. 5, 49.

131 D. 41, 2, 6 (Ulpianus *libro septuagensimo ad edictum*) *Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicicabatur et, ne faceret, timebat. (..) nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur.* Wij zeggen dat iemand heimelijk bezit, wanneer hij steels in het bezit getreden is zonder medeweten van de persoon van wie hij vermoedde dat deze een proces zou beginnen en vreesde dat hij dit zou doen. (..) en niemand verkrijgt heimelijk het bezit, wanneer hij met het medeweten of met de toestemming van degene aan wie de zaak

dat het meest recente bezit geacht wordt clandestien te zijn, tenzij deze bezitter een titel kan aantonen.[132]

Ten slotte het laatste argument van Eerdewijn, de gedaagde. Hij beweerde dat als de eiser inderdaad kon bewijzen bezitter te zijn, dat deze hem (de gedaagde) het vissen alleen kon onthouden na een voorafgaand verbod, omdat de eiser geen titel kon aantonen of omdat de gedaagde een beter recht aannemelijk had kunnen maken.

Gesteld, zo betoogde Muntz, dat er mede-eigendom van het viswater bestond, dan was het niet zo dat als de één het viswater niet gebruikte de ander daarom door in z'n eentje *animo dominii* te bezitten, bezitter van het gehele viswater werd. De laatste kon in dat geval ook niet door verkrijgende verjaring het gedeelte van zijn mede-eigenaar verkrijgen, '*tantum enim praescriptum intelligetur, quantum possessum',* want slechts dat wat je bezit kun je door verkrijgende verjaring verwerven.[133] Muntz wees op D. 41, 3, 25 en D. 41, 3, 3.[134] Maar zodra hij zijn mede-eigenaar hinderde en verbood te vissen en zich als eigenaar van het geheel gedroeg, zonder dat deze mede-eigenaar zich hiertegen verzette, werd hij geacht *animo dominii* te bezitten en begon de verjaringstermijn te lopen, te weten op het moment van het verbod.[135] Voor verkrijgende verjaring moet het bezit openbaar en ondubbelzinnig zijn, dat wil zeggen dat de eigenaar op de hoogte is, maar niets onderneemt. Is de eigenaar niet op de hoogte, dan is het bezit immers clandestien. Muntz wees naar Bort, die zegt dat niet wordt erkend noch verkregen het quasi-bezit door negatieve handelingen, tenzij dat samengaat met een positieve handeling met medeweten of dulden door de wederpartij of

---

in kwestie toebehoort, of op enigerlei andere grond te goeder trouw het bezit verwerft.

132 I. Schneidewin, *Commentarius in institutiones*, Keulen 1724, ad Inst. 6, 4, 38: *et eo ipso probetur, actorem vi, clam vel precario possidere, quando reus de sua antiquiori possessione probat: nam tunc sequens possessio ipsius agentis praesumitur clandestina vel violente nisi probet titulum suae possessionis.* Vgl. J. Coren, *Observationes rerum in eodem senatu iudicatarum*, Den Haag 1642, 6, nrs 4 en 5: 4. *Item possessionem recentiorem, respectu antiquioris semper censeri clandestinam,* 5. *Et hujusmodi possessionem, ipsi actori prodesse non posse.* Derhalve wordt het recente bezit geacht clandestien te zijn en dergelijk bezit kan de eiser niet tot voordeel zijn.

133 I.O. Tabor, *Thesaurus locorum communium iurisprudentiae, ex axiomatibus Augustini Barbosae*, Leipzig 1719, lib. 14, cap. 64, axiom. 22.

134 D. 41, 3, 25 (Licinnius Rufinus *libro primo regularum*) *Sine possessione usucapio contingere non potest.* D. 41, 3, 3, 9 (Modestinus *libro quinto pandectarum*) *Usucapio est adiecto dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Verkrijgende verjaring van andermans goed alleen plaats vindt wanneer men het goed een bepaalde tijd zonder stoornis als zijn eigen goed heeft bezeten.Hij wees voorts op Brunnemann, noot 111, ad C. 7, 39, 2, 1 en 2; Voet, noot 117, ad D. 10, 2, 33; Carpzovius, noot 109, lib. 1, resp. 36 in pr.

135 *Solum prohibitionis actum cum patientia adversarii praescribens constituitur in quasi possessione servitutis negative.* Alleen door de uitvaardiging van een verbod, met het dulden door de wederpartij wordt degene die verjaart gesteld in het negatieve (strijdige) quasi-bezit van de erfdienstbaarheid. Carpzovius, noot 109, lib. 1, resp. 36, nr 8 en 9. Vgl. S. Medic, *De venatione, piscatione et aucupio*, Keulen 1588, 2, 1, 1.

een verbod of ontkenning met berusting.[136] En in die zin moest ook het antwoord van Marcianus worden begrepen, die zegt dat als iemand gedurende vele jaren als enige in de zijarm van een openbare rivier heeft gevist, hij een ander kan beletten van datzelfde recht gebruik te maken.[137] Hij heeft immers niet alleen in z'n eentje in dat gemeenschappelijke water gevist, maar de anderen daar ook werkelijk uitgehouden, *sive jure sive injuria uti*, of hij het nu terecht of ten onrechte heeft gebruikt.

Muntz concludeerde het volgende. Een verbod door de eiser was niet nodig geweest. Want als vast staat dat degene die het verbod zou moeten geven bezitter was, dan verliest hij dat bezit niet alleen maar omdat een ander daar gaat vissen. Door niet te verbieden verloor de eiser zijn bezit niet. Evenmin was een verbod nodig om de gedaagde zijn recht te ontnemen om daar te vissen omdat de gedaagde dat recht niet had. Kortom: het stond vast dat de eiser bezitter was en dat de gedaagde geen enkel recht had.

De rechter volgde het advies van Muntz en aldus oordeelde de graaf van Rechteren, dat de eiser in het bezit van het vredewater behoorde te worden 'gemainteneerd'[138] en hij veroordeelde de gedaagde de stoornis in het bezit 'kost en schadeloos af te doen', dat wil zeggen dat hij schadevergoeding moest betalen; 'voorbehoudens desselfs regt ten petitoire met compensatie dan nog van de kosten over dese procedure gevallen, (..)'.[139]
Of er vervolgens over de eigendom is geprocedeerd is mij niet bekend.

8.4 Huidig recht[140]

Artikel 3:125 BW vergeleken met de bezitsacties uit het Romeinse recht en de actie uit artikel I, 15, 2 Landrecht van Overijssel
Mijn fiets wordt gestolen. X zet zijn paarden in mijn weiland of vist in mijn vijver. Wat kan ik tegen de dief ondernemen om de fiets weer terug te krijgen? Wat kan ik doen om X een halt toe te roepen en zijn paarden te verwijderen of hem te beletten te vissen?

In geval van diefstal wordt tegenwoordig doorgaans meteen de revindicatie ingesteld. De eigenaar kan zijn zaak van een ieder die de zaak zonder recht voor zichzelve houdt opeisen

---

136 *Ratio est quia negativis actibus non conceditur, nec acquiritur quasi possessio nisi concurrat actus positivus cum scientia, seu patientia adversarii, seu prohibitio vel negatio cum acquiescentia.* Bort, noot 109, tit. 5, nr 31.

