

Is het recht van voorpoot accessoir?

Jelle Jansen*

Het middeleeuwse, feodale recht van voorpoot is nooit afgeschaft en overleefde daarom achtereenvolgende codificaties van het privaatrecht. Het karakter van dit oude zakelijk recht is onduidelijk. Zijn pootrechten accessoir zoals erfdiensbaarden, of zijn het overdraagbare rechten? In het laatste geval zou de overdracht notariële assistentie vergen, omdat pootrechten op grond van artikel 150 Overgangswet registergoederen zijn.

1 Inleiding

Op 20 april 1491 gaven rooms-koning Maximiliaan van Habsburg en zijn minderjarige zoontje Philips, de hertog van Brabant, de ingezetenen van het Brabantse plaatsje Helvoirt toestemming bomen te planten in overheidsgrond grenzend aan hun erven.¹ Zij beloonden de Helvoirtenaren voor hun steun in de laatste oorlog tegen Gelre en Luik. De dorpelingen hadden voetknechten, wagens en paarden geleverd en daarvoor schulden gemaakt. In ruil daarvoor kregen zij het recht van voorpoot. Dat is het recht om bomen en planten in overheidsgrond rondom een erf te hebben, die bomen te exploiteren, en de grond desgewenst opnieuw te beplanten of te bepoten.

Het recht van voorpoot is het recht om bomen en planten in overheidsgrond rondom een erf te hebben, die bomen te exploiteren, en de grond desgewenst opnieuw te beplanten of te bepoten

Er woedde in die tijd in onze streken een machtsstrijd. De rivierdelta die nu Nederland heet was kort voor 1491 onder het Bourgondi-

sche juk vandaan gekomen. Dit oorspronkelijk Franse vorstendommen had haar invloed langzaam maar zeker uitgebreid richting de moderne Benelux. Karel de Stoute (stout in de betekenis van vermetel, onverschrokken) was niet alleen hertog van Bourgondië, maar ook hertog van Brabant, Limburg en Luxemburg, graaf van Vlaanderen, Holland en Zeeland enzovoorts. In 1472 verwierf Karel na een oorlog ook de felbegeerde hertogstitel van het notoir opstandige Gelderland. Vijf jaar later vond hij de dood in een veldslag tegen Duitse en Zwitserse troepen nabij Nancy. De erfenis van zijn dochter Maria was weliswaar omvangrijk, haar positie ten opzichte van de lokale edellieden was zwak. Ze was gedwongen hen allerlei privileges te verlenen en zocht bescherming door in te trouwen in een machtige familie. Zo trouwde ze met Maximiliaan van Habsburg en kwam Bourgondisch Nederland onder de Habsburgers. Dat ging niet zonder slag of stoot. Maximiliaan deed zijn uiterste best om de privileges die zijn echtgenote in 1477 had verleend weer in te trekken en verschillende Vlaamse steden, Gelderland en Luik kwamen in opstand tegen de Habsburgers.² De steun die de loyale Helvoirtenaren de Habsburgers boden, leverde hen het recht van voorpoot op.

Het recht van voorpoot is één van die zogenoemde oude zakelijke rechten die de achtereenvolgende codificaties van het privaatrecht hebben overleefd.³ Ze kunnen weliswaar niet

* Prof. mr. J.E. Jansen is universitair hoofddocent Rechtsgeschiedenis en adjunct-hoogleraar Ius Commune aan de Rijksuniversiteit Groningen.

¹ Zie voor de volledige tekst van de akte D.Th. Enklaar, *Gemeene gronden in Noord-Brabant in de middeleeuwen*, Utrecht: Kemink 1941, p. 115-120. Maximiliaan en Philips geven toestemming de 'vroente' en de 'gemeynte' te bepoten. Dat zijn beide benamingen voor eigendom van de soeverein, vgl. hierover uitgebreid H.L.M. Vera, '... Dat men het goed van van den ongeboornen niet mag verkoopen'. *Gemeene gronden in de Meierij van Den Bosch tussen hertog en hertog 1000-2000* (diss. Nijmegen), Moergestel: BOXPress 2011, p. 13. Ik zal hier gemakshalve telkens spreken van overheids- of gemeentegrond.

