

Over eigendom, personen en zaken

Een historisch vergelijkende beschouwing over de inhoud van eigendom

*Prof. mr. J. M. Milo**

1 Inleiding

De bevrijding kwam in 1945 voor sommigen met onteigening.¹ Eigendom wordt als hoeksteen van de vrijheid gekwalificeerd.² Dat is niet vreemd: eigendom geeft de eigenaar zeer grote individuele vrijheid in de uitoefening van zijn bevoegdheden ten aanzien van het object van eigendom. Onteigening is ontneming van die vrijheid, en kan alleen onder constitutioneel verankerde voorwaarden. Het private domein is het vrije speelveld van individuele personen, die zich met hun eigendom tot anderen verhouden, en met anderen verbinden. Persoon, eigendom en verbintenis zijn de aloude werkbare, privaatrechtelijke instituties van dat private speelveld. Tegelijk dringen zich allerhande gemeenschappelijke en publieke belangen op, sneller dan de wetgever regels uitvaardigen, of de rechter geschillen beslechten kan. Dat betreft dan relatief nieuwe onderwerpen als klimaat, biodiversiteit, nieuwe technologie, en steeds opnieuw terugkerende onderwerpen als behoud van natuur, cultuur, deeleconomie, volksgezondheid en ongelijkheid. Is ons begrip eigendom voldoende toegerust om kwesties als deze te kunnen accommoderen? Daarover handelt deze bijdrage, die ons eigendomsrecht ook historisch vergelijkend nader duidt. Het verleden geeft kenbaarheid van een grote variatie aan duidingsmogelijkheden die zich in ons geldend recht verschuilen.³ Grotius' *Inleidinge* krijgt aandacht, dat 400 jaar oude monument in de wording van ons vermogensrecht, geschreven in politieke gevangenschap. Ook nu nog heeft het ons veel te bieden. Ik beschouw eerst ons begrip eigendom (par. 2) tegen een constitutionele achtergrond van vrijheid, waarin eigendom niet primair is (par. 3). Zowel de persoon (par. 4) als de zaak (par. 5) geeft aan eigendom een nadere betekenis. Uiteindelijk verlangt zowel de persoon als de gemeenschap, maar zeker ook de zaak zelf een waardevolle invulling van vrijheid voor ons, onze kinderen en de wereld

om ons heen die is en komen zal – zeker als het gaat om zoiets exclusiefs als eigendom (par. 6).

2 Eigendom

Weinig begrippen uit het burgerlijk recht zijn in hun wettelijke definitie zo schijnbaar eenvoudig als eigendom: meest omvattende recht op een zaak, vrij en exclusief gebruik, bevoegdheid van revindicatie.⁴ Kenmerken of zelfs beginselen die in de rechtswetenschap aan eigendom worden gegeven, zijn in verschillend gekozen bewoordingen, meer of minder expliciet, aan te treffen – absoluut, exclusief, uniform, totaal, abstract, onbepaald, ondeelbaar, eeuwigdurend –, in de negentiende eeuw met name door de Duitse en Franse rechtswetenschap gevoed, en in de loop der tijd wat minder prominent op de voorgrond en met meer nuance beschreven.⁵ Dwingend recht regeert het goederenrecht en dus het eigendomsrecht voor wat betreft de kwalificatie van zaken, het houden van zaken en goederenrechtelijke rechtshandelingen ten aanzien van zaken, geordend in een 'gesloten' wettelijk stelsel. De reden is het belang van de derde in het goederenverkeer bij rechtszekerheid en voorspelbaarheid – niet meer dan dat.⁶ De wettelijke regel is de voortzetting van art. 625 BW (oud,

* Prof. mr. J.M. Milo is eerste houder van de wisselleerstoel oudvaderlands recht en hoofddocent aan de Universiteit Utrecht en Fellow bij de South-African Research Chair in Property Law van Stellenbosch University.

1. Eigendom van 'de vijand' verviel *ex lege* aan de staat. Zie voor die in Londen uitgevaardigde regel HR 5 mei 1950, ECLI:NL:HR:1950:200, NJ 1951/1 (Damhof/Staat).
2. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/14; eerder G.C.J.J. van den Bergh, Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip, Deventer: Kluwer 1988, p. 1.
3. Met name in Hang naar heden. Over het verleden in het geldende recht, AA 2017, p. 240-249, deed ik daarvan verslag.

4. Art. 5:1 BW: '1 Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. 2 Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen. 3 De eigenaar van de zaak wordt, behoudens rechten van anderen, eigenaar van de afgescheiden vruchten.'
5. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/17-20; W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, A. Pitlo. Goederenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 464; Diephuis, Het Nederlandsch burgerlijk regt II, 1885, p. 45 e.v.; C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek 3, p. 225-227. In Baur/Stürner, Sachenrecht, 2009 als Grundsätze en Strukturprinzipien scherp aanwezig, zie p. 35-41. Ook in de rechtsvergelijkende studie S. van Erp & B. Akkermans, Property Law, 2012, p. 213 e.v. Over exclusiviteit zie D. Gruyaert, De exclusiviteit van het eigendomsrecht, Leuven 2016.
6. Waarover met name T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer: Kluwer 2007 en B. Akkermans, The Principle of Numerus Clausus in European Property Law, Antwerpen: Intersentia 2008. S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), Open normen in het goederenrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000; S.E. Bartels & J.M. Milo, Contents of Real Rights, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

1838),⁷ art. 544 Code civil (1811)⁸ en art. 439 Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningryk Holland (1809).⁹ Eerder zijn in onze vroegmoderne rechtswetenschap vergelijkbare terminologie, systematiek en inhoud aan te treffen.¹⁰ Grotius zette de bakens in zijn *Inleidinge*, geschoeid op Romeins recht, natuurrecht en lokaal geschreven en ongeschreven recht – eigendom is in vroegmodern Nederlands goed te herkennen.¹¹ Het systeem van eigendom en beperkte rechten is evenzeer aanwezig – het ‘meest omvattende’ recht bij ons, volle en gebrekkelijke eigendom bij Grotius.¹² De bevoegdheden – of inhoud van het eigendomsrecht – zijn onbepaald gelaten, en aan iedere individuele eigenaar ter nadere concretisering overgelaten. Van plichten voor de eigenaar is al helemaal geen sprake, kleine uitzonderingen daargelaten.¹³ Uit het systeem van het positieve recht kunnen we de bevoegdheden uit eigendom niet nader bepalen, zo leren wij, want het primaire en algemene van het begrip sluiten nadere bepaling uit.¹⁴ Ook dat heeft een lange traditie. Bij Van der Linden en Pothier vinden we wel wat nader gesystematiseerde bevoegdheden, maar ook die blijven toch wat algemeen. Wel

voegt Van der Linden aan de bevoegdheid tot gebruik het adjectief ‘betamelijk’ toe.¹⁵ Dat eigendomsrecht kan aan elke persoon en rechtspersoon toebehoren, en kan op elke zaak rusten. Er wordt in het objectieve recht geen onderscheid in eigendom gemaakt naar de aard van de persoon of de zaak, omdat de wet voor onderscheid in zaken geen aanknopingspunten geeft.¹⁶ Bevoegdheid en beperking ervan, aldus Paul Scholten in zijn bewerking van Asser-zakenrecht, verschillen naar plaats en tijd, en ‘naar mate van het object van het recht. Een grondeigenaar heeft andere bevoegdheden als van een roerend goed, een eigenaar van een moeras andere als die van een huis in de stad, enz.’¹⁷ Ten aanzien van welke zaak dan ook mag elke eigenaar handelingen en rechtshandelingen verrichten, goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke, maar dat hoeft niet.