137 D. 44, 3, 7 (Marcianus *libro tertio institutionum*) *Si quisquam in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure uti prohibet.*

138 De term 'gemainteneerd' komt van de bezitsactie, *de maintenue*. Zie noot 97.

139 Advies, noot 83, p. 272

140 Pitlo-Reehuis, *Goederenrecht*, Deventer 2001, 315; Asser-Mijnssen, *Goederenrecht*, Deventer 2001, 146. W.J. Zwalve, Enige opmerkingen over 3.5.17. van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek, in: *WPNR* 5429 (1978), 216-219; A.S. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap*, Deventer 2003.

met de revindicatie (artikel 5:2 BW). Hij zal niet eerst een bezitsactie instellen zoals dat gebruikelijk was in het Romeinse recht. Hij beroept zich direct op zijn eigendomsrecht. Bij stoornis, zoals het vissen in andermans vijver, kan de eigenaar een beroep doen op artikel 5:1 lid 2 BW, waar gezegd wordt dat het de eigenaar vrij staat '*met uitsluiting van een ieder'* van de zaak gebruik te maken.[141] Deze bevoegdheid tot vrij gebruik is een exclusieve bevoegdheid. De eigenaar hoeft niet te dulden dat een ander van de zaak gebruik maakt en zal aan de rechter een verbod van verdere stoornis vragen ofwel herstel in de oude toestand vorderen als er door de stoornis veranderingen zijn opgetreden.[142] Een actie uit onrechtmatige daad staat de eigenaar natuurlijk ook ten dienste, maar dan zal ook aan de eisen die artikel 6:126 BW stelt voldaan moeten zijn. Artikel 5:1 lid 2 nu biedt de mogelijkheid ook buiten gevallen van onrechtmatig handelen tegen de derde op te treden. Dus ook als door de eigenaar geen schade is geleden kan hij in rechte vorderen dat de derde zijn eigendom respecteert.

Zoals gezegd zal de eigenaar zich in geval van bezitsverlies of stoornis tegenwoordig direct beroepen op zijn recht en niet de bescherming van zijn bezit inroepen: waarom eigenlijk niet, want het BW kent een artikel dat het bezit beschermt, te weten artikel 3:125 BW:

1. Hij die het bezit van een goed heeft gekregen, kan op grond van een daarna ingetreden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsvorderingen instellen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op het goed toekomen. Nochtans moeten deze rechtsvorderingen binnen een jaar na het verlies of de stoornis worden ingesteld.
2. De vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde een beter recht dan de eiser tot het houden van het goed of tot het verrichten van de storende handeling heeft, tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord.
3. Het in dit artikel bepaalde laat voor de bezitter, ook nadat het in het eerste lid bedoelde jaar is verstreken, en voor de houder onverlet de mogelijkheid een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen, indien daartoe gronden zijn.

Op grond van dit artikel kan degene die het bezit van een goed heeft verkregen in geval van bezitsverlies of stoornis in het bezit dezelfde rechtsvorderingen instellen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op

---

141 Jo artt. 3: 296 en 303 BW.

142 Vgl. de Romeinsrechtelijke *actio negatoria*. De eigenaar ageerde met deze actie tot ontkenning, tegen iemand die bijvoorbeeld beweerde een recht van vruchtgebruik of een recht van *immissio* (binnendringen van rook, water enz.) te hebben. De actie had een tweeledig doel: de rechter te doen constateren dat het door gedaagde gepretendeerde recht niet bestond en de oude toestand te doen herstellen. Kaser-Wubbe, noot 60, 134.

het goed toekomen. Deze bezitsactie kan in tegenstelling tot het oude recht[143] ook in geval van roerend goed worden ingesteld. Het enkele feit van het bezit en de inbreuk zijn voldoende voor het slagen van de vordering.

In lid 2 wordt gezegd dat de vordering wordt afgewezen indien de gedaagde een beter recht heeft dan de eiser, tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen. Kan de gedaagde zich op zijn eigendomsrecht beroepen dan faalt de bezitsactie. Degene met het 'betere' recht uit lid 2 hoeft overigens niet per se de rechthebbende te zijn; het kan ook een bezitter of houder zijn aan wie de zaak is ontstolen door degene die de actie instelt. Ook zij hebben een beter recht dan de dief. Eigenrichting is echter niet geoorloofd. Als mijn fiets gestolen wordt en ik pak hem stiekem eigenhandig terug, dan kan de dief - de bezitter te kwader trouw - zich op artikel 125 beroepen en bescherming in zijn bezit vragen, ook al kan ik mijn betere recht bewijzen. De fiets moet ik eerst aan de dief teruggeven en vervolgens kan ik de revindicatie instellen. Een ander voorbeeld. Indien iemand eigenmachtig de schutting verplaatst en zo een stuk van de grond ten koste van de bezitter bij zijn eigen grond voegt omdat hij beweert een beter recht te hebben, dan hoeft de rechter de stelling van gedaagde dat hij een beter recht heeft niet te onderzoeken. De actie van de bezitter ex artikel 3:125 lid 1 BW zal slagen en de bezitsstoorder zal vervolgens van zijn kant een vordering instellen tot herstel van de oude toestand.

In het Romeinse recht was eigenrichting in deze gevallen juist wel geoorloofd. In geval van bijvoorbeeld diefstal van roerend goed kon de eigenaar het zogeheten *interdictum utrubi* te baat nemen.[144] Het bezit werd toegekend aan de partij die de zaak het jaar voorafgaand aan de uitvaardiging van het interdict langer voor zichzelf had gehouden dan de wederpartij.[145] Had ik als eigenaar mijn fiets dat jaar drie maanden in mijn bezit gehad en de dief twee maanden, dan werd ik in mijn bezit hersteld. Wat echter als de dief de zaak drie maanden en ik de zaak slechts twee maanden had bezeten? De dief zou dan volgens de regels van het interdict het bezit behouden en ik zou de revindicatie moeten instellen en mijn eigendom moeten bewijzen. Deze vlieger ging voor de dief echter niet op. In het interdict kwam de *exceptio vitiosae possessionis* voor.[146] Dit verweer zorgde ervoor dat de

---

143 Artt. 606, 618 en 619 OBW.

144 Zie voor de formulering van het interdict: Lenel, *Edictum Perpetuum*, 489.

145 D. 50, 16, 156 (Licinnius Rufinus *libro decimo regularum*) *'Maiore parte anni' possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius aut paucioribus diebus aut nullis possederit.* Iemand wordt geacht gedurende 'het grootste gedeelte van het jaar' bezitter te zijn geweest ook al heeft hij de zaak maar twee maanden bezeten, als zijn tegenpartij maar minder dagen of helemaal niet het bezit heeft gehad.

146 D. 43, 17, 1, 9 (Ulpianus *libro sexagensimo nono ad edictum*) *Qoud ait praetor in interdicto: 'nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis', hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc quod ab eo possidet vincere: has enim possessiones non debere proficere palam est.* De woorden van

dief die volgens de regels van het interdict het bezit kreeg toegewezen, toch niet tot bezitter werd verklaard, omdat hij dit bezit heimelijk of met geweld van de ander had verkregen. Het voorgaande betekende dat ik mijn fiets eigenmachtig van de dief mocht terugnemen. De dief kon hier niets tegen doen omdat de bezitsbescherming tegen mij faalde. Het voorgaande betekende dat de uitkomst in het Romeinse recht geheel tegengesteld is aan die in het huidige artikel 3:125 lid 2 BW. In het BW werkt de exceptie niet in het voordeel van de gedaagde maar ten gunste van de eiser.