² Vgl. over deze mislukte opstand, J. Israel, *The Dutch Republic, Its Rise, Greatness, and Fall*, Oxford: Oxford University Press 1995, p. 29-31.

³ Art. 69 en 150 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, vgl. naast de hieronder genoemde literatuur over oude zakelijke rechten en met verwijzing naar oudere wetgeving E. Koops, 'De eeuwige lamp van Oldenzijl', AA 2013, p. 184-186 (AA20130184); S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 5. Zakenrecht. Eigendom van beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/208.



Illustratie: Jop Luberti

4 Vgl. in verband met de *numerus clausus* T.H.D Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 50 e.v.

5 Vgl. Rb. Gelderland 19 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1290 (heerlijke visrechten op de Waal).

6 De Raad van State stond de Staten-Generaal bij, die inmiddels soeverein waren in Brabant (een zogenoemd generaliteitsland), vgl. hierover en over het reglement van de Raad F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten, vroeger, nu en in de toekomst* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1978, p. 156; Zie ook Vera 2011, p. 330 e.v.; vgl. ten slotte H.L.M. Vera, 'Gemene gronden', in: J.G.M. Sanders e.a. (red.), *Noord-Brabant tijdens de Republiek der Verenigde Nederlanden, 1572-1795: een institutionele handleiding*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1996, p. 214-230.

7 Rb. Oost-Brabant 16 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6230.

meer gevestigd worden, maar reeds gevestigde oude zakelijke rechten blijven bestaan.⁴ Met enige regelmaat duiken zij op in de rechtspraak.⁵ Zo komt het dat de akte van 20 april 1491 ruim vijfhonderd jaar later, op 16 november 2017, figureerde in een rechtszaak. Een bewoner van Helvoirt had net als zijn ouders, van wie hij zijn huis eind jaren tachtig had gekocht, bomen en planten onderhouden en geplant in gemeentegrond rondom zijn erf. Toen de gemeente vierendertig van die bomen en planten verwijderde, stelde de bewoner dat dit een onrechtmatige inbreuk was op zijn recht van voorpoot. De hamvraag was of de inwoner van Helvoirt het recht van voorpoot voldoende overtuigend had bewezen. De rechtbank vond dat dat zo was, daarbij geholpen door een onderzoeksrapport. Zij noemde daarbij de akte uit 1491 en meldde nog dat de Raad van State in de zeventiende eeuw een voorpootrecht toekende aan alle inwoners van de Meijerij van Den Bosch die nog niet eerder zo'n recht hadden verkregen.⁶ Zij wees de vordering tot schadevergoeding van € 1456,10 toe.⁷

Het recht van voorpoot is één van de zogenoemde oude zakelijke rechten. Ze kunnen weliswaar niet meer gevestigd worden, maar reeds gevestigde oude zakelijke rechten blijven bestaan. Met enige regelmaat duiken zij op in de rechtspraak

2 Zijn pootrechten overdraagbaar?

Is het bewijs van een recht van voorpoot geleverd als een grondeigenaar aannemelijk maakt dat zo'n recht ooit verleend is aan een verre voorganger in de eigendom van die grond? De aard van het recht van voorpoot bepaalt het antwoord op deze vraag. Door-slaggevend is of het recht van voorpoot, of pootrechten in het algemeen, afhankelijke rechten zijn of niet. Afhankelijke rechten zijn volgens artikel 3:7 BW rechten die zodanig aan een ander recht verbonden zijn, dat zij niet kunnen bestaan zonder dat

andere recht.⁸ Als een pootrecht een recht is dat afhankelijk is van de eigendom van het erf van degene aan wie het recht oorspronkelijk is verleend, gaat het op grond van zijn afhankelijkheid vanzelf mee over op nieuwe eigenaren van die grond. Het is dan net als een erfdiensbaarheid een niet-overdraagbaar recht. Als een pootrecht niet verbonden is aan de kwaliteit eigenaar te zijn van een aan de gemeentegrond grenzend perceel, dan is het wél overdraagbaar en kan zelfstandig, onafhankelijk of los bestaan. Het gaat dan dus niet als vanzelf over bij opvolgingen onder bijzondere titel in de eigendom van dat perceel. Bij een overdracht onder bijzondere titel zou dan gezien artikel 150 Overgangswet sinds 1992 de inschrijving van een notariële akte vereist zijn. Dat artikel verklaart de oude zakelijke rechten tot registergoederen die voor het overige worden beheerst door het gewoonterecht dat al gold vóór de invoering van de codificaties.