Rechtspraak bevestigt dit systeem en tegelijk illustreert zij ook de bandbreedte die er is, bij kwalificatie van de feiten en interpretatie van de wettelijke begrippen, regels en systematiek. Soms illustreren uitspraken een strikte opvatting,¹⁸ maar veel vaker wordt de argumentatieve flexibiliteit in kwalificatie en interpretatie zichtbaar in rechtspraak: voorwaardelijke eigendom past in het systeem;¹⁹ ‘sale and lease-back’ kan worden gekwalificeerd als een werkelijke overdracht en hoeft geen verboden *fiducia* te zijn.²⁰ Beperkingen in de bevoegdheden van eigendom worden onder meer via misbruik van recht, hinder en onrechtmatige daad vastgesteld, soms met beroep op mensenrechtelijke argumenten.²¹ Datzelfde geldt voor verkrijging en verlies van het eigendomsrecht, zoals bij verkrijging te goeder trouw, verjaring en natrekking.²² In al die grensge schillen van het vrije privaatrechtelijke domein wordt de aanvaankelijke onbepaalde autonomie van de eigenaar nader bepaald – achteraf. In die uitspraken kunnen we ook waarnemen wat als ontwikkelingen in het eigendomsrecht worden beschouwd.

7. Art. 625 BW (oud): ‘Eigendom is het recht om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make, strijdende tegen de wetten of de openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige macht, die daartoe volgens de Grondwet de bevoegdheid heeft, en mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrengt; alles behoudens de onteigening ten algemeenen nutte tegen behoorlijke schadeloosstelling, ingevolge de Grondwet.’

8. Art. 544 Cc: ‘La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.’

9. Art. 439 WNH: ‘Eigendom is het regt om van eenige zaak het vrij genot te hebben, en daarover naar goedvinden te beschikken; mits niet handelende tegen de wetten, noch verkortende het regt van een derden.’

10. Waarbij onze definitie deels op een bij Bartolus (1313-1357) gegeven omschrijving teruggaat in diens commentaar op D. 41.2.17.1: ‘quid ergo est dominium? Responde: est ius in re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur’ (wat is eigendom? Ik antwoord: het is het recht over een lichamelijke zaak ten volle te beschikken, als het niet door de wet wordt verboden). Over Bartolus’ beschrijving zie A.J. van der Walt, Bartolus se omskrywing van dominium en die interpretasies daarvan sedert die vyftiende eeu, Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 1986, p. 305-321.

11. H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, 1620/1631 (editie Leiden 1952): ‘II.3.10. Volle is den eigendom waer door iemand met de zake alles mag doen nae sijn geliefte ende t’sijnen bate dat by de wetten onverboden is’; over het Romeinsrechtelijke van ons eigendomsbegrip R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Brill 1994, nr. 85. Over Grotius zie dezelfde auteur in NTBR 1999/1, p. 12-13.

12. Te herleiden tot Donellus (1527-1591), die tussen *ius proprium* en *iura in re aliena* onderscheidde; daarover Feenstra 1994, nrs. 82-83; bij ons art. 3:81 BW; zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/14.

13. Klein, zoals de verplichtingen tot betaling van retributie (art. 5:71 BW) of tot het aanbrengen van werken die nodig zijn voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid (art. 5:72 BW); lastig dogmatisch inpasbaar, want eigendom geeft bevoegdheden als genot en beschikking, maar schrijft geen verplichtingen voor. Daarover de opstellen in Bartels & Milo 2004.

14. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/14, onder verwijzing naar P. Scholten, *Algemeen deel*, 1931, p. 19-20. Eerdere drukken die door Paul Scholten zijn bewerkt, geven ook die principiële onmogelijkheid aan. Wel een nadere invulling geeft Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/470-475. Vrij gebruik, in exclusiviteit, overdraagbaarheid, revindicatie, vordering tegen ongestoord bezit (*actio negatoria*).

15. J. van der Linden, *Regtsgeleerd, practicaal, en koopmans handboek*, 1806, H I, 7, 1. Geparafraseerd: genieten van de vruchten; betamelijk gebruik; verandering van de zaak; vernietiging van de zaak; uitsluiting van anderen; vervreemden of bezwaren. En ook hier: begrensd door wet en rechten van derden. Van der Lindens beschrijving is overeenkomstig die van R.J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété* (1772), I.1.5.

16. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/16. Zo ook in Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/467, waar het voordeel wordt gegeven dat een dergelijke definitie beter bestand is tegen de tand des tijds. Een kleine uitzetting is er nog wel bij Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/99.

17. Asser/Scholten, *Zakenrecht* 1913, p. 82.

18. Bijv. in de volgende uitspraken. Economische eigendom kent de wet niet: HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 (Nebula); een verzekeringsportefeuille is geen goed: HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909; een coniferen haag is geen scheidsmuur: HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1907.

19. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 (Revadap).

20. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 (Sogelease).

21. Over die beperkingen aan het eigendomsrecht Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/22; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/476-494.

22. HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0412, NJ 1993/316 (Depex); HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478, NJ 1998/97 (Portacabin); HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192 (Zalco); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 (ING/Dix).

Eigendom is minder puur individualistisch geworden (beperkingen ten behoeve van anderen zijn immers opgekomen);²³ eigendom constitutionaliseert (constitutionele rechten treden in privaatrechtelijke verhoudingen);²⁴ eigendom flexibiliseert (er is binnen de bandbreedte van het formele recht meer mogelijk);²⁵ en eigendom dematerialiseert (de geldswaarde van de zaak wordt belangrijker).²⁶

Schetsen van rechtsontwikkeling versterken een beeld van een ontwikkeling in opgaande lijn wat betreft de vermaatschappelijking:

‘aan het einde van de achttiende en in de negentiende eeuw werd dikwijls aangenomen dat eigendom van nature een onbeperkt recht is. Geleidelijk heeft sinds het einde van de negentiende eeuw een ontwikkeling plaatsgevonden waarin werd aanvaard dat de bevoegdheden die de eigenaar aan zijn recht kan ontleen zijn begrensd.’²⁷