We keren terug naar lid 1 van artikel 125. De bezitsactie van artikel 3:125 BW bevat elementen van de *actio Publiciana*, de actie die de verjaringsbezitter ten dienste stond.[147] Dit volgt ook uit de toelichting op het artikel.[148] Met de Romeinsrechtelijke *actio Publiciana* kon degene die bezig was met de verkrijgende verjaring, maar de vereiste termijn niet had voltooid tegen iedereen ageren, die hem in zijn bezit had gestoord. Van de eigenaar verloor hij. De eigenaar kon de zogeheten *exceptio iusti dominii* opwerpen.[149] 'De inhoud van het eerste lid van artikel 125 en de aanhef van het tweede lid gelijken op de *actio Publiciana*: deze gaf immers aan de publiciaanse bezitter dezelfde rechtsvorderingen als aan de eigenaar. De zinsnede "tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen" uit het tweede lid past echter niet bij de *actio Publiciana*; zij is veeleer in strijd met de ratio van dit instituut.[150] De repliek die hier aan de eiser wordt gegeven hoort thuis bij het interdictenbezit.'[151] Artikel 3:125 BW is een combinatie geworden van de *actio Publiciana* en de bezitsinterdicten.[152] De regeling van artikel 3:125 BW lijkt op de bescherming die in het Romeinse recht aan de Publiciaanse bezitter werd gegeven. Maar let wel: de publiciaanse bezitter in het Romeinse recht was altijd verjaringsbezitter, terwijl artikel 3:125 BW voor alle bezitters geldt.[153]

Vergelijken we de bezitsactie van artikel 3:125 BW met de bezitsactie uit het Landrecht van Overijssel dan zien we dat beide acties - in verschillende opzichten evenwel - lijken

---

de praetor in het interdict die luiden 'als gij de zaak maar niet ten opzichte van elkaar met geweld of heimelijk of ter bede in bezit gekregen hebt', die slaan hierop, dat als iemand met geweld of heimelijk of ter bede bezit, dit bezit hem bescherming biedt als het door een derde wordt opgeëist, maar dat hij niet moet winnen als zijn tegenpartij het opeist, gezien de wijze waarop hij van hem het bezit heeft gekregen: want het is duidelijk dat dit soort van bezit niet van voordeel mag zijn.

147 Zwalve, noot 140, 218.

148 Zie de toelichting op 3.5.17, p. 456. 'In die richting ging de Romeinsrechtelijke actio Publiciana (..).'

149 Ook indien de eigenaar eigenrichting had gepleegd kon deze de exceptie opwerpen. (D. 6, 2, 17) In geval van eigenrichting kon de verjaringsbezitter tegen de eigenaar beter ageren met het bezitsinterdict. De publiciaanse bezitter is immers geen *vitiosus possessor* (gebrekkig bezitter), hij is een titelbezitter en de in de interdicta vervatte *exceptio vitiosae possessionis* (verweer van gebrekkig bezit) richt zich dan tegen de eigenaar die eigenrichting heeft gepleegd. Zwalve, noot 140, 217.

150 Zie voor de formulering van het interdict noot 146.

151 Zwalve, noot 140, 218.

152 Zwalve, noot 140, 218.

153 Zwalve, noot 140, 218.

op de *actio Publiciana*. Zo kan de gedaagde zowel bij de *actio Publiciana* als bij artikel 3:125 BW zich verweren door een beter recht op te werpen.[154] De actie uit het landrecht heeft met de *actio Publiciana* gemeen dat in beide gevallen goede trouw en titel worden geëist. In die beperkte zin heeft artikel 3:125 BW een voorloper in het Landrecht van Overijssel. Ze lijken beide meer op de *actio Publiciana* dan op de zuivere bezitsacties in Romeinsrechtelijke zin.

We hebben zojuist gezegd dat alle bezitters zich op artikel 3:125 BW kunnen beroepen. In Pitlo-Reehuis lezen we dat de bezitsactie een moeilijk te doorgronden figuur is en dat de bezitsbescherming zich in het huidige recht tegenwoordig met name beperkt tot de bezitters die bezig zijn met de verkrijgende verjaring en dat de actie uit artikel 3:125 lid 1 BW verder vooral van betekenis is als degene die het goed onder zich heeft zich beroept op een recht daartoe.[155] Reehuis besluit de verhandeling over de bezitsactie met de opmerking dat de twijfel rijst of de bezitsactie onder het nieuwe recht een grote vlucht zal nemen. Dat de bezitsactie in de praktijk niet dikwijls wordt ingesteld, is, zoals gezegd, te wijten aan het feit dat de rechtspraktijk eerder zijn toevlucht neemt tot de revindicatie en de actie uit onrechtmatige daad. Men is wellicht ook wat onbekend met artikel 3:125 BW omdat onder het oude recht de bezitsactie beperkt was tot onroerend goed. In geval van roerend goed moest bij diefstal de revindicatie en bij stoornis in het bezit de actie uit onrechtmatige daad worden ingesteld. Wat onroerend goed aangaat kon in geval van uitzetting uit het bezit net zo goed de revindicatie worden ingesteld omdat de eigendom van onroerend goed gemakkelijk te bewijzen is. Bij stoornis in het bezit heeft met name de vertrouwde vordering uit onrechtmatige daad altijd een aanzienlijk grotere populariteit genoten dan de bezitsactie.

Toch kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat het in vele gevallen gemakkelijker zou zijn de bezitsactie in te stellen. In de eerste plaats zou het een alternatief zijn voor de revindicatie. De eigenaar wil maar één ding en dat is zijn bezit terug, hetgeen met de actie ex 3:125 lid 1 BW gemakkelijk te bereiken is. Hij hoeft zijn eigendom niet te bewijzen, en dat bewijs nu is in geval van roerend goed toch altijd moeilijk te leveren. In de tweede plaats is genoemde actie in geval van stoornis in het bezit een goed alternatief voor de onrechtmatige daad. De bezitter wil meestal toch herstel van de feitelijke toestand, hetgeen met artikel 3:125 BW bereikt kan worden. En gezien de vereisten die aan een onrechtmatige daadsactie gesteld worden, geniet de bezitsactie de voorkeur. Er is nog een tweede voordeel van de bezitsactie boven een actie uit onrechtmatige daad. Dat is dat de bezitsactie ook in faillissement werkt. De verbintenis uit onrechtmatige daad geeft slechts een concurrente vordering.

---

154 Vgl. het Anglo-Amerikaanse recht. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common en Civil Law*, Deventer 2000, 106, 182 en 186 e.v.

155 Pitlo-Reehuis, noot 140, p. 317.

Een beperking die aan de bezitsactie is gesteld is, is dat hij binnen een jaar na de stoornis moet worden ingesteld. Na deze termijn staat de actie uit onrechtmatige daad ten dienste (artikel 3:125 lid 3). Een andere beperking is dat de rechter bij de toewijzing van de bezitsactie minder vrijheid heeft. Hij zal in zijn vonnis herstel van de feitelijke toestand moeten bevelen, terwijl hij bij de onrechtmatige daad daartoe niet gebonden is en zo mogelijk herstel van de feitelijke toestand een minder passende wijze van schadevergoeding kan achten. Maar genoemde 'beperkingen' lijken mij niet zozeer een nadeel voor de eiser. Deze zal, als hij er belang bij heeft, zo snel mogelijk na de stoornis ageren en het zal hem toch vooral gaan om herstel van de feitelijke toestand. Zo ook in een geval als de zaak van Lambert Kosters c.s. Hij zou naar huidig recht de keuze uit drie acties hebben, te weten een actie op grond van artikel 5:1 lid 2 BW, een actie uit onrechtmatige daad of de actie op grond van 125 lid 1 BW. Laatstgenoemde actie geniet mijn voorkeur.

9. Een 'peerd sonder quaad'[156]

9.1 Het edict van de *aedilis curulis*

Inleiding

In 1708 kocht Albert Olthoff van Herman Hansen een paard op de St. Jacobsmarkt te Deventer. Toen Olthoff de verkoper vroeg of het een 'paard sonder quaad' was antwoordde deze bevestigend. Nadat het paard was geleverd en de koopsom betaald bleek, dat het paard kreupel was. Olthoff eiste dat de verkoper het paard terugnam tegen restitutie van de koopsom. De Deventer advocaat Wolter ten Brink trad in deze zaak als arbiter op.[157] De zaak speelde zich af buiten het land en stadsrecht om. Bij gebrek aan bepalingen in het Overijsselse landrecht en het Deventer stadsrecht over verborgen gebreken en toezeggingen en beloftes nam Ten Brink zijn toevlucht tot het Romeinse recht.[158] Het is een zaak, waarin de verborgen gebrekenregeling van de *aedilis curulis* de boventoon voert.