Moet de noodklok worden geluid om de pootrechten voor de ondergang te behoeden?

De rechtbank hoefde aan deze vraag geen aandacht te besteden omdat de eiser het pootrecht vóór 1992 verkregen had. De rechtbank zei er ten overvloede wel iets over. Zij omschreef het Helvoirtse voorpootrecht als overdraagbaar.⁹ Dat is opmerkelijk omdat dat ingaat tegen de meerderheidsopvatting in literatuur en rechtspraak die pootrechten net als erfdiensbaarheden afhankelijk en onoverdraagbaar noemt. Is het voortbestaan van de oeroude pootrechten dus in acuut gevaar omdat de verkrijging van zo'n recht notarieel ingrijpen vergt terwijl niemand zich daarvan bewust is? Moet de noodklok worden geluid om de pootrechten voor de ondergang te behoeden?

De meerderheid van de literatuur stelde dat pootrechten inhoudelijk het meest doen denken aan het recht van opstal, maar dat zij hun afhankelijkheid delen met erfdiensbaarheden.¹⁰ De rechtbank Nijmegen overwoog in 1870 dat 'het (pootrecht) naar zijn aard het best te rangschikken zou zijn onder het recht van opstal ofschoon altijd deze eigenaardigheid overblijft dat het niet zo zeer aan den persoon als wel aan het naburige erf is verbonden'.¹¹ De rechtbank Tiel noemde het pootrecht in een vonnis uit 1889 'inhaerent en onafscheidelijk van den eigendom der aangelande gronden'. Het was

'een eigenaardig zakelijk recht of *jus in re sui generis*'.¹² Het kantongerecht Utrecht oordeelde in 1927 ten slotte dat het pootrecht 'onafscheidelijk verbonden is aan den eigendom van de aangrenzende landen'.¹³

De meerderheid van de literatuur stelde dat pootrechten inhoudelijk het meest doen denken aan het recht van opstal, maar dat zij hun afhankelijkheid delen met erfdiensbaarheden

De literatuur noch de rechtspraak werkt de parallel uit tussen erfdiensbaarheden en pootrechten. Die zal erin bestaan dat de betrokken erven bij beide rechten in elkaars nabijheid liggen. De pootgerechtigde mag een perceel dichtbij zijn eigen grond bepoten. Soms is dat de gemeentegrond rondom zijn huis, soms is het de berm van de weg langs het eigen perceel,¹⁴ bij het recht van overpoot gaat het om een perceel aan de overzijde van de weg die langs eigen grond loopt. Ook bij erfdiensbaarheden liggen de betrokken erven in de regel in elkaars nabijheid.¹⁵ Daaruit volgt natuurlijk niet dat pootrechten net als erfdiensbaarheden afhankelijke rechten zijn. De afhankelijkheid van erfdiensbaarheden volgt niet uit de nabijheid van de betrokken erven, maar uit de inhoud van een erfdiensbaarheid. Een erfdiensbaarheid is een last waarmee het dienende erf is bezwaard ten behoeve van het heersende erf (art. 5:70 BW). Zij dient niet een persoon, maar een erf. Zij strekt tot voordeel van de gerechtigde in diens kwaliteit van eigenaar van het heersende erf. Een erfdiensbaarheid heeft geen bestaansreden los van de eigendom van het heersende erf. Zij is daarom niet van de eigendom van het heersende erf af te splitsen. Zij is onoverdraagbaar en gaat als vanzelf mee over op degene die eigenaar wordt van het heersende erf.¹⁶ Dit alles speelt niet bij pootrechten. Een zinvolle uitoefening van een pootrecht vergt niet dat de pootgerechtigde eigenaar is van grond in de nabijheid van de grond die hij mag bepoten. De pootgerechtigde hoeft niet naast de grond te wonen waar hij een eikenbos kweekt. Overdracht van een pootrecht is daarom goed voorstelbaar. Er zullen ongetwijfeld kwekers met grondgebrek te vinden zijn die het recht willen kopen

8 Vgl. over afhankelijkheid bijvoorbeeld T.E. Booms, 'Afhankelijkheid', in: S.E. Bartels, J.B. Spath, K. Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten* (Serie Onderneming en Recht 99), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 121-159.