Paul Scholten sprak al in zijn bewerking van Asser over ‘de onjuiste natuurrechtelijke voorstelling die eigendom uit den aard der zaak onbeperkt opvat, en de daaraan gestelde grenzen slechts als inbreuken van het positieve recht erkent’.²⁸ Bijstellingen van deze verbeelding als lineaire opgaande ontwikkeling vanuit een ijzeren tijd vonden plaats in mooie studies,²⁹ waarvan de resultaten inmiddels wel meer op de voorgrond zijn beland.³⁰

De individuele persoon en zijn eigendom zijn van groot belang voor de gemeenschap, maar tegelijk wordt de kracht waarmee het eigendomsrecht die individuele belangen kan bewaken

juist in de marge van de samenleving hard gevoeld.³¹ In zijn ‘Algemeen deel’ merkt Paul Scholten terecht op dat niet de aard van het recht de inhoud bepaalt, maar juist het individu en de gemeenschap als ‘oorspronkelijke gegevens’ van ieder recht.³² Het eigendomsrecht krijgt niet alleen uit zichzelf betekenis (waarmee het onbepaald zou blijven), maar krijgt mede inhoud door bij die nadere bepaling zowel het begrip persoon als het begrip zaak te betrekken bij de bepaling van eigendom. Oorspronkelijke gegevens van eigendom kunnen we niet alleen in het burgerlijk recht vinden, maar ook in de constitutie van onze gemeenschap, samenleving. Daarin bevindt zich eigendom op een hiërarchisch hoger niveau dan het privaatrechtelijke, waar een ruimer begrip van eigendom aan de persoon vrijheid verschaft.

3 Vrijheid

De vrijheid ‘(...) is de natuurlijke bevoegdheid te doen wat ieder vrijstaat’, aldus de eerste regel van het personenrecht in de Justiniaanse Instituten.³³ Die vrijheid had destijds en ook bij ons tevens betrekking op eigendom.³⁴ Onze Grondwet beschermt eigendom, in ruime zin als individueel toebehoren, tegen ingrijpen door de Staat.³⁵ Eigendom staat laag – maar mooi: nummer 14 – op deze nationale lijst van fundamentele rechten. Het EVRM maakt deel uit van het nationale recht,³⁶ en krikt het eigendomsrecht op tot een positief geformuleerd grondrecht – *peaceful enjoyment*.³⁷ De Franse Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen van 1789³⁸ stelt zowel de individuele vrijheid als eigendom hoger – mooier en indringender – op de agenda: ‘[L]es hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.’ Eigendom bevindt zich in het tweede artikel: ‘Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression.’ Onschendbaar en heilig – ‘inviolable et sacré’ in art. 17.

23. De vermaatschappelijking of socialisering. Met name in Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, hoofdstuk 10; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/22; V. Sagaert, Goederenrecht, 2014, nr. 200-203.
24. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/22; verder J.M. Smits, Constitutionalisering van het vermogensrecht (Preadvies NVvR), Deventer: Kluwer 2003.
25. Bartels & Milo 2000.
26. De strafrechtelijke bescherming in art. 310 Sr gaat uit van immateriële goederen – elektriciteit (HR 23 mei 1921, ECLI:NL:HR:1921:186, NJ 1921/564) en virtuele goederen (HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, NJ 2012/536). De financieel-economische waarde wordt belangrijker in de bescherming – meer dan de traditionele bevoegdheden van gebruik en beschikking, waarover met name Sagaert 2014/207.
27. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/22.
28. Asser/Scholten, Zakenrecht 1913, p. 82.
29. R. Derine, Grenzen van het eigendomsrecht in de negentiende eeuw, 1955; Van den Bergh 1986; P. van den Berg, De mythe van het onbegrensd in de negentiende-eeuwse eigendomsopvattingen, Recht en Critiek 1984, p. 293-314; G.E. van Maanen, Eigendomsschijnbewegingen, 1987.
30. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/14 opent met een verwijzing naar de studie van Van den Bergh. Ook uitgebreid in Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, hoofdstuk 10.

31. Zo wordt uiteengezet in de mooie vergelijkende studie van A.J. van der Walt, Property in the Margins, Portland: Hart 2009. Daarbij valt ook op hoezeer de notie van eigendom als meest krachtige en hiërarchisch bovengeschiedt individueel recht ook in de *common law* aanwezig is, ofschoon niet als technisch-juridisch begrip. Gerefereerd wordt aan Blackstones omschrijving van eigendom als ‘sole and despotic dominium’ in zijn Commentaries on the Laws of England, 1765-1770.
32. Scholten 1931, p. 20.
33. I.3.1.
34. In De stand van vrijheid. Vrijheid in Nederland 75 jaar na de bevrijding, Amsterdam/Den Haag: Nationaal Comité 4 en 5 mei/SCP 2020, komt het begrip eigendom niet voor, maar wel identiteit, meningsuiting en demonstratie, privacy en veiligheid. Er wordt grote consensus gesignaleerd over het belang van ‘autonomie’ (p. 10).
35. Dat komt in art. 14 Gw tot uitdrukking, op supranationaal niveau in art. 1 EP EVRM, met meer betekenis in ons land vanwege het toetsingsverbod (art. 120 Gw).
36. Via het monistische stelsel, art. 93 en 94 Gw.
37. Over het Eerste Protocol zie in plaats van velen H.D. Ploeger, Eigendom in het licht van het EVRM, WPNR 2000, afl. 6419, p. 687-695.
38. <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. In de onafhankelijkheidsverklaring van de Verenigde Staten van 1776 worden leven en vrijheid bovenaan geplaatst. Zie <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration>

Het eerste algemene beginsel van de Bataafse staatsregeling³⁹ vervolgt met minder zelfvertrouwen dan de Franse, en plaatst beveiliging bovenaan, en laat vrijheid in deze opsomming achterwege: ‘Het oogmerk der maatschappelijke vereeniging is beveiliging van persoon, leven, eer en goederen, en beschaaving van verstand en zeden.’ Deze compacte grondregels van mensenrechtelijke aard stonden niet slechts in onze eerste constituties – ook de Franse gold bij ons 1811-1813 –, maar maakten deel uit van het geleerde geldende recht voordat ze formeel door een wetgever waren uitgevaardigd. Het gaat niet alleen om eigendom, maar juist om de persoon, diens denken en doen in gemeenschap. Zowel natuurrecht als Romeins recht is overduidelijk kenbaar in de verwoordingen van onze voornoemde laatachtste-eeuwse constituties: mensen worden vrij geboren, zij hebben natuurlijke rechten, onvervreemdbaar, in die ‘maatschappelijke vereeniging’, waarin Rousseaus *Contrat social* doorklinkt en in het tweede artikel vertaald als ‘maatschappelijk verdrag’ verschijnt.⁴⁰ In onze eerste nationale Nederlandstalige optekening van ons eertijds geldende burgerlijk recht staan die natuurlijke rechten ook: in de *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* van Grotius, als zaken, buiten de mens, in Grotius’ zaaksdefinitie (zie hierna par. 5), maar ‘onwandelbaar’ verbonden aan de persoon: leven, lijf, vrijheid en eer.⁴¹

