

RECHTSTHEORIE

RECHTSGESCHIEDENIS

AAK20209167

C.J.H. Jansen

In het afgelopen half jaar heerste er volop activiteit in rechtshistorisch Nederland. Op 5 november 2019 aanvaardde Jelle Jansen zijn ambt als hoogleraar *ius commune* aan de Groningse universiteit. Het *ius commune* was kort gezegd het aan continentaal Europa gemeenschappelijke Romeinse recht, dat vanaf de stichting van de Universiteit van Bologna in 1088 op bijna alle Europese universiteiten werd gedoceerd en ook in de rechtspraak van veel continentaal Europese ‘landen’ (subsidiare) toepassing vond. De verschijning van de privaatrechtelijke wetboeken vanaf het einde van de 18e eeuw maakte geleidelijk een einde aan zijn gelding. Jansens rede droeg de opmerkelijke titel: *Het schip van Theseus*. Hij verwees daarmee naar een verhaal uit de Griekse oudheid. De koning van Athene, Aegeus, had zijn zoon, de om zijn heldendaden bekende Theseus, naar Kreta gestuurd ter inlossing van een ereschuld van Athene. Theseus moest op Kreta de vervaarlijke Minotaurus doden. Als hij daarin was geslaagd, zou het schip op de terugreis een wit zeil voeren en als hij had gefaald, een zwart zeil. Theseus doodde de Minotaurus, maar hij vergat onder wit zeil naar huis te varen. Aegeus stortte zich bij de aanblik van het zwarte zeil in zee die vanaf dat moment de Aegeïsche zee heette. De Atheners hielden – als herinnering aan de gebeurtenissen – het schip in zeewaardige staat. In de loop van de tijd moesten daardoor bijna alle onderdelen van het schip worden vervangen. Was het schip van Theseus nog wel het schip van Theseus?

Jansen betoogde in zijn rede dat niet alleen het *ius commune* maar ook het privaatrecht als een schip van Theseus kan worden gezien. Het privaatrechtelijke debat van vroeger en nu is volgens hem ‘een continuüm’, ‘een eindeloos gesprek waarin weliswaar af en toe regels worden vervangen, maar door de eeuwen heen steeds weer dezelfde argumenten opduiken’. Hij lichtte deze stelling toe aan de hand van het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden. De discussie onder de Europese beoefenaren van het Romeinse en het burgerlijke recht over dit vereiste vond plaats aan de hand van een Digestentekst van de jurist Paulus, D. 8,1,8,pr.: ‘Een erfdiensbaarheid die de bevoegdheid geeft appels te plukken, op andermans grond te kunnen wandelen of te picknicken, kan niet worden gevestigd.’ Deze tekst legde een verband met het nutsvereiste, maar stelde het niet met zo veel woorden. Vandaar de tranen: eeuwen van discussie volgden. Het verhaal van Jansen is een prachtige illustratie van de meerwaarde van historische rechtsvergelijking voor de benadering van moderne privaatrechtelijke problemen. Jansen publiceerde in *WPNR* 2019, afl. 7258, p. 761-763 onder de titel ‘De afschaffing van het

nutsvereiste bij erfdiensbaarheden’ een voorproefje van zijn nog te verschijnen rede. In dit artikel staat de opvatting centraal van de Leidse hoogleraar in het Romeinse recht, J.C. van Oven (1881-1963), over het onnut van het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden.

Op 14 februari 2020 heeft Hylkje de Jong haar hoogleraarschap in de rechtsgeschiedenis aanvaard aan de Vrije Universiteit. De titel van haar rede luidde: *Het geheugen van het recht*. Haar verhaal heeft min of meer dezelfde strekking als dat van Jansen. Ik citeer: ‘Dezelfde vragen keren in de loop van de tijd dikwijls terug, maar oplossingen verschijnen soms in een gelijkende en soms in een minder gelijkende vorm: continuïteit en discontinuïteit’ (p. 10). Zij lichtte haar stelling toe aan de hand van een Digestentekst van Papinianus, de grootmeester onder de Romeinse juristen, D. 17,1,57. Volgens De Jong draaide de tekst om de volgende vraag: kan na voltooiing van de verkrijgende verjaring de voormalige eigenaar de zaak terugvorderen? Dezelfde vraag kwam aan de orde in een arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2017 ([ECLI:NL:HR:2017:309](#); *Gemeente Heusden / X*). In een signalering in het *KwartaalSignaal* voert het te ver deze in de literatuur als ‘verrassend’ en ‘juridisch vuurwerk’ gekenschetste uitspraak van de Hoge Raad in detail te behandelen. Het punt dat De Jong wil maken, is dat de uitspraak aanzienlijk minder verrassend is voor degene die de geschiedenis van het privaatrecht kent, in het bijzonder D. 17,1,57, zeker als de onderzoeker bereid is daarbij ook de *Basilica* (een min of meer officiële Griekse wettekst, rond 900 op gezag van keizer Leo de Wijze (886-912) voor het Byzantijnse rijk uitgegeven) te betrekken. De Jong citeert vervolgens de Griekse vertaling van de 6e-eeuwse hoogleraar Stephanus van deze tekst. Hij kwam in zijn vertaling al tot dezelfde conclusie als de Hoge Raad. ‘Dit vind ik juridisch vuurwerk!’, aldus De Jong. Zij vertelt aan het einde van haar betoog dat zij zich in haar onderzoek gaat richten op twee onderwerpen: het materiële recht van de *Basilica* en de receptie van het Romeinse recht in Friesland.