9 Rb. Oost-Brabant 16 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6230, r.o. 3.4.

10 Zo bijvoorbeeld J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 5e stuk Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, p. 378 in noot 1; A. van Sasse van Ysselt, *Het recht van voorpoting op de kanten der openbare wegen in de voormalige Meierij van 's-Hertogenbosch*, Den Bosch 1894, p. 53; Ketelaar 1978, p. 157; H.W. Iordens, 'Het pootrecht in de IJsselstreek', *NJB* 1943, p. 357-358; Vgl. ook met verwijzing naar veel rechtspraak J.C. de Meyere, *Oude nog bestaande zakelijke rechten*, Amsterdam: Paris 1928, p. 130.

11 Rb. Nijmegen 2 juli 1870, W. 3229.

12 Rb. Tiel 26 mei 1899, W. 7338.

13 Kg. Utrecht 20 januari 1927, W. 11816.

14 Vgl. bijvoorbeeld Iordens 1943, p. 357-358.

15 De wet stelt, anders dan onder het oude wetboek, niet meer het vereiste van nabijheid. Daardoor is het mogelijk dat heersend erf en dienend erf (kilometers) uiteen liggen, zoals wanneer het heersende erf een fabriek is en het dienende een ver weg gelegen erf is dat rook en stank uit de fabriek moet dulden, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 251.

16 *Parl. Gesch. Boek 5* 1981, p. 246; W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012/633; Vgl. ook Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/170.

om stroken gemeentegrond te bepoten. De gelijkenis met erfdiensbaarheden dwingt anders gezegd niet ertoe aan te nemen dat pootrechten afhankelijk zijn.

Zou het kwalitatieve karakter van een pootrecht dan niet simpelweg afgeleid kunnen worden uit zijn ontstaan? Volgt uit het gegeven dat het pootrecht in Helvoirt oorspronkelijk werd vergund aan ‘de gemeene burenen’ niet dat het recht een kwalitatief karakter heeft?

Zou het kwalitatieve karakter van een pootrecht dan niet simpelweg afgeleid kunnen worden uit zijn ontstaan? Volgt uit het gegeven dat het pootrecht in Helvoirt oorspronkelijk werd vergund aan ‘de gemeene burenen’ niet dat het recht een kwalitatief karakter heeft? Zou datzelfde niet gelden als het pootrecht iemand de bevoegdheid geeft bomen te plaatsen in de berm van de weg die langs zijn erf loopt? Ook dit lijkt mij onvoldoende om onoverdraagbaarheid op te baseren. De achtergrond van de vestiging van pootrechten spreekt doorgaans juist voor overdraagbaarheid. Een pootrecht werd bijvoorbeeld vaak gevestigd om verzanding van overheidsgrond tegen te gaan.¹⁷ Waardevermindering door verzanding werd voorkomen als de grond beplant werd. De regels van natrekking maken het echter onaantrekkelijk andermans grond te beplanten: de grondeigenaar is immers ook eigenaar van de ermee verbonden bomen en planten (vgl: art. 5:20 sub e BW). De soeverein stelde zijn onderdanen met een pootrecht de eigendom van de bomen en daarmee de houtopbrengst in het vooruitzicht.¹⁸ Het zal degene die het pootrecht vestigde niet veel hebben uitmaakt wie de grond beplantte, een omwonende of een ander. Hetzelfde geldt wanneer de pootgerechtigden verplicht zijn een bepaald percentage van de houtopbrengst af te dragen aan de overheid (een houtschat).¹⁹ Ook in zulke gevallen zal het de overheid weinig kunnen schelen of het een omwonende is die met hout geld verdient of een derde. Pootrechten om in een berm langs een openbare weg te poten waren, ten slotte, vaak een tegemoetkoming van de overheid