Geen codificatie van het burgerlijk recht noch rechtspraak was voor 1809 formeel rechtsbron, maar geleerd Romeins recht, natuurrecht, eigen geschreven en ongeschreven recht – van hoogstverscheiden herkomst. Het primaat van rechtsvorming ligt bij de rechtsgeleerdheid – met veel grotere vrijheid ten opzichte van wetgeving.⁴² Grotius’ *Inleidinge* systematiseert en analyseert op grondslag van de Instituten van Justinianus – in de Nederlandse taal. De systematiek is de gangbare institutionele verdeling in personen, zaken en verbintenissen, maar het eerste boek begint wel met een inleiding in recht en rechtvaardigheid.⁴³ Daarin wordt duidelijk zichtbaar dat het recht niet alleen het (veranderlijke) geschreven of ongeschreven recht betreft (het gegeven recht), maar ook een (in theorie onveranderlijk) corpus van grondnormen – het natuurrecht, of zoals Grotius het noemt, het aangeboren recht: ‘het oordeel des verstands, te kennen ghevende wat zaken uit haer eighen aard zijn eerlick ofte oneerlijk, met verbintenis van Gods wegen om ’t zelve te volgen’.⁴⁴ Op het natuurrecht gegronde argumenten worden door zijn gehele *Inleidinge* gebruikt. Ook in het eigendomsrecht spelen oordeel des verstands en recht-

vaardigheid een belangrijke rol.⁴⁵ Op het speelveld van de gemeenschap kan de persoon zich verbinden,⁴⁶ op grond van de vrije macht over eigen daden.⁴⁷ De vrije wil verschijnt nadrukkelijker in beeld,⁴⁸ scherpgesteld in het nieuwe begrip rechtshandeling, waardoor ‘personen’ zichzelf en hun zaken in vrijheid kunnen verbinden – en daarmee beperken.⁴⁹ Wie is dan die persoon?

4 Persoon

Die persoon is vrij, of slaaf, zo begint het personenrecht in Justinianus’ Instituten.⁵⁰ Tot diep in de negentiende eeuw konden personen aldus niet als subject, maar als object, als zaak worden gekwalificeerd – niet naar natuurrecht,⁵¹ maar naar het *ius gentium* of het burgerlijk recht, in vele jurisdicties.⁵² Ook anderszins kunnen onderscheidingen worden gevonden tussen vrije personen die voor eigendom relevant zijn. Zo gaat Grotius uit van een aan de persoon inherente zwakke hoedanigheid om zijn wil te vormen, zo blijkt uit zijn redengeving voor de vereisten van overdracht. Volgens het natuurrecht is de wil van de eigenaar – en consensus met de verkrijger – voldoende voor overdracht van eigendom; maar het burgerlijk recht (het geldend recht in Holland) verlangt levering, niet op de eerste plaats om derden te informeren, maar om ondoordachte overdrachten te voorkomen – eigenaren voor berouw te bewaren. Aldus Grotius.⁵³ Bovendien was vaak sprake van grote ongelijkheid tussen ingezetenen en vreemdelingen op het speelveld van de vrije markt van destijds. Holland stond bekend als ‘patria arresti’.⁵⁴ De vreemdeling, die niet als burger of ingezetene van stad of provincie kwalificeerde, had in andere jurisdicties beslag (arrest) op persoon en goed te vrezes – door crediteuren, zowel van private als publieke aard, als er geen immuniteit te construeren was. Vrijheden van de markt en op geleerd recht en natuurrecht gestoelde argumenten brachten die ongebreidelde beslagkracht op andermans

39. https://www.denederlandsegrondwet.nl/id/vi42bzpswzn/staatsregeling_van_1798_cerste_grondwet.

40. Uit het in Amsterdam gepubliceerde J.J. Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam, 1762, p. 16-20.

41. De Groot 1620/1631, II.1.42.

42. Van rechtsvormende kracht van rechtspraak was al helemaal geen sprake. Rechtspraak betrof slechts geschilbeslechting, tot aan de aanvang van de twintigste eeuw. Waarover C.J.H. Jansen & W.J. Zwolve, *Publiciteit van jurisprudentie*, 2013.

43. Personen (mensen), zaken (van beheering) en inschuld (verbintenis).

44. De Groot 1620/1631, I.2.4-5.

45. P. Westerman, *Rechtvaardigheid als afdwingbaarheid*, AA 2018, 276-277. Natuurrecht lijkt in de *Inleidinge* een grotere rol te spelen dan Westerman beschrijft aan de hand van *De iure belli ac pacis*, en is terug te voeren op de Justiniaanse Instituten.

46. De Groot 1620/1631, II.1.47.

47. De Groot 1620/1631, III.1.12.

48. Bijv. bij Montesquieu: ‘la liberté philosophique consiste dans l’exercice de sa volonté’, Montesquieu, *De l’esprit des lois*, xii, 2; bij Kants *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, I.2.1, 1797, p. 95.

49. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* I, 1840; zie bij G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt* II, 1885, p. 45 e.v. – een zeer mooie uiteenzetting.

50. Naar het *ius civile* en het *ius gentium*. Van nature zijn echter alle mensen vrij in het Justiniaanse-Romeinse systeem. Respectievelijk Instituten 1.3.pr. en 1.2.2.

51. I.3.2. De slavernij is daarentegen een instelling van het *ius gentium*, waardoor iemand in strijd met de natuur aan de heerschappij van een ander onderworpen wordt.

52. Ook bij ons, buiten het Europese deel van ons Koninkrijk. In veel andere jurisdicties evenzeer, zie O. Pétré-Grenouilleau, *Les traites négrières. Essai d’histoire globale*, Parijs: Gallimard 2004.

53. De Groot 1620/1631, II.5.2. Interessant in deze uiteenzetting is bovendien dat er, zoals vaak in het geleerde recht, twee sporen worden gevolgd in de analyse: dat van het natuurrecht (een consensueel stelsel van overdracht) en dat van het burgerlijk recht (een traditiestelsel).

54. P. Bort, *Van arresten*, in: *Alle de wercken 1702*, p. 901-902.

persoon en goed terug.⁵⁵ Onvrede met de publieke feodale of leenrechtelijke eigendomsordening, en de daarmee samenhangende zwakke positie van de eigenaar van land, voerde mede tot onze revoluties van de late achttiende eeuw, een verlichte constitutie met individuele absolute eigendom en de afschaffing van aan grond gebonden verplichtingen.⁵⁶ Onderscheidingen tussen personen, naar ‘geboorte, bezitting, stand of rang’, werden in onze eerste constitutie uitgerangeerd, zodat formeel het gemeenschappelijk speelveld gelijkgemaakt werd.⁵⁷ Wat hebben personen te vrezen? Zij hebben alles in zich zelf te willen, te weten, te doen.