9.2 Verborgen gebreken; toezeggingen en beloftes[159]

Eén van de verplichtingen van de verkoper was volgens Romeins recht de koper te vrijwaren tegen verborgen gebreken. De verkoper moest instaan voor feitelijke gebreken

---

156 Handschriftencoll. VORG, noot 83, inv. nr 263, nr 817, nr 26, 25 juli 1709.

157 Landrecht, noot 10, I 1, 18

158 Wel vinden we in de titel 'Van koop ende Verkoop' de vrijwaring tegen uitwinning. Landrecht, noot 10, II 8, 12-14.

159 R. Zimmermann, *The law of obligations*, 1990, 305 e.v.; Lokin, *Prota*, noot 60, V § 50; Van Oven, noot 60, 263 ev.; Kaser-Wubbe, noot 60, 208.

die bij het sluiten van de koopovereenkomst niet aan het licht waren gekomen, ook niet bij een normaal onderzoek. De koper kon tegen de verkoper ageren als het ging om een zodanig gebrek, dat als de koper het had onderkend, hij de koopovereenkomst niet zou hebben gesloten. Juist indien de verkoper het gebrek niet kende, kon de koper actie ondernemen. Ulpianus zegt in D. 21, 1, 1, 2 dat het er voor de koper niet toe doet waarom hij bedrogen is uitgekomen, door onwetendheid of slimmigheid van de verkoper.[160]
Voorop stond dat het verborgen gebrek aanwezig moest zijn geweest op het moment dat de koopovereenkomst werd gesloten. Dit in tegenstelling tot de wanprestatie die per definitie na het sluiten van de overeenkomst optreedt.

De koper kon uiteraard ook ageren als de verkochte zaak de toegezegde hoedanigheden miste. De verkoper moest met andere woorden instaan voor *dicta et promissa*. Zowel bij een verborgen gebrek, als het niet nakomen van een toezegging of garantie kon de koper actie ondernemen met de zogeheten aedilicische acties.

Bij de koop van slaven en trekdieren op de markt golden in het Romeinse recht speciale regels, die te vinden waren in het edict van de magistraat die toezicht moest houden op de vee- en slavenmarkt, de *aedilis curulis*. Deze marktmeester had rechtsmacht in rechtsgedingen over de koop en verkoop van slaven en vee. In de Digesten is een gehele titel gewijd aan het edict van de aediel[161], waarin de meest uiteenlopende kwalen van slaven en vee voorkomen. Van slaven met neuspoliepen, uitpuilende ogen of koorts tot slaven met één teelbal of meer dan tien vingers. Beroemd is de tekst over de bedplassende slaaf:

> 'Evenzo rijzen vragen omtrent een bedplasser. Pedius zegt dat een slaaf nog niet ongezond is vanwege het feit dat hij in zijn slaap, in dronkenschap of omdat hij te lui is om op te staan, bedwatert; Maar als hij door een gebrek aan zijn blaas het verzamelde vocht niet kan ophouden, kan hij teruggegeven worden, niet omdat hij in zijn bed plast, maar omdat hij een gebrek aan zijn blaas heeft.'[162]

De bepalingen over ziekten en gebreken bij slaven moesten analoog worden toegepast bij gebrekkige en zieke dieren.[163] Er waren volgens Ulpianus echter verschijnselen die bij slaven wel als ziekte bestempeld werden, maar niet zozeer bij lastdieren. Zo was een

---

160 D. 21, 1, 1, 2 (Ulpianus *libro primo ad edictum aedilium curulium*) *(..) potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.*

161 D. 21, 1.

162 D. 21, 1, 14, 4 (Ulpianus *libro primo ad edictum aedilium curulium*) *Item de eo qui urinam facit quaeritur. Et Pedius ait non ab eam rem sanum non esse, quod in lecto somno vinoque pressus aut etiam pigritia surgendi urinam faciat: sin autem vitio vesicae collectum umorem continere non potest, non quia urinam in lecto facit, sed quia vitiosam vesicam habet, redhiberi posse: (..).*

163 D. 21, 1, 38, 3 (Ulpianus *libro secundo ad edictum aedilium curulium*) *Et fere eadem sunt in his, quae in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet: (..)*

gecastreerd paard niet ziekelijk[164], maar was een slaaf ziek, die zo was gecastreerd dat het onmisbare lichaamsdeel volledig ontbrak.[165]

'Leed' de verkochte slaaf of het beest aan een verborgen gebrek, dan kon de koper kiezen uit twee acties. Met de *actio redhibitoria* vorderde de koper de reeds betaalde koopsom terug, tegen aanbod van teruggave van de zaak; had hij nog niet betaald, dan vroeg hij te worden bevrijd uit zijn verbintenis. Hij kon ook de zaak behouden en vermindering van de koopsom vragen met de *actio quanti minoris*. Deze acties konden, zoals hierboven is gebleken, worden ingesteld indien de verkoper bepaalde gebreken, die hij bekend had moeten maken niet had vermeld, onverschillig of hij ze wel of niet kende. De acties konden eveneens worden ingesteld indien de verkoper ten onrechte had beweerd of toegezegd dat de slaaf of het beest bepaalde gebreken niet had.[166] We zullen straks zien dat Hansen, onze verkoper, zo'n toezegging had gedaan. Schadevergoeding kon met genoemde acties niet worden gevorderd. Wilde de koper schadevergoeding dan moest hij ageren met de *actio empti*, bij welke actie *dolus* een vereiste was.[167] Olthoff ageerde met de *actio redhibitoria*: hij eiste teruggave van de koopsom tegen teruggave van het paard.

9.3 De arbitrageuitspraak van 25 juli 1709.

Ten Brink stelde voorop dat destijds bij de koop en verkoop van paarden speciale gewoontes golden. Het was toegestaan om elkaar om de tuin te leiden.[168] Ten Brink wijst op Simon van Leeuwen, die het volgende zegt:

---

164 D. 21, 1, 38, 7 (Ulpianus *libro secundo ad edictum aedilium curulium*) *Sed enim sunt quaedam, quae in hominibus quidem morbum faciunt, in iumentis non adeo: (..). idem refert Ofilium existimasse equum castratum sanum esse, (..).*

165 D. 21, 1, 7 (Paulus *libro undecimo ad Sabinum*) *Sin autem quis ita spado est, ut tam necessaria pars corporis et penitus absit, morbosus est.*

166 Indien zo'n toezegging apart was geschied in de vorm van een *stipulatio*, een mondelinge overeenkomst, dan rijst de vraag of de koper niet genoeg had aan de *actio ex stipulatu*, die ten opzichte van de *actio redhibitoria* tot voordeel had dat deze niet binnen een half jaar hoefde te worden ingesteld. Met de *actio ex stipulatu* kon schadevergoeding worden gevorderd. De koper zou de verkoper ook aan zijn toezegging kunnen houden met de *actio empti*, maar dan moest de verkoper van het gebrek op de hoogte zijn geweest. Van Oven acht het waarschijnlijk dat de aedielen hun acties wegens toezeggingen, vóór het ontstaan van de *actio empti*, gegeven hebben en wel voor gevallen dat die toezeggingen niet waren vervat in een in geldige vorm afgelegde stipulatie. Van Oven, noot 60, 266. Zimmermann, noot 159, 310. En ook algemeen over toezeggingen: 315, 319, 329.