aan degene die voor het aanleggen van die weg grond had afgestaan.²⁰ Ook hieruit volgt niet dat een pootrecht onoverdraagbaar is. Wanneer de overheid met het verlenen van een pootrecht de grondeigenaar tegemoet wil komen die grond afstand voor een weg, dan ligt overdraagbaarheid van het pootrecht voor de hand. De grondeigenaar kan de tegemoetkoming dan te gelde maken. Onoverdraagbaarheid is slechts gegeven als men aanneemt dat het oogmerk van het pootrecht zou zijn de waarde te beschermen van het erf dat voortaan langs een openbare weg ligt. Dan nog is niet uitgesloten dat het oorspronkelijk onoverdraagbare pootrecht door veranderend gewoonterecht op een later tijdstip overdraagbaar wordt.

Beekhuis is dan ook minder stellig over de afhankelijke aard van pootrechten. Pootrechten zijn volgens hem *dikwijls* afhankelijk.²¹ Wels schrijft in 1947 in de *Ruilverkevelingsbode* dat het voorkomt dat de verkoper van een huis zich bij de overdracht het pootrecht voorbehoudt en vanuit zijn nieuwe woonplaats af en toe terugkeert om te oogsten. ‘Of dit rechtens mogelijk is doet er niet toe, een feit is echter dat het voorkomt.’²² Pootrechten zouden zo bezien als gevolg van veranderende gewoonte overdraagbaar zijn geworden. De rechtbank Den Bosch oordeelde in 1901 in deze zin dat overdracht van een pootrecht mogelijk was. Zij nam aan dat het recht van voorpoot een zelfstandig bestaan had gekregen en als zodanig *in commercio hominum* kon worden gebracht.²³ De rechtbank achtte het mogelijk het voorpootrecht voor te behouden bij de eigendomsoverdracht van het perceel grenzend aan de te bepoten overheidsgrond. Zij ging er anders gezegd van uit dat pootrechten oorspronkelijk onoverdraagbaar waren, maar dat zij zich langzaam maar zeker hadden losgemaakt van de eigendom van de aangrenzende gronden. Het Bossche hof liet deze uitspraak in stand omdat het geen bepaling kende die zich tegen een dergelijke splitsing verzette.²⁴

Dat een eventueel voorpootrecht in de regel in de koop van grondeigendom betrokken is, bewijst nog niet dat het een accessoir recht is. Het wijst eerder in de tegenovergestelde richting

17 Vera 2011, p. 188-189.

18 Vera 2011, p. 189.

19 Vgl. Vera 2011, p. 183 e.v.

20 Sasse 1894, p. 20; Ketelaar 1978, p. 157; Zie verder nog A.S. de Blécourt, *Kort begrip van het oud-vaderlandsch burgerlijk recht*, Groningen: J.B. Wolters 1939, p. 324-325. De Gelderse jurist Johannes Schraessert (1687-1756) stelt zelfs dat het Gelderse gewoonte is dat degene die akkers in eigendom heeft langs een openbare weg de berm van die weg met bomen mag beplanten: ‘[...] ea consuetudo, quae arbores juxta vias publicas plantandi eis tribuit, qui agros contiguos possident’. Hij noemt dit het recht van aanschot, zie zijn *Practicae Observationes II*, Harderwijk 1736, *Observatio* 153 (p. 553-554).

21 J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Deel II (Art. 625-876 t)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 235.

22 R. Wels, ‘Hoe groot is de waarde van het recht van voorpoting?’, *De Ruilverkevelingsbode* 1947, p. 15-17 geciteerd naar Ketelaar 1978, p. 157.