Met twee redes was de rechtshistorische oogst van het afgelopen half jaar in Nederland nog niet binnen. Er verschenen eveneens twee mooie proefschriften. Op 16 januari 2020 is Jeannette (A.J.H.) Smit in Groningen gepromoveerd op een monografie getiteld, *Pignus nominis. De verpanding van vorderingen naar Romeins recht* (promotor prof. mr. J.H.A. Lokin). De centrale vraag in Smits proefschrift is op welke wijze de ‘Romeinen’ de verpanding van vorderingen construeerden en welk rechtsmiddel de pandhouder tot zijn beschikking stond. Een belangrijke rol bij het mogelijk maken van de verpanding van vorderingen, speelde de *praetor*, een hoge magistraat in het Romeinse rijk die zich intensief bemoeide met de (civiele) rechtspraak en die besliste of iemand kon procederen tegen een ander. Het was de *praetor* die de pandhouder een rechtsmiddel (een actie of rechtsvordering) toekende. De rechtsverhouding die aan de verpanding van een vordering ten grondslag lag, was een overeenkomst tussen de pandgever en de pandhouder. Zij spraken hierin af dat een vordering van de pandgever op een van zijn schuldenaren

de pandhouder tot pand diende. De *praetor* beschermde deze overeenkomst. Hij gaf de pandhouder een zogeheten *actio utilis*, een actie naar het voorbeeld van een andere actie. De actie die tot voorbeeld strekte, was de actie die de pandgever al had tegen zijn schuldenaar. De pandhouder kon de schuldenaar van de verpande vordering vragen om te betalen op het moment dat hij – pandhouder – bevoegd was om tot inning over te gaan (en daarnaast de vordering opeisbaar was). Weigerde de schuldenaar betaling, dan kon de pandhouder de *actio utilis* instellen waardoor hij in staat was de vordering op de schuldenaar te innen. Deze actie zorgde er dus voor dat de verpanding van vorderingen een belangrijke en waardevolle rol is gaan spelen in de gereedschapskist van de Romeinse zekerheidsrechten. Het hoofdstuk waarin Smit de inning door de *actio utilis* van de pandhouder behandelt (hoofdstuk 9, p. 193-266), is het kernhoofdstuk in het proefschrift. Zij heeft – tot slot – haar onderwerp zo grondig en origineel uitgewerkt en zij bleef zo fier overeind tegenover haar opponenten bij de verdediging van haar proefschrift dat zij haar doctorsgraad met lof behaalde.

Op 26 februari 2020 is Hans-Jan (J.) van Kralingen gepromoveerd aan de Leidse universiteit op een proefschrift, getiteld *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk. Een historisch comparatieve studie* (promotoren: prof.mr. W.J. Zwolve en prof.mr. E. Koops). Centraal in zijn proefschrift staat de historische achtergrond van artikel 3:230 BW: een recht van pand of hypotheek is ondeelbaar, zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld. Het kenmerk van ondeelbaarheid stond al in het BW van 1838 (art. 1206 voor pand en artikel 1209 voor hypotheek, overgenomen uit art. 2083 Code civil (oud) respectievelijk art. 2114 Code civil (oud)), maar er zijn wel verschillen in formulering en uitwerking tussen de tekst in het BW en het oud BW. De betekenis van artikel 3:230 BW is niet zo duidelijk als op het eerste gezicht lijkt. Van Kralingen constateert aan de hand van zijn fraaie onderzoek dat de ondeelbaarheid van het

pand- en hypotheekrecht geen goederenrechtelijk beginsel is, maar een wettelijk vermoeden. Dit vermoeden bestaat hierin dat partijen zijn overeengekomen dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat de gehele schuld is voldaan. Zij kunnen met andere woorden dus iets anders overeenkomen. Ook in het Romeinse recht bestond geen beginsel van ondeelbaarheid. Nergens staat dat het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar was. Dit betekent dat het leerstuk van ondeelbaarheid in een andere periode van de rechtsgeschiedenis tot ontwikkeling moet zijn gekomen. Dat is de periode geweest van het *ius commune*, in het bijzonder de periode van de glossatoren (kort gezegd de beoefenaren van het Romeinse recht in de middeleeuwen). Van Kralingen wijst op de betekenis van Odofredus (gestorven in 1265), ‘die veelvuldig en consequent de regel “het pandrecht is ondeelbaar” [...] en vergelijkbare uitdrukkingen gebruikte’ (p. 199). Voorts besteedt hij bijzondere aandacht aan de opvattingen van de Franse jurist Charles Dumoulin (1500-1566). Dumoulin verdedigde al de stelling dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was gebaseerd op partijwil. Zo is het proefschrift van Van Kralingen – evenals de redes van Jansen en De Jong – een fraai voorbeeld van de historisch-vergelijkende benadering van het moderne burgerlijke recht.

Ten slotte wijs ik de geïnteresseerde lezer nog op de publicatie van een enigszins aangepaste versie van het indrukwekkende proefschrift van de Belgische rechtshistoricus Wouter Druwé, *Loans and credit in Consilia and Decisiones in the Low Countries (c. 1500-1680)*, Leiden/ Boston: E.J. Brill 2020. Het boek gaat over de financieringspraktijk in de Gouden Eeuw van Antwerpen en Amsterdam en het daarop toepasselijk ‘geleerde’, Romeinse en canonieke, recht. Daarnaast verscheen in 2019 ter gelegenheid van het 20-jarige bestaan van het rechtshistorische tijdschrift *Pro Memoria. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden* (21.2) een bijzonder nummer: Georges Martyn, Louis Berkvens & Paul Brood (red.), *Juristen die schreven en bleven. Nederlandstalige rechtsgeleerde klassiekers*, een overzicht van de ‘belangrijkste’ rechtsgeleerde boeken in het Nederlandse taalgebied. ◀