167 Over de samenloop met de *actio empti*, de actie uit koop, in het kort het volgende. De verborgen gebreken regeling is een *lex specialis* van de *actio empti*. Er wordt wel gezegd dat het voordeel van de aedilicische acties ligt in het poenale karakter ervan. De verkoper die het op een proces liet aankomen, zou een strafsom moeten betalen, getuige D. 21, 1,45. Hij moest de koopsom teruggeven en tevens een boete betalen die gelijk was aan de koopsom; hij werd tot het *duplum* veroordeeld. Zie hierover Van Oven, noot 60, 265, 268, 269. Zimmerman, noot 159, 319, 322, 323 en 329.

168 Vgl. D. 19, 2, 23, 23 en D. 4, 4, 16, 4.

> 'Wij hebben gesproken over een verborgen gebrek ten tijde van de verkoop; op grond van een duidelijk en zichtbaar gebrek, ofschoon uit dien hoofde de koper niet was gewaarschuwd, is de verkoper op geen enkele wijze aansprakelijk; omdat de koper het aan zichzelf te wijten heeft, dat hij een uitwendig gebrek niet heeft gezien, omdat een demonstratie of waarschuwing bij zichtbare zaken niet nodig is. Daarom is dit bij ons de gewoonte speciaal bij de handel in paarden, waar de meeste gebreken zichtbaar zijn; het is toegestaan de ander als het ware om de tuin te leiden. De verkoper moet slechts voor de volgende twee gebreken instaan: dat het paard niet lijdt aan verborgen of onzichtbare blindheid noch aan spatten of gallen aan de benen, volgens de uitdrukking, van zessen klaar, dit is gaaf aan benen en ogen. Voor andere gebreken zoals epilepsie, achteruittrappers (retrogradus) of schrikachtigen, als ze niet aangespannen (omgewisseld) kunnen worden, als het paard weerbarstig is of met de hoeven achteruit trapt of aan een soortgelijk gebrek lijdt, hoeft de verkoper niet in te staan. (..) In het Saksische recht moet de verkoper voor drie gebreken instaan. Dat het geen trapper (retrogradus) is, dat hij aan geen enkele verborgen of onzichtbare blindheid lijdt en dat hij geen schurft heeft.'[169]

Uit het bovenstaande blijkt dat de verkoper in het algemeen ervoor moest instaan dat het paard niets aan de ogen en de benen mankeerde. De reden dat hij niet hoefde in te staan voor schrikachtige en valse paarden kon worden afgeleid uit een Digestentekst waarin Ulpianus opmerkt dat de woorden 'gebrek' en 'ziekte' volgens Pomponius alleen betrekking hebben op lichamelijke gebreken en kwalen; voor een karakterfout hoefde de verkoper alleen maar in te staan in zoverre hij een toezegging had gedaan. Vandaar dat schichtige en achteruit schoppende dieren niet tot de ziekelijke gerekend moesten worden; dit is immers een gebrek in hun aard, niet een lichamelijk gebrek.[170]

Opvallend is dat het Saksische recht, dat Van Leeuwen ook aanhaalt, niets uitdrukkelijk bepaalt over gebreken aan de benen. De verkoper moest instaan voor achteruitschoppende dieren, blindheid en schurft.

Betrof het een zichtbaar gebrek, dan was het regel dat geen actie tegen de verkoper kon worden ingesteld. Hetzelfde zegt Ulpianus in D. 21, 14, 10, namelijk dat als het om een

---

169 S. van Leeuwen, *Censura forensis theoretico-practica, (..)*, Leiden 1741, Lib. 4, cap. 19, nr 16: *Diximus vitium occultatum venditionis tempore, quia de vitio patente ac visibili, quamvis hoc nomine emptor non fuerit admonitus, venditor nullatenus tenetur, qui sibi imputare debet, quod non viderit vitium exterius, quum demonstratio aut admonitio in rebus visibilibus necessaria non sit. Quocirca illud moribus nostris singulare est in equis divendendis, quod inibi pleraque vitia visibilia sint, alterique alterum decipere quasi sit permissum; modo praestet venditor haec duo, quod nulla caecitate latente vel invisibili aut pedum superossibus vel gallis laboret equus, vulgo Spatten of Gallen, secundum tritum illud, van sessen klaar, id est, pedibus et oculis integer. Aliis vitiis, veluti si sit lunaticus, retrogradus aut pavidus, si transjungi nequeat, si sit calcitrosus, aut pedibus feriens, aut simili vitio laboret, venditor moribus nostris non tenetur, (..). Jure tamen Saxionico venditor equi de tribus vitiis tenetur. Quod non sit retrogradus, quod nulla caecitate latente vel invisibili laboret, et quod non sit scabiosus, (..).*Vgl. Mevius, *Commentarius in jus Lubecense*, I-IV, Leipzig 1642-43, lib. 3, tit. 6, art. 17.

170 D. 21, 1, 4, 3 (Ulpianus *libro primo ad edictum aedilium curulium*) *(..). et vidimur hoc iure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere nisi ad corpora: animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit, si minus, non. (..) unde quidam iumenta pavida et calcitrosa morbosis non esse adnumeranda dixerunt: animi enim, non corporis hoc vitium esse.*

zodanige ziekte gaat, dat zij door iedereen opgemerkt had kunnen worden, zoals bij de verkoop van een blinde slaaf of van een slaaf met een gevaarlijk litteken, de verkoper niet aansprakelijk is; precies alsof voor die ziekte een uitdrukkelijk voorbehoud was gemaakt. Het edict van de aedielen had namelijk betrekking op ziekten en gebreken waarvan de koper niet wist of niet had kunnen weten.[171]

Twee getuigen nu die in Deventer bij de koop aanwezig waren geweest verklaarden dat de linker voorhand (boven het voorbeen bij de borst) zichtbaar verschoven en verdraaid was, zodat deze verder uitstak dan de rechter voorhand. Toen het paard aan de hand op zand werd voorgeleid liep het echter niet kreupel. Eén van de getuigen had toen gezegd dat het paard ook op straat moest draven omdat dan wel zou blijken wat er aan de hand was. Het was blijkbaar gebruik dat de marktmeester het paard monsterde, want de 'onderscholten' of marktmeester zei dat hij daartoe geen opdracht had. Desondanks werd de koop gesloten. Toen het paard later toch op de straat werd voorgeleid, leek het in eerste instantie niet kreupel, maar toen het nogmaals heen en weer draafde werd het paard hoe langer hoe meer kreupel.

Hansen, de verkoper, had bij de verkoop een toezegging gedaan. De vraag van de koper of hij een 'peerd sonder quaad' had verkocht beantwoordde hij bevestigend. Hij gaf een garantie dat het paard niets mankeerde. Daarbij had de verkoper hieraan het volgende toegevoegd: 'ende als gij al gekoft hebt siet dan nog toe, so als gij daar dan nog kwaad aan vind, laat het dan nog staan'. Ontdekte de koper nadat hij had gekocht alsnog een gebrek dan zou de verkoper het paard dus terugnemen.
De rechtsvraag die Ten Brink moest beantwoorden was of de verkoper op grond van deze toezegging gehouden kon worden het verkochte kreupele paard terug te nemen en de koopsom te restitueren.