23 Rb. Den Bosch 18 februari 1902, W. 7761.

24 Hof Den Bosch 18 februari 1902 W. 7761. Ketelaar (1978, p. 158) stelt dat er in deze casus geen sprake was van overdracht van een pootrecht omdat de verkoper zich het pootrecht voorbehield voor een ander perceel waarvan hij eigenaar was en bleef. Ik zie niet in waarom de uitspraak niet bewijst dat het mogelijk is over een afzonderlijk pootrecht te beschikken. De rechtbank en het hof stellen niet als vereiste dat degene die zich een pootrecht voorbehoudt bij een overdracht eigenaar is van andere nabijgelegen erven ten behoeve waarvan hij zich het pootrecht voorbehoudt. Het hof acht splitsing van eigendom en pootrecht in het algemeen mogelijk.

In een uitspraak uit 1912 noemde het Bossche hof pootrechten weliswaar accessoir, maar erkende het tegelijkertijd de mogelijkheid van overdracht van pootrechten. Het hof vond dat het bewijs van een recht van voerpoot afdoende was geleverd alhoewel het niet vermeld stond op de akte van boedelscheiding waarbij de eiser het perceel had verkregen. De notaris die de akte had opgemaakt verklaarde als getuige dat hij niet gewoon was in een dergelijke akte melding te maken van het recht van voerpoot. Het Hof begreep dat wel omdat het recht van voerpoot net als het soortgelijke recht dat in de Betuwe gold accessoir was, 'zodat het bij den verkoop van het erf, voor hetwelk het op den openbaren weg wordt uitgeoefend, zonder beding van het tegendeel, in den koop pleegt begrepen te worden'.²⁵ Het Hof volgde hiermee de opvatting van zijn voorzitter, Van Sasse van Ysselt, die in een aan het pootrecht gewijde monografie hetzelfde bewijs gaf voor de afhankelijkheid van pootrechten.²⁶ Dit bewijs overtuigt niet. Dat een eventueel voerpootrecht in de regel in de koop van grondeigendom betrokken is, bewijst nog niet dat het een accessoir recht is. Het wijst eerder in de tegenovergestelde richting. De verkoper kan immers van de regel afwijken en zich bij de verkoop van zijn stuk grond het voerpootrecht voorbehouden.²⁷ Het pootrecht is zo bezien wel degelijk af te splitsen van de eigendom van het perceel in de nabijheid van de te bepoten grond.²⁸ Een gemeente die van pootrechten af wil, zal de pootgerechtigde zo bezien niet vragen om tegen betaling afstand te doen van het afhankelijke pootrecht, maar het overdraagbare pootrecht kopen van de gerechtigde zodat het door vermenging van de bloot eigendom en het beperkte recht teniet zal gaan.²⁹

Betekent dit alles nu dat pootrechten overdraagbaar zijn en dat daarvoor de inschrijving van een notariële akte vereist is terwijl niemand dat beseft? Het voortbestaan van pootrechten zou dan in gevaar zijn

3 Van oude rechten, de dingen, die voorbijgaan?

Betekent dit alles nu dat pootrechten overdraagbaar zijn en dat daarvoor de inschrijving van een notariële akte vereist is terwijl

niemand dat beseft? Het voortbestaan van pootrechten zou dan in gevaar zijn. Omdat de vestiging van pootrechten niet meer mogelijk is, kunnen ze – zo neemt de literatuur aan – ook niet meer door verjaring ontstaan. Dat zou immers een inbreuk zijn op het gesloten stelsel van het goederenrecht, de zogenoemde *numerus clausus*. Het bezit als gerechtigde tot een oud zakelijk recht kwalificeert daarom als bezit in de hoedanigheid van het wel in de wet genoemde zakelijke recht dat het meeste lijkt op het oude zakelijke recht. Dat is het recht van opstal.³⁰ De verkrijger van een stuk grond die evenals de verkoper pootrecht uitoefent, maar aan wie dit recht niet notarieel is geleverd, zou gelden als bezitter van een opstalrecht om bomen in andermans grond te hebben. Door verkrijgende verjaring zal dat bezit uitgroeien tot een recht van opstal. De pootrechten zouden langzaam maar zeker worden vervangen door opstalrechten. Dit alles zou voor de rechthebbende weinig uitmaken: hij houdt dezelfde bevoegdheden.³¹ De pootrechten zouden in hun nieuwe gedaante van opstalrecht weliswaar voortleven, maar in naam uitsterven. Dat zou jammer zijn omdat het de toch al geringe biodiversiteit in het goederenrecht vermindert en de band met het verre verleden doorsnijdt.