Dat ideaal blijkt toch door de kracht van de sociale ordening wat minder makkelijk gestalte te krijgen. De hiervoor beschreven ontwikkeling van vermaatschappijking van het eigendomsrecht,⁵⁸ waarbij allerhande regelgeving van wetgevers- en rechterswege sommige personen van een beschermde status met betrekking tot zaken voorzag, scherpt dat in. Eigendom wordt gestimuleerd en revindicatie of beslag kan niet zonder meer worden geëffectueerd. Dat betreft in het geval van woningen sociale woningbouw – bouw en verhuur –, huurbescherming⁵⁹ en (in de tweede helft van de twintigste eeuw) stimulering van eigendom (tot nu 60%),⁶⁰ vanuit een laatnegentiende-eeuws panorama van achterbuurten.⁶¹ De

vergelijking met (verbetering van) sloppenwijken in de hedendaagse tijd in andere jurisdicties dringt zich op, waarbij ontwikkelingseconomen stimuleren van eigendom voorstaan.⁶² De moderne geschiedenis van kraken laat parallellen zien met gebruik van andermans grond en gebouwen door woninglozen in andere jurisdicties.⁶³ Niet alleen onroerende zaken, ook roerende zaken hebben een opwaardering gezien in personen met een eigendomsverwachting als de huurkoper, de vooroorlogse consument *avant la lettre*,⁶⁴ en – heel recent – de verwachting van de eigendomsvoorbehoudskoper.⁶⁵

Personen, spelers op de private markt van het vermogensrecht, zijn daar niet alleen voor zichzelf, ook niet als zij zich op hun eigendomsrecht beroepen. Van individu en gemeenschap als ‘grondvormen’ van ieder recht getuigt ook Grotius, in een lange filosofische traditie:

[O]nder die typisch menselijke eigenschappen is er de drang naar maatschappijvorming [*appetitus societatis, οἰκείωσις*], dat wil zeggen de gemeenschapsdrang; niet zomaar gelijk welke vorm van samenleven met zijn soortgenoten, maar een samenleven dat rustig is en naar de maat van zijn verstand is geordend.⁶⁶

In dat raamwerk is niet iedere individuele persoon of gemeenschap gelijkelijk met andermans belangen of met gemeenschapsbelangen begaan, zeker ook niet in het eigendomsrecht.⁶⁷ Veranderingen in onze gemeenschap met betrekking tot die individualiteit zijn van belang: een toegenomen individualisering en een afkeer van opgelegde plichten – ‘Dat bepaal ik zelf wel’ – komen in rapportages over vrijheid naar boven.⁶⁸ De grote overgang naar meer duurzaam energiegebruik laat dat ook zien. Verplichtingen opleggen aan de woningeigenaar lijken te zeer in te breken op diens autonomie.⁶⁹

De hoedanigheid van de persoon is nog steeds zeer relevant. Gewezen wordt op significante verschillen tussen personen in de kracht waarmee de materieelrechtelijke posities gehand-

55. Daarover recent J.M. Milo, Van vaderland en vreemdeling. Beschouwingen over vreemdelingen en vreemdelingenarrest op de vroegmoderne markt van het oudvaderlandse vermogensrecht, Pro Memorie 2020/1, p. 21-40; de schuldenkwesie is heden ten dage hernieuwd en onverminderd actueel. Een restant van dat vreemdelingenarrest is in ons recht nog steeds aanwezig – art. 765-767 Rv.
56. Waarover Aan het volk van Nederland (1781), van Joan Derk van der Capellen tot den Pol, in de editie van 1966, door W.F. Wertheim en A.H. Wertheim-Gijse Weenink. In de Bataafse staatsregeling (art. 24 en 25) werden heerlijke en feodale rechten en plichten ten aanzien van grond afgeschaft. Feodaliteit wordt zeer vaak opgevoerd als een louter negatieve eigendomsordening, juist ook vanwege die verplichtingen. Ten onrechte – het heeft in Schotland (sociale) huisvesting kunnen dienen, en stijl en vorm van de publieke ruimte kunnen beïnvloeden (*real burdens*) – waarover K.G.C. Reid, Property, in: K.G.C. Reid & R. Zimmermann, A History of Scots Law, Oxford: OUP 2000, met name p. 188-189.
57. Art. 3: ‘Alle Leden der Maatschappij hebben, zonder onderscheiding van geboorte, bezitting, stand, of rang, eene gelijke aanspraak op derzelver voordeelen.’ Art. 1 Gw prent ons dat – en meer – nog steeds in. Van de burgerlijke dood – geen persoonlijkheid in het burgerlijk recht – werd in 1838 afscheid genomen, onder Zuid-Nederlandse invloed. Waarover C. Asser, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon, 1838, par. 8, p. 17-18.
58. Een ontwikkeling die – als gebruikelijk in een klein en open land – sterk werd geïnspireerd door ontwikkelingen in jurisdicties om ons heen. Duitsland voorop, maar evenzeer België en Frankrijk. Gemeenschapsdenken kan net als individualistisch denken uit de bocht vliegen. Zie over invloed uit Duitsland in de Nederlandse rechtsonwikkeling in eigendom in art. 625 C.J.H. Jansen, Het eigendomsrecht en het gemeenschapsdenken, GROM (XXV) 2008, p. 1-12.
59. De regel ‘koop breekt geen huur’ is een oude regel, die op steeds meer plekken gelding kreeg. S.J. Fockema Andreae, Het oud-Nederlandsch burgerlijk recht, 1906, I, 344-345. Noodwet in 1917, waarbij net als nu tijdens de coronacrisis de uitzetting van huurders wegens betalingsachterstand werd opgeschort.
60. <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/82900NED/table?fromstatweb> (StatLine, Voorraad woningen: eigendom, type verhuurder, bewoning, regio).
61. A. van der Woud, Koninkrijk vol sloppen, 2010.

62. H. de Soto, The Mystery of Capital, 2000, met name hoofdstuk 6 over *legal failure*, met o.m. een scherpe analyse over de door juristen in het goederenrecht voorgestane rechtszekerheid.
63. Waarover Van Maanen 1987; A.J. van der Walt, De onrechtmatige bezetting van leegstaande woningen en het eigendomsbegrip, Recht en Kritiek 1991, p. 329-359; V. Sagaert & K. Swinnen, Squatting in the Low Countries, in: Transformative Property Law, 2018, p. 219-242.
64. Het heeft zeer lang geduurd voordat die beschermde status in afwachting van de eigendomsverkrijging wettelijk was vastgelegd: 1936, terwijl de NJV al in 1906 erover jaarvergaderde.
65. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 (Revadap).
66. H. Grotius, De iure belli ac pacis, 1625, Prolegomena 6 (vertaling J.F. Lindemans), Ambo 1993. M.a.w. ook in De Groot 1620/1631, I.2.6.
67. Ofschon het technisch-juridische civiele eigendomsbegrip als ‘meest omvattende’ recht in de *common law*-traditie ontbreekt, is de idee van een individuele absolute gerechtigdheid niet minder krachtig aanwezig, op rechtstheoretisch en sociaaleconomisch niveau; Van der Walt 2009, p. 36.
68. De stand van vrijheid 2020, p. 99.
69. A. Steenbekkers & S. Scholte, Onder de pannen zonder gas? Woningeigenaren en hun afwegingen voor aardgasvrije alternatieven, Den Haag: SCP 2019, p. 57.