Ten Brinke begint met de vaststelling dat hetgeen in een contract is bedongen, moet worden nagekomen. Hij verwees daarbij naar D. 50, 17, 23 en C. 2, 3, 10 .[172] Deze regel gold volgens hem met name ten aanzien van verkochte slaven en beesten, getuige D. 21, 1, 1, 1 waarin de aedielen bepalen dat als een slaaf in strijd met wat verklaard of beloofd is een ziekte of gebrek heeft, de koper een actie heeft met als doel dat de slaaf wordt

---

171 D. 21, 1, 14, 10 (Ulpianus *libro primo ad edictum aedilium curulium*) *Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere (ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in alia parte corporis), eius nomine non teneri Caecilius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis igniravit vel ignorare potuit.*

172 D. 50, 17, 23 (Ulpianus *libro vicensimo nono ad Sabinum*) *(..): nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), (..)* Vert: (..) Men zal immers vasthouden aan wat in den beginne overeengekomen is (dit hebben immers de normen van het contract vastgelegd. (..). C. 2, 3, 10 (Imp. Alexander A. Nicae*) Legem, quam dixisti, (..) servari oportet.* Het beding dat u hebt afgesproken, (..) moet worden nagekomen.

teruggegeven.[173] Ulpianus voegt daar in D. 21, 1, 38, 10 nog aan toe dat niet alleen wegens een ziekte of gebrek bij lastdieren teruggave kan plaatsvinden, maar ook als in strijd met afgelegde verklaringen en beloften gehandeld is, dit naar analogie van de slaven.[174]

De verkoper beriep zich op de volgende twee argumenten. Ten eerste dat de belofte en het antwoord dat het een paard 'sonder quaad' was alleen betrekking hadden op een verborgen gebrek, maar niet op kreupelheid, een gebrek dat iedereen kon en moest zien. In de tweede plaats dat getuigen hadden gezegd dat het paard leverbaar was. Beide argumenten waren volgens Ten Brink krachteloos. Het eerste omdat de algemene woorden 'sonder quaad' niet gereserveerd en beperkt waren tot verborgen gebreken, maar naar de aard en natuur alle kwalen omvatten, ook die kwalen die zichtbaar waren. De verkoper moest weliswaar krachtens de wet, ook zonder clausule in het contract, alleen instaan voor verborgen gebreken, maar in dit geval stond er een clausule in het contract. Deze clausule inhoudende dat het 'een paard sonder quaad' was, was niet voor niets opgenomen. Want zoals Coren en ook Van de Sande zeggen, moet in contracten geen enkele clausule, geen enkel woord, hoe gering ook, geacht worden tevergeefs te zijn uitgedrukt: *Nulla enim clausula, imo nullum verbum, etiam minimum debet intelligi frustra fuisse expressum.*[175] Daarbij kwam dat volgens D. 2, 14, 39 twijfelachtige bedingen werden uitgelegd in het nadeel van de verkoper, omdat hij de contractsvoorwaarden duidelijker had kunnen opstellen.[176] Ten Brink wees op De Groot en Voet.[177]

Het tweede argument sneed volgens Ten Brink geen hout omdat de getuigen verklaarden dat het paard op zand was bezichtigd en niet op straat had gedraafd; ze vermoedden dat er iets mis was. Nadat de burgemeester en schout de 'onderscholten' opdracht hadden gegeven het paard op straat te monsteren, bleek het paard wel kreupel te zijn.

Ten Brink veroordeelde de verkoper het paard terug te nemen en de koopsom te restitueren. De verkoper moest eveneens de proceskosten vergoeden.

---

173 D. 21, 1, 1 (Ulpianus *libro primo ad edictum aedilium curulium*) *(..). quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. (..).* Zie Zimmermann, noot 159, 318, 319.

174 D. 21, 1, 38, 10 (Ulpianus *libro secundo ad edictum aedilium curulium*) *Non tantum autem ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in iumentis, verum etiam si contra dictum promissumve, erit locus redhibitioni exemplo mancipiorum.*

175 J. Coren, *Observationes rerum in Senatu*, Den Haag 1633, obs. 28, nr 78; vgl. J. van den Sande, *Commentatio in consuetudinem Gelriae*, Arnhem 1638, tit. 3, c. 1, § 7, nr 55.

176 D. 2, 14, 39 (Papinianus *libro quinto quaestionum*) *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.* Vgl. D. 18, 1, 21 en D. 18, 1, 43, 2.

177 De Groot, noot 75, B. 3, d. 15, § 9; Voet, noot 117, ad D. 21, 1 nr 3.

9.4 Huidig recht

In de terminologie van ons Burgerlijk Wetboek moet de verkochte zaak die eigenschappen hebben die de koper bij een normaal gebruik mag verwachten.[178] Dit artikel heeft een einde gemaakt aan het dualisme dat onder het oude recht nog bestond. Had de verkoper een toezegging gedaan of een garantie gegeven en kwam hij die niet na, dan moest de koper ageren uit wanprestatie en kon hij ontbinding en schadevergoeding eisen. Ging het om een verborgen gebrek dan werd geageerd met de acties uit de speciaal daarop toegesneden verborgen gebrekenregeling.[179] De koper kon in navolging van het Romeinse recht ofwel tegen teruggave van de zaak de koopsom terugvorderen ofwel de zaak behouden en vermindering van de koopsom eisen. Het huidige art. 7:17 BW geldt zowel in geval van een verborgen gebrek als een niet nagekomen garantie of toezegging. De leer van de verborgen gebreken is opgegaan in het conformiteitsleerstuk. De koper kan ontbinding en schadevergoeding vragen.[180] In tegenstelling tot het Romeinse recht kan de koper volgens huidig recht altijd schadevergoeding vorderen; ook als de verkoper het gebrek niet kende. In het Romeinse recht kon schadevergoeding alleen worden gevorderd met de *actio empti*, waarbij *dolus* vereist was.

10. De 'moord' op de zwangere dienstmaagd[181]
De *Lex Cornelia de sicariis* en de *Lex Pompeia de parricidiis*

10.1 Inleiding

Het dienstmeisje Merregien Geerts stond in de keuken toen de zoon des huizes, Jan Hendrik de Graaf, thuiskwam. De twee kenden elkaar maar al te goed. Hij zocht toenadering, maar zij weigerde op zijn avances in te gaan, tenzij hij beloofde met haar te trouwen. Toen ze vertelde dat ze zwanger van hem was, ontstond een hevige ruzie, die uit zou lopen op een bloederig schouwspel. De man zag een mes op tafel liggen, greep haar van achteren bij het hoofd en sneed 'met eene veeg haar hals af'.

Hij vluchtte, maar werd al spoedig na zijn gruwelijke daad opgepakt in Steenwijk, overgebracht naar Vollenhove en gevangen gezet op 'het Oldehuis'.

10.2 Inheems en Romeins strafrecht

Zowel het Landrecht van 1630, als de verschillende stadsrechten, bevatten titels over

178 Art. 7:17 lid 2 BW.
179 Artt. 1540-1548 BW.
180 Asser-Hijma, *Bijzondere overeenkomsten*, I, koop en ruil, Deventer 2001, p. 290 e.v.
181 Strubberg, noot 28, IV, 96, zonder datum.

strafrecht. Strafbaar waren bijvoorbeeld hoererij, diefstal, overspel, bloedschande, meineed, doodslag, en brandstichting.[182] Omdat het land- en stadsrecht strafbepalingen over doodslag kenden, zou men verwachten dat de referenten zich beriepen op deze inheemse bepalingen. Het is dan ook opmerkelijk dat we in deze strafzaak geen enkele verwijzing naar het stadsrecht, noch naar het landrecht aantreffen. De referent verwees naar Romeins en canoniek recht en haalde bijbelteksten aan. De reden hiervan is dat op het gebied van het inheemse strafrecht hetzelfde geldt als voor inheemse privaatrecht: het is summier. Zo zegt het landrecht in II, 22, 1 dat degenen die zich schuldig hebben gemaakt aan doodslag 'vredeloos des lants zyn' dat wil zeggen vogelvrij en dat zij 'anderen tot exempel gestraft worden, als de rechten daarvan mede brengen'. De strafmaat wordt echter niet gegeven. Het artikel verwijst naar 'de rechten'. Vermoedelijk is dit een verwijzing naar de andere rechtsbronnen, die dus ook in strafrechtelijke zaken uitkomst moesten bieden. Wat de bijbelteksten aangaat hebben we hierboven reeds gezegd dat de bijbel samen met het natuurrecht als goddelijk recht de belangrijke rechtsbron was binnen de kerk en haar rechtbanken. Deze rechtsbronnen golden niet rechtstreeks voor de wereldlijke rechtbanken, maar hadden toch wel invloed. Ook na de reformatie toen de jurisdictie van de kerkelijke rechter verloren was gegaan, zagen we dat de gewone wereldlijke rechter de bijbel nog wel opensloeg en bijbelteksten aan zijn vonnis ten grondslag legde. Ik verwijs naar de hierboven genoemde echtscheidingszaak van de burgemeester van Deventer. Zoals we straks zullen zien bleef het canonieke recht ook in het strafrecht invloed houden.