De pootrechten zouden in hun nieuwe gedaante van opstalrecht weliswaar voortleven, maar in naam uitsterven. Dat zou jammer zijn omdat het de toch al geringe biodiversiteit in het goederenrecht vermindert en de band met het verre verleden doorsnijdt

Ik zie de toekomst van pootrechten desondanks niet zo somber in. Het gewoonterecht bepaalt of pootrechten afhankelijk en dus onoverdraagbaar zijn of niet. Het bovenstaande illustreert de grootste tekortkoming van het gewoonterecht: zijn lastige kenbaarheid. Hoe moet bepaald worden of een bepaalde regel herhaaldelijk en langdurig wordt toegepast (*diuturnus usus*), en of hij als juridisch bindend wordt ervaren (*opinio iuris*)?³² De literatuur geeft enkele vuistregels. Voor *diuturnus usus* is doorgaans een tijdsverloop van minimaal tien jaar een vereiste. Zedelijke

25 Hof Den Bosch 23 januari 1912, W. 9310.

26 Sasse 1894, p. 53.

27 Vgl. Rb Den Bosch 21 februari 1919, W. 10491 'dat het recht, niet als een persoonlijk recht, maar als eigenaar van perceel 2256 en den eischer dan ook niet *speciatim* overgedragen, is een recht van voorpoting [...]'. Zie verder nog Hof Arnhem 13 september 1882, W. 4837 ('wilde geïntimeerde met vrucht zijn regt op de bedoelde boomen geldende maken, had moeten aantonen, dat hij bij den verkoop aan den heer Van Dam, die boomen uitdrukkelijk waren uitgezonderd geworden [...]').

28 Vgl. nog Hof Arnhem 18 april 1900, W. 7471 over het beschikken over een pootrecht als een van grondeigendom gescheiden recht door de pootgerechtigde (*in casu* de marke).

29 Vgl. in deze zin het online beschikbare *Bomenbeleidsplan Laarbeek 2013*.

30 Vgl. hierover Ketelaar 1978, p. 158-159 en p. 137-144; Vgl. verder De Meyere 1928, p. 16-18. De wet dwingt de oude zakelijke rechten zich om te vormen tot één van de door de wet erkende beperkte rechten. Hier is sprake van wat in het Duitse recht bekend staat als *Typenzwang*, vgl. Struycken 2007, p. 12 e.v.

31 Er zijn wel verschillen. Zo geldt voor de oude zakelijke rechten het gewoonterecht bijvoorbeeld wel, maar voor de beperkte rechten die het BW erkent niet.

32 Vgl. G.C.J.J. van den Bergh, *Wet en gewoonte*, Deventer: Kluwer 1982, p. 33; Zie verder P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 106 e.v.; Zie ook J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van de Europese codificatie-geschiedenis*, Den Haag: BJu 2017, p. 136-137, p. 342-345.

33 Vgl. hiervoor het tweedelige standaardwerk van de pandekist G.F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen: Palm 1828 en 1837, deel II, p. 33 e.v. (over *opinio iuris*), p. 97 e.v. (over *diuturnus usus*).

34 HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:395, r.o. 3.5.2. Onduidelijk is overigens wat de toegevoegde waarde is van het aan het Duits ontleende daadwerkelijke.

35 De Blécourt 1939, p. 4. Van het Latijnse woord *turba*, grote groep mensen, bende.

36 In achttien aktes uit 1957 over pootrechten langs de Hulzerdijk tussen Almen en Eefde uit 1957, is inderdaad sprake van overdracht van het pootrecht aan de gemeente, zie Archief van de Gemeente Gorssel (1936-1959), NL-ZuRAZ-5002, Inventarisnummer: 323.