haafd kunnen worden.⁷⁰ Eigendom als recht is zeer sterk, zo blijkt uit de mooie analyse van Van der Walt over eigendom in de sociaaleconomische marge van de samenleving.⁷¹ Maar zelfs daar blijkt de hoedanigheid van de persoon vaak van veel groter belang dan de enkele kracht van het eigendomsrecht. Tussen gemeenschap en individu bevindt zich van alles aan personen en rechtspersonen, publiek en privaat, sterk en zwak. Eigenaren met een (sociaaleconomisch-psychologisch) zwakke positie – door Van der Walt ‘weak owners’ genoemd – vinden in dat eigendomsrecht alleen geen vrijheid, en trekken vaak aan het kortste eind.⁷² De occupatie van land zonder inachtneming van ‘native title’, onteigeningen in het algemeen belang, verjaring van publieke grond,⁷³ inning van vorderingen, beslag en executie op vermogen (eigendom) van debiteuren, winning van delfstoffen onder en gebruik van het lucht-ruim boven andermans huis en haard, gemeenschappelijke toeristische exploitatie van de woonomgeving en veel meer kunnen als voorbeeld worden gegeven. De kracht van de persoon is bepalend voor de kracht van het subjectieve (eigendoms)recht.

In deze tijd wordt verdedigd om zaken als (rechts)persoon te kwalificeren.⁷⁴ Dat kan, maar het begrip zaak zou in theorie ook eigenstandig ruimte kunnen bieden voor deugdelijke bescherming van die zaken zelf of met die zaken verbonden belangen. Nader tot de zaak – ook in dat begrip bevindt zich meer kleur en reliëf, want zowel persoon als gemeenschap krijgt identiteit door leven, lijf, vrijheid, eer en veel andere zaken, of kan eerst met behulp van zaken vrijheid realiseren.⁷⁵

5 Zaak

Grotius’ zaaksbegrip sluit fysiek naadloos aan op de mens: ‘zaken noemen wij hier al, wat daer is buyten den mensch, den mensch eenighsints nut sijnde’.⁷⁶ Er is echter overlap tussen persoon en zaak. Sommige zaken zijn verknocht aan de persoon: leven, lijf, vrijheid en eer – toebehorend aan ieder individueel persoon, onvervreemdbaar.⁷⁷ Een dergelijke opsomming hebben we zo niet meer binnen ons vermogens-

recht, alleen van grondrechtswege.⁷⁸ Nadere onderscheidingen van zaken die Grotius gebruikt, zijn: de aard van de zaak⁷⁹ en de verhouding van de zaak tot de mens,⁸⁰ beide gevoed door Romeins recht en natuurrecht. In de onderscheiding op grond van de aard van de zaak vinden we onder meer het onderscheid tussen roerend en onroerend – van oudsher gemaakt en welbekend, in het geleerde Romeinse recht en het lokale, oudvaderlandse recht.⁸¹ Tot diep in de twintigste eeuw klonk de oudvaderlandse traditie in het duister-mooi klinkende ‘bezit geldt als volkomen titel’ van art. 2014 BW (oud) zeer overheersend door, in al de variëteit die erin kon worden gelegd.⁸² In de uitleg van velen betekende het dat van eigendom van roerend goed geen sprake kon zijn, en dat waren niet de minsten, want we lezen Diephuis:

‘[D]e bezitter wordt om zijn bezit zelf als eigenaar beschouwd, zoodat geen ander tegenover hem een hooger regt kan hebben. (...) Bezit is eigendom, de zaak is de zijne.’⁸³

De verhouding van de zaak tot de mens, een oude Romeinse-rechtelijke ordening,⁸⁴ wordt door Grotius eigentijds ingekleurd, is interessant en in de geleerde traditie onbetwist aanwezig.⁸⁵ De verdeling is in de Code civil en het oude BW aan te treffen, maar teloorgegaan in de opmars van privaatrecht in publieke verhoudingen, van ons onbepaalde zaaks- en eigendomsbegrip. Onze hedendaagse zaak heeft in ons BW geen identiteit dan in de fysieke afbakening.⁸⁶ Het subjectieve

70. Zo blijken in de juridische procedure zogenoemde repeat-players een groot voordeel boven ‘one-shotters’ te hebben – meer kennis, ervaring en financiën. Waarover onder veel meer M. Galanter, *Why the ‘Have’s’ Come Out Ahead. Speculations on the Limits of Legal Change*, *Law and Society Review* 1974, p. 95-160.

71. A.J. van der Walt, *Property in the margins*, Portland: Hart 2009. Zie voor een mooie bespreking van dat werk D. Carey-Miller in *Edinburgh Law Review* 2010, p. 343-345.

72. Van der Walt 2009, p. 207.

73. Waarover de mooie publicatie van B. Hoops, *Landjepik in Nederland. Illegal Land Use in the Netherlands*, 2018.

74. Zie www.legislation.govt.nz/bill/government/2016/0129/latest/DLM6830851.html?src=qs; waarover L. Henderson, *Wie heeft recht op rechtvaardigheid?*, AA 2020, p. 558-563.

75. Zo in G.W.F. Hegels opmaat in zijn beschouwingen over eigendom: ‘(...) so ist dies von ihm Unterschiedene, was die Sphäre seiner Freyheit ausmachen kann. (...)’, in: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, par. 41.

76. De Groot 1620/1631, II.1.3. Een definitie die geen ruimte laat tussen persoon en zaak of, in onze huidige termen: goed.

77. De Groot 1620/1631, II.1.42-48. Vrijheid kan de persoon zelf inperken, door zich te verbinden.

78. Persoonlijkheidsrechten en hoogstpersoonlijke rechten. Onder veel meer J.C.S. Pincaers, *Het recht op de persona*, AA 1997, p. 178-182; R. Brouwer, *De oorsprong van de term persoon in het westerse recht*, AA 2018, p. 281-287.

79. De Groot 1620/1631, II.1.5 e.v. Met een zeer mooie systematisering, waarin lichamelijke en onlichamelijke zaken, roerende en onroerende, genus- en specieszaken.

80. De Groot 1620/1631, II.1.15 e.v.

81. Over dat oudvaderlandse recht zie J.M. Milo, *Eigen recht eerst? Over nut en noodzaak van oud-vaderlands recht*, AA 2020, afl. 6, p. 626-632.

82. In *Damhof/Staat* (NJ 1951/1) werden de neuzen naar één kant gericht: de opvatting van Scholten werd gevolgd. Over deze zogenoemde legitimatieleer zie E. Verheul, *Art. 3:86 BW en de legitimatieleer*, AA 2016, p. 590-599.

83. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt* 6, 1880, p. 379; met vele anderen, onder wie de Gentse F. Laurent, *Principes de droit civil* 32, 1878, par. 540: ‘[L]e possesseur n’est pas présumé propriétaire, il est propriétaire.’ C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, 2, 1890, p. 38-42; N.K.F. Land, *Burgerlijk regt en regtsvordering – aantekeningen op artikelen van het burgerlijk wetboek V*, Themis 1873, p. 485-486. De Hoge Raad volgt Diephuis, bijv. in HR 14 december 1900, W.7536.

84. In de *Instituten* (I.2.pr. e.v.) en in de *Digesten* (D.1.8.1-11). Vrijwel copy-paste in de geleerde civiele traditie gevolgd, met een paar aanpassingen naar de eigen tijd. Zo worden de zaken die in de Romeinse rechtelijke systematisering aan goddelijk recht onderworpen zijn (*res divini iuris*), door Grotius onder het menselijk recht gebracht (*res humani iuris*). Zie De Groot 1620/1631, II.1.15.

85. O.m. bij S. van Leeuwen, *Roomo-Hollands recht* (1664), II.8.15; J. Voet, *Commentarius ad Pandectas I*, (1698), I.8; J. van der Linden (1806), minder duidelijk in I.7.2.

86. Van der Steur voegde daar terecht de ethica aan toe als additioneel criterium: J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* 2003, met name p. 211 e.v.

eigendomsrecht kan daarop altijd aangrijpen, en de onbepaalde bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Het kan anders, met een classificatieschema van zaken, afhankelijk van de verhouding tot de mens: sommige zaken dienen de gehele mensheid, andere grotere of kleinere gemeenschappen, individuele personen, of niemand.⁸⁷ De verhouding bepaalt het recht. Toebehoren is net als bij ons het ruime begrip; eigendom, het ondergeschikte, is slechts beschikbaar voor de private persoon (of gemeenschap van personen). Deze verdeling wordt ook nader uitgewerkt – zaken die aan allen toebehoren als de zee en de lucht, omdat zij niet vatbaar zijn voor menselijke beheersing en vanwege ‘den dienst die zij in ’t gemeen schuldig zijn;’⁸⁸ zaken die grotere en kleinere gemeenschappen⁸⁹ behoren, zijn uitgesplitst naar een vrij grote verscheidenheid van publieke belangen, formeel en materieel geordend – wetgeving, bestuur⁹⁰ en rechtspraak, waterwegen, wegen, visserij, religie, defensie, koophandel en vermaak. Wanneer er sprake was van toebehoren van dergelijke publieke zaken, waren de bevoegdheden van wie het toebehoorde niet die van eigendom, *dominium*, en door de individuele eigenaar vrij te bepalen, maar de bevoegdheden zoals door de gemeenschap in kwestie gegeven. Dat heeft via de Code civil⁹¹ en het oude BW nog een flinke doorwerking gehad tot in de moderne tijd, via het in de negentiende eeuw opkomende bestuursrecht op verschillende niveaus – land, provincie, gemeente. Thorbecke – leerstoelen in Gent en Leiden, Romeins recht, burgerlijk recht en administratief recht – was de grote voorstander van dergelijk onderscheid in zaken. Publieke belangen, aldus Thorbecke, laten zich niet verenigen met de individuele eigendomsbevoegdheid tot uitsluiting.⁹² Gerechtigdheid tot land werd in de oudvaderlandse nevenstromen als gemeenschappelijke gerechtigdheid geconstrueerd.⁹³ Hedendaagse variaties op dat thema zijn bijvoorbeeld publieke rechten van toegang tot andermans land.⁹⁴ Gemeenschappelijke ordeningen (‘commons’) zijn van groot belang

voor hedendaagse analyse van omgaan met schaarse publieke goederen.⁹⁵

Nader kwalificeren van de zaak is bruikbaar. Het gebeurt ook al in ons huidige recht. Een van de hedendaagse ontwikkelingen is de ontzakelijking van het dier⁹⁶ – sommige zaken blijken te belangwekkend om slechts als object van eigendom te kunnen dienen. Ons geldende vermogensrecht kent meer aanknopingspunten dan de vrije markt alleen⁹⁷ om zaken nader normatief te kunnen definiëren of classificeren, bijvoorbeeld in de mate waarin ze aan de persoon zijn verbonden, of aan de persoon nabij zijn: de verknochte goederen,⁹⁸ de zaken waarop geen beslag mogelijk is,⁹⁹ en het huis, dat de bewoner grondwettelijke bescherming biedt.¹⁰⁰

In de kwalificatie van de zaak is de uiterlijke verschijningsvorm, maar eveneens de kenbare bedoeling (wil) van de houder (in ruime zin) van belang, als maker, eigenaar, bezitter, of houder (in enge zin), naar verkeersopvattingen – ongeschreven regels van gewoonte en moraal.¹⁰¹ Zaken kunnen aldus van oudsher kenbaar en naar verkeersopvattingen – objectief – verbonden of ‘verweven’ zijn met de persoon, of met de kleinere en grotere gemeenschappen, zoals de zaken die publieke belangen dienen als hiervoor beschreven. Zelfs wordt in de zaak zelf ook moraliteit gezien – en als zodanig niet alleen *is*, maar ook tot behoren dringt ten aanzien van de zaak. Bruno Latour bracht dat indringend onder de aandacht,¹⁰² met voorbeelden onder veel meer als de manier waarop auto’s zijn ingericht, die tot gebruik van de veiligheidsgordel dringt, en de inrichting van wegen, die de snelheid doet aanpassen. Die verwevenheid wordt door nieuwe technologie nog sterker. Zaken, ook technologisch nieuwe zaken, verleggen door kennis, gebruik en gewoonte de grenzen van de moraal en ook het

87. Diezelfde verdeling vinden we in het oude BW, maar wel met het begrip eigendom. Art. 575: ‘Er zijn zaken die aan niemand toebehoren; de overige zijn het eigendom of van den staat, of van gemeenschappen, of van bijzondere personen.’

88. De Groot 1620/1631, II.1.17-23, met een nadere op de Lage Landen toegespitste uitwerking.

89. Onder veel meer: de republiek, de provincies, steden, gilden, geslachten. Een dergelijke algemene opsomming met nadere inkleuring van toebehoren aan personen in gemeenschappen vinden we nu niet meer – slechts een opsomming in Boek 2 BW van rechtspersonen.

90. Mooi algemeen verwoord als ‘gemeenschapsbestiering’, en dat kan zowel alle gemeenschappen als het landsbestuur, het stadsbestuur, een Gilde en een Gildebestuur betreffen.

91. Pas heel recent in België wegens de problematische financiering van dergelijke onder het publiek domein vallende zaken afgeschaft, maar het publiek belang wordt gewaarborgd door bijv. de onmogelijkheid van verkrijgende verjaring en aantrekking. Zie art. 3.59 over publieke en private goederen en de MvT.