Boeken 47 en 48 van de Digesten en boek 12 van de Codex worden overigens wel de *terribiles* genoemd, vanwege de gruwelijke straffen die erin staan.[183] Om dezelfde reden leerde Hugo de Groot dat het Nieuwe Testament de voorkeur genoot boven het Oude Testament.[184] We zullen zien dat de bewoners van de Lage Landen wat het straffen betreft niet achter bleven bij de Romeinen.

10.3 Advies

De drie referenten beperkten zich in hun advies tot het bepalen van de strafmaat. Hoe het delict moest worden gequalificeerd bleef onbesproken. Zo gingen ze niet in op de vraag of de dader met opzet had gehandeld, hetgeen voor doodslag werd geëist. Carpzovius schaart

---

182 Landrecht, noot 10, Boek II, titels 19 e.v. Voor bv. Steenwijk: Dat koerboeck der stadt Steinwyck 1579, in: Overijsselsche stad- dijk- en markeregten, 1e deel, 10e stuk, Stadregten van Steenwijk, Zwolle 1891. Voor bv. Vollenhove: artikel 54 Keurboek C (vgl. Keurboek B 1443 artikel 42), in: Overijsselsche stad- dijk- en markeregten, 1e deel, 6e stuk, Zwolle 1885.

183 Zie hierover bv.: G.A. van Hamel, Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht, I, Haarlem, Den Haag 1889, 38 e.v. In het algemeen: M. van de Vrugt, *Aengaende Cimineele saeken*, Drie hoofdstukken uit de geschiedenis van het strafrecht, Deventer 1982.

184 D.G. van der Keessel, *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam*, Amsterdam 1961, ad I, 2, 9.

in zijn 'verhandeling der lystraffelyke misdaden' onder de zogeheten 'listige doodslag', zowel doodslag met de opzet en de wil om te doden als de doodslag met enkel het voornemen te verwonden.[185] Ook de tweede variant valt onder doodslag omdat degene die, hoewel hij alleen het voornemen had om te kwetsen, vanaf het begin de dodelijke afloop had kunnen verwachten. Indien de dader iemand getroffen heeft met een wapen welke 'naar alle schijn tot het plegen van doodslag bekwaam is', dan heeft hij de dodelijke afloop gemakkelijk kunnen voorzien. Wij zouden zeggen dat hij heeft gehandeld met voorwaardelijk opzet. Van belang was derhalve het soort wapen waarmee werd verwond. Was een wapen gebruikt, dat doorgaans de dood tot gevolg had, dan werd de dader geacht arglistig te hebben gedood.[186] Als een van de voorbeelden noemde Carpzovius een mes. Het was duidelijk dat Jan Hendrik zich schuldig had gemaakt aan doodslag. Hij handelde met opzet.

De referenten stelden in hun advies voorop dat de verdachte de doodslag vrijwillig had bekend. Deze 'vrijwillige confessie' leverde voldoende bewijs op om de man te kunnen veroordelen, getuige C. 9, 47, 16. Keizer Constantijn bepaalde in deze constitutie, dat de rechter niet eerder een capitale of strenge straf mocht opleggen, dan nadat het bewijs rond was. Bij de aanklacht wegens echtbreuk, moord of tovenarij was het bewijs geleverd als de verdachte zelf had bekend of als de getuigenverklaringen van allen, die gefolterd of ondervraagd waren, volledig overeenstemden.[187] Hetzelfde zei Farinacius.[188]
De strafmaat werd bepaald aan de hand van de 'Goddelijke en Wereldlijke rechten'.[189] De bijbelteksten, die de referenten aanhaalden, komen op één na uit het Oude Testament en hebben een gemeenschappelijke grondslag: 'oog om oog, tand om tand'. Bijvoorbeeld Exodus 21:12: 'Wie eymant slaet dat hij sterft, die sal sekerlick gedoot worden.'[190] De tekst uit het Nieuwe Testament waar één van de referenten naar verwees is Mattheus hoofdstuk 26, waarin Jezus ter dood wordt veroordeeld. Ook uit X. 3, 41, 7, een bepaling uit het Liber Extra van Paus Gregorius IX, blijkt dat degenen die met het zwaard doden, door het zwaard ten onder gaan.[191]

---

185 B. Carpzovius, *Verhandeling der lyfstraffelyke misdaden en haar berechtinge*, Amsterdam 1777, deel I, I, 3, 3 e.v.

186 Gebruikte de dader een werktuig dat zelden of nooit de dood veroorzaakte, dan was het geen doodslag, maar dood door schuld.

187 C. 9, 47, 16. (Imp. Constantinus A. ad Catullinum) *(..), quam in adulterii vel homicidii vel maleficii crimina ut sua confessione aut certe omnium, qui totmentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirantem concordantemque rei finem convictus sit (..)*

188 P. Farinacius, *Opera Omnia*, III, Frankfurt 1611, quaest. 81, nr 2; II, *Tractatus de testibus*, Frankfurt 1606, quaest. 63, 145.

189 Advies noot 181, p. 97

190 Vgl. Gen. 9: 6; Exod. 20:12; Levit. 24:17; Deut. 5:17.

191 *Omnes qui gladio ferierint, gladio peribunt; quid enim horribilius quam hominem ad imaginem et simultudinem Dei factum occidere c. 2 X de homine, qui detestabilius quam hominem intersciendo Dei officium sibi usurpare, in cujus manu stat vita et mors hominum.*Vgl. Deut. c. 32 Job c. 14.

Het voorgaande kon tot geen andere conclusie leiden, dan dat mensen die doodslag begingen de hoogste straf boven het hoofd hing, te weten de doodstraf. De referenten wezen voorts op Inst. 4, 18, 5, C. 1, 4, 3 en D. 48, 9, 9, 1 om te beargumenteren dat de moordenaar van Merregien zwaar gestraft moest worden. In de Institutentekst[192] wordt de *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* genoemd. Volgens deze wet moesten sluipmoordenaars en gifmengers ter dood worden veroordeeld.[193] In de andere Digestentekst komt de *Lex Pompeia de parricidiis*, de wet over verwantenmoord, ter sprake. Deze tekst wordt aangehaald omdat wordt gezegd dat degenen die anderen dan hun vader, moeder, grootvader of grootmoeder hebben gedood de doodstraf krijgen.[194] Moordenaars van verwanten stond overigens een heel bijzondere straf te wachten. Zij werden met takken van kornoelje gegeseld en in een leren zak genaaid, tezamen met een hond, een tamme haan, een adder en een aap. Vervolgens werd de zak vanaf een rots in de zee geworpen. In de binnenlanden werd de veroordeelde voor de wilde dieren geworpen.[195] Krachtens de genoemde Codexconstitutie (C. 1, 4, 3) van keizer Valentinianus werden gevangenen op eerste paasdag vrijgelaten. Hiervan werden echter uitgezonderd: moordenaars, kerkrovers, gifmengers, overspeligen, maagdenrovers, majesteitsschenners en grafrovers.[196] Hieruit volgde dat moordenaars geen mededogen hoefden te verwachten.