37 Ik gebruikte de door P.J.S. Pereira en D.M. Beltran geredigeerde online toegankelijke versie van O.W. Holmes, *The common law*, Toronto 2011, p. 5. Holmes schrijft daar ook: 'The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage.'

regels zoals de regel dat de man een deur opent en geopend houdt voor de vrouw en dat de student in de overvolle trein opstaat voor een bejaarde zijn geen gewoonterecht, zij zijn niet juridisch bindend.³³

Als pootrechten heden ten dage afhankelijke rechten zijn, blijven zij ook als zodanig voortbestaan, zij groeien dan niet door verkrijgende verjaring uit tot opstalrechten. Het voortbestaan van dit middeleeuws juridisch erfgoed is dan verzekerd. Dat is ook wat waard

Vaak wordt het bewijs van een gewoonterechtelijke regel geleverd door te wijzen op een reeks van rechterlijke uitspraken waaruit blijkt van een gewoonte. Wat nu wanneer sommige rechterlijke uitspraken pootrechten afhankelijk noemen, maar andere uitspraken de overdraagbaarheid van dergelijke rechten accepteren? Volgens de Hoge Raad dient in zo'n geval 'aansluiting te worden gezocht bij hetgeen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld met betrekking tot de daadwerkelijke uitoefening van het recht gedurende de meest recente periode'.³⁴ Om die zekerheid te krijgen laat een rechter zich wel inlichten door een groep ter zake deskundigen. De technische term voor zo'n groep experts is een

turbe.³⁵ Zo'n groep zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit notarissen uit streken waar het pootrecht veel voorkomt zoals in de omgeving van Den Bosch, de IJsselstreek en de Betuwe. De notarissen zouden ook kunnen vertellen hoe gemeentes uit die streken die van pootrechten af willen sinds 1992 opereren. Omdat pootrechten sinds 1992 registergoederen zijn, is notariële assistentie daarbij noodzakelijk. Betalen gemeentes de pootgerechtigde een bedrag om het pootrecht over te dragen (3:84, 3:89, 3:98) waarop het door vermenging (3:81 lid 2 sub e) teniet gaat,³⁶ of betalen zij de pootgerechtigde opdat hij afstand doet van zijn afhankelijke recht (3:98)? Ik hoop dat de turbe leert dat een pootrecht niet overdraagbaar is omdat het een afhankelijk recht is, en dat er daarom sinds 1992 geen overdrachten van pootrechten in de registers zijn ingeschreven, maar in een enkel geval wel een akte van afstand van een pootrecht. Pootrechten zouden dan krachtens gewoonterecht afhankelijke rechten zijn. Dat hierop vanuit leerstellig en logisch oogpunt het nodige is af te dingen, en dat er in het verdere verleden wel anders over werd gedacht en geoordeeld, doet er niet toe. Het gewoonterecht beweegt mee met de tijd. In de woorden van de beroemde Amerikaanse rechter Oliver Wendell Holmes jr.: 'The life of the law has not been logic: it has been experience.'³⁷ Als pootrechten heden ten dage afhankelijke rechten zijn, blijven zij bovendien ook als zodanig voortbestaan, zij groeien dan niet door verkrijgende verjaring uit tot opstalrechten. Het voortbestaan van dit middeleeuws juridisch erfgoed is dan verzekerd. Dat is ook wat waard.

ArsAequi Libri

Recent verschenen



Civiele cassatie – 3e druk 2018

W.D.H. Asser | ISBN 978-90-6916-691-9 | € 24,50

In dit cahier wordt in kort bestek de gang van zaken in cassatie uiteengezet. Het bevat naast algemene beschouwingen over het cassatie-instituut ook de nodige procesrechtelijke details.

Ontwikkelingen sinds het verschijnen van de vorige druk in 2011 zijn verwerkt: nieuwe rechtspraak op het terrein van het cassatieprocesrecht en nieuwe wetgeving, te weten de invoering van een landelijke cassatiebalie, de niet-ontvankelijkverklaring 'aan de poort' van het cassatieberoep op grond van art. 80a RO en de door art. 81a RO geschapen mogelijkheid voor rechters om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Daarnaast is rekening gehouden met de in 2017 voor de civiele kamer van de Hoge Raad deels ingevoerde KEI-wetgeving.