92. Waarover E. Poortinga, De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 1987; J.M. Milo, Publiek domein in de negentiende eeuw. Een discussie in gescheiden circuits, *Recht en Kritiek* 1995, p. 166-187, waar verdere verwijzingen.

93. Fockema Andreae 1906, p. 175-189.

94. Onder veel meer in de Scandinavische landen, maar ook in Schotland – sinds 2003 – *the ‘right to roam’: access rights, to be on the land, to cross land.*

95. E. Ostrom, *The Future of the Commons: Beyond Market Failure and Government Regulation*, in: E. Ostrom e.a. (red.), *The Future of the Commons*, 2012, p. 68-104.

96. Art. 3:2a BW.

97. Waarover kritisch M. Sandel, *What Money Can’t Buy. The Moral Limits of Markets*, Penguin 2012.

98. Art. 1:94 lid 5 BW.

99. Art. 447 en 448 Rv; art. 475a Rv met betrekking tot vorderingen op derden.

100. Een mooi criterium: nabijheid tot de gerechtigde is als criterium verdedigd door W. Erlank, *The Closeness of Property*, in: *Transformative Property Law*, Cape Town: Juta 2018, p. 202-218, voortbouwend op M.J. Radin, *Property and Personhood*, *Stanford Law Review* 1982, p. 957-1015. Het gaat niet alleen over de eigenaar. De woning is van oudsher als een bijzondere, aan de bewoner verbonden zaak gezien – het meest veilige toevluchtsoord, aldus Gaius, in de Justiniaanse *Digesten* geciteerd: ‘D.2.4.18 (...) quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, (...)’ –, eigenaar of niet.

101. Dat is de gebruikelijke klassieke juridische techniek – waarbij de zaak slechts *corpore et animo* kon worden verkregen – met lichaam (feitelijke macht) en geest (wil).

102. B. Latour, *Where Are the Missing Masses? The Sociology of a Few Mundane Artifacts*, in: W.E. Bijker & J. Law (red.), *Shaping Technology/Building Society: Studies in Sociotechnical Change*, 1992, p. 225-258.

meer formele recht.¹⁰³ Peter-Paul Verbeek bracht de ethiek van de technisch nieuwe zaken over het voetlicht, en scherpt in dat het niet zozeer de zaak an sich betreft, maar de zaak als morele mediatie.¹⁰⁴ Niet alleen de ethiek kan bij de normativiteit van art. 3:2 BW verschijnen om een zaak als zaak (nader) te kwalificeren,¹⁰⁵ maar normativiteit verschuilt zich in de (betekenis van de) zaak zelf. Het ‘moeras’ van Paul Scholten had de individuele eigenaar destijds waarschijnlijk meer gedrongen naar herschepping tot (land)bouwgrond, in deze tijd naar natuurlijke instandhouding. In die context past een erkenning van groter gewicht van de objectief kenbare met de zaak samenhangende belangen in het eigendomsrecht. Dat past ook uitstekend in de lange traditie van geleerd recht, natuurrecht en eigen recht, oudvaderlands of gecodificeerd, waarin de menselijke verhouding tot de zaak als voorwaardelijk voor eigendom werd gezien. Ik kom tot een afronding.

6 Afronding

In de introductie van ons causale leveringsstelsel in het arrest Damhof/Staat (1950) bevindt zich een grondrechtenstrijd tussen individuele eigenaar, de Staat en derden-hulpbehoevende oorlogsslachtoffers over eigendom. De vrijheid in het individuele eigendomsbelang moest wijken voor grondrechten van niet nader benoemde derden, vertegenwoordigd door de Staat. In het eigendomsrecht en het goederenrecht bevindt zich een mooie diversiteit aan inhoud en methode, juist ook met wat meer historische vergelijking. Er is ruimte, ook in ons hedendaagse eigendomsbegrip. Nadere diachrone beschouwing van het vermogensrechtelijke omveld brachten persoon en zaak als eigenstandig bepalende factoren bij de invulling van het eigendomsrecht – bij de bepaling van de bevoegdheden en de plichten, en bij de vatbaarheid voor eigendom. Natuurrecht en rechtvaardigheid werden daarbij binnen de muren van het privaatrecht toegelaten. Hoedanigheid van persoon en zaak kan zonder terughouding worden betrokken bij de nadere bepaling van de individuele eigendomsvrijheid. Dergelijke normering kan niet alleen worden opgelegd, maar deels zeker door de persoon worden bepaald op het oude abstracte, ledige erf van eigendom – niet alleen met geld, maar in concreto juist met kennis van de zaak. Het verlangt meer

dan een enkel dieper doordenken van methode en inhoud van het abstracte recht van eigendom. Eigendom geeft vrijheid om ten aanzien van de zaak individueel en autonoom te handelen. ‘Dat bepaal ik zelf wel’, als grondhouding van onze hedendaagse Batavieren uit alle windstreken, baart toch lichtelijk onrust, als tegelijk ‘een sterk toegenomen consumptief pluk-de-dag-hedonisme’ wordt geconstateerd.¹⁰⁶ Vrijheid heeft niet alleen betrekking op handelen, maar ook op de mogelijkheid zelf te kunnen kennen. ‘Dat bepaal ik zelf wel’ past uitstekend bij eigendom en bij de Nederlander – maar wel heel graag met een oordeel des verstands over onszelf en al wat er van nature aan zaken om ons is, dood of levend, van ons, van anderen, van enige gemeenschap of eigenstandig. Dan weten we beter wat wij moeten doen of laten, verplicht ook eigendom in gekende en verlichte vrijheid en mogen wij hopen.

103. Bij allerhande zaken zijn er verbanden tussen kennis van de risico's en morele en juridische inperking van de handelingsvrijheid. Formeel juridisch is de opkomende aansprakelijkheid voor zaken na veroorzaakte schade altijd illustratief; daarover M. Martin Casals (red.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge 2010. Het stellen of aanpassen van de norm kan op vele manieren – institutioneel door wetgever, rechter of wetenschap, inhoudelijk door een verscheidenheid in argumentaties, met meer of minder belang voor formele autoriteit en maatschappelijke werkelijkheid. Zie J.M. Milo, *Zaken en woorden. Over aansprakelijkheid voor zaken en methode van uitleg van Laurent en Opzoomer*, in: *De achterkant van Minerva*, 2019, p. 138-149.

104. Over moraliteit van de zaak: P.P. Verbeek, *Understanding the Morality of Things*, 2011; P.P. Verbeek, *Op de vleugelen van Icarus*, 2014, met name p. 63 over morele mediatie. De brug naar ‘nudging’ – Cass Sunstein, *Nudge* (2008) – wordt geslagen.

105. Zoals Van der Steur overtuigend argumenteerde in *De grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

106. Zie *De stand van vrijheid 2020*, met name p. 99 e.v.