Dat Jan Hendrik in ieder geval de doodstraf moest worden opgelegd, stond vast. Hij had een onnozele dienstmeid in koelen bloede de hals afgesneden, nadat hij haar had bezwangerd en had beloofd met haar te trouwen. Er was voor hem geen enkele aanleiding geweest om haar te doden. Hij verdiende volgens de referenten eigenlijk een nog zwaardere straf. Dit klinkt wellicht opmerkelijk, maar het gaat uiteraard ook om de wijze waarop de straf ten uitvoer werd gelegd. Er waren namelijk verschillende manieren om iemand naar gene zijde te helpen. Zo somde Carpzovius de toen gebezigde doodstraffen

---

192 *Item lex Cornelia de sicariis, quae homicidas ultore ferro persequitur vel eos, qui hominis occidenti causa cum telo ambulant. (..) eadem lege et venefici capite damnantur, (..)*

193 Behalve de doodstraf kende het Romeinse recht onder andere nog als straf: de slavernij, het ontnemen van het burgerschap, ballingschap, hechtenis en lichamelijke tuchtiging. D. 48, 19, 6, 2 (Ulpianus *libro septimo de officio proconsulis IX*) *(..) et sunt poenae, quae aut vitam adimant aut servitutem iniungant aut civitatem auferant aut exilium aut cercitionem corporis contineant.*

194 D. 48, 9, 9, 1 (Modestinus *libro duodecimo pandectarum*) *Qui alias personas occiderint praeter matrem et patrem et avum et aviam (quos more maiorum puniri supra diximus), capitis poena plectentur aut ultimo supplicio mactantur.*

195 D. 48, 9, 9, pr. (Modestinus *libro duodecimo pandectarum*) *Poena parricidii more maiorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia: deinde in mare profundum culleus iactatur. Hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis obicitur secundum divi Hadriani constitutionem.*

196 (Impppp. Gratianus Valentinianus Theodosius et Arcadius AAAA. Neoterio pp.) *(..) ubi primum dies paschalis extiterit , nullum teneat carcer inclusum, (..) Nullam accipiat requiem vinculorum, qui quiescere sepultos quadam sceleris immanitate non sinit: patiatur tormenta veneficus, maleficus, adulterator violatorque monetae: homicida et parricida quod fecit semper expectet: reus etiam maiestatis de domino, adversus quem talia molitus est, veniam sperare non debet.*

op: verdrinking, verbranding, vierendeling, het afhakken van het hoofd; de kruisiging was inmiddels vervangen door de galg.[197] Over de 'bezwangeraar' die de door hem zwanger geraakte vrouw doodde, vertelde hij dat deze wel eens werd gestraft door de rechter met de 'straf des Rads'. Bij de uitvoering van deze straf werd de veroordeelde op een rad gebonden en werden zijn armen en benen gebroken. Hij werd dus niet meteen gedood; het breken van de ledematen had tot doel om hem voor zijn dood nog te pijnigen, hetgeen de straf zwaarder maakte. Carpzovius vond deze straf voor het doden van een zwangere dame eigenlijk te zwaar, omdat deze straf ook niet tegen vrouwen die abortus pleegden ten uitvoer werd gelegd.[198] Dat een strengere straf in deze op zijn plaats was omdat moeder én kind waren gedood, vond hij geen goed argument. Volgens hem betrof het geen dubbele doodslag omdat het kind dat nog niet geboren was geen 'waarlyk mens' genoemd kon worden; daartoe moest het eerst geboren zijn. Hij wees op D. 35, 2, 9, 1 waar Papinianus hetzelfde zegt over het nog niet geboren kind van een slavin.[199] Verder wees Carpzovius op D. 1, 5, 7. In deze tekst zegt Paulus dat de belangen van het kind in de moederschoot op dezelfde wijze worden beschermd alsof het reeds onder de mensen was, hoewel het voor zijn geboorte aan een ander op generlei wijze voordeel brengt.[200] Carpzovius vond de volgende straf voor doodslag van een zwangere vrouw 'voldoende'. De dader moest op een horde of wiel worden gebonden en achter een paard naar de strafplaats worden gesleept.[201] Op de strafplaats moest hij met het zwaard worden gedood, waarna zijn dode lichaam op een rad moest worden gelegd en afgevoerd; het lijk werd niet begraven maar weggegooid. Hoewel er geen lichamelijke folteringen aan de dood vooraf gingen, was deze straf toch een verzwaring omdat het lichaam niet werd begraven. Hij wees op de 'Wetten der Romeinen', volgens welke moordenaars en kinderen, die hun ouders in armoede achterlieten, dezelfde straf boven het hoofd hing.[202]

---

197 B. Carpzovius, noot 185, deel II, 120. Vgl. J. Clarus, *Opera Omnia*, V, Lyon 1661, § parricidium, nr 5.

198 Carpzovius, noot 185, deel I, 1, 24, 7. Hij haalde D. 48, 19, 38, 5 aan waarin Paulus zegt dat personen die een liefdesdrank of drank verstrekken met het doel de vrucht af te drijven naar de mijnen of een eiland worden verbannen, met verlies van een deel van hun vermogen; stierf de man of vrouw in kwestie, dan werd de doodstraf opgelegd. (Paulus *libro quinto sententiarum*) *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.*

199 (Papinianus *libro nono decimo quaestionum*) *Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.* Wat betreft het nog niet geboren kind van een slavin wordt geen enkele onderscheiding naar tijd toegelaten, en niet ten onrechte, aangezien men van een nog niet geboren kind niet echt kan zeggen dat het al een slaaf is

200 (Paulus *libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*) *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quearitur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

201 Carpzovius, noot 185, deel II, 120, 19

202 Carpzovius, noot 185, deel, II, 120, 21 Vgl. Kon. 1:13, waar de profeet, nadat hij door een leeuw is gedood niet in zijn vaders graf begraven wordt.

De referenten kwamen conform het bovenstaande tot de volgende strafoplegging. De man moest op de strafplaats aan een paal worden gebonden, alwaar het hoofd met een mes zou worden afgesneden. Na zijn dood zou het lichaam op een rad worden gelegd 'tot een publyk en affschouwelyk spectakel' en worden afgevoerd. Dit laatste tenzij de landdrost uit genade en vanwege de jeugdige leeftijd toestond dat het lichaam werd begraven.
'*Atque ita censuimus*'

11. Slot

De rechtsgeleerde adviezen zijn in tweeërlei opzicht van belang. In de eerste plaats omdat de tot vonnis geworden adviezen gemotiveerd waren. We kennen zodoende de overweging van de rechter en zien welke rechtsbronnen hij toepaste. De grootste rol was toebedeeld aan het Romeinse recht. En in de tweede plaats hebben de adviezen bijgedragen tot de receptie van het Romeinse recht in Overijssel. Net als de juristen in de gerechtshoven in de andere gewesten pasten de adviseurs Romeins recht toe. De hierboven besproken adviezen zijn hier een goed voorbeeld van. In de zaak over het viswater zagen we dat de bezitsactie in het landrecht staat in de traditie van Romeins-canoniek recht. Of het artikel in het landrecht nu op een foute interpretatie van het *interdictum uti possidetis* berust of niet, het gaat terug op het Romeinse recht. De zaak over het paard liet zien dat bij gebreke aan een regel in het landrecht de Romeinsrechtelijke regeling van de verborgen gebreken werd toegepast, met inachtneming van de plaatselijke gebruiken. Ten slotte is de strafzaak ook een voorbeeld van toepassing van Romeins recht, bij gebrek aan bepalingen in het landrecht. Doodslag stond weliswaar strafbaar gesteld, maar verder ontbrak iedere uitwerking omtrent strafmaat en dergelijke. Kortom: de drie adviezen zijn voorbeelden van een zelfstandige vorm van toepassing van Romeins recht, die daarom ook een eigen naam verdient: Rooms-Overijssels recht.

F.A.J. van der Ven Groningen