
**"SED VERUM EST, SENTENTIAS NUMERARI, NON
PONDERARI" (CORNELIS VAN BIJNKERSHOEK,
OBSERVATIONES TUMULTUARIAE 2628 & 2678)**

A.J.B. Sirks (Frankfurt)

Het is voor wie zich in de *Observationes* van Cornelis van Bijnkershoeck verdiept geen verrassing te vernemen dat de grote jurist zich herhaaldelijk aan mederechters en anderen vanwege hun gebrek aan kennis ergerde. Van Bijnkershoeck had bovendien een scherpe pen, wat uit zijn zogenaamd Oyevaertjes blijkt, die hij later, na zijn benoeming in de Hoge Raad, berouwde.¹ In de beslotenheid van zijn *Observationes* kon hij zich echter laten gaan. In één geval komt de in de titel genoemde verzuchting voor, die overigens op zichzelf de gang van zaken binnen de raadkamer correct weergeeft.

Het probleem dat hiertoe aanleiding gaf en waarover de nummers 2628 en 2678 gaan is op zichzelf eenvoudig te schetsen, maar het was één van meerdere problemen naar aanleiding van een grote nalatenschap.² In dit geval leidde het tot drie procedures die tot aan de Hoge Raad gevoerd werden en waarbij bij twee nog revisie werd aangetekend. Van de procedure hier behandeld zijn alle drie resoluties ook in het Resolutieboek van de Hoge Raad te vinden. Naast de *Observationes* geplaatst, vervolledigen ze het beeld dezer laatsten, in casu vooral omdat het resolutieboek de meningen en argumenten der individuele raadsheren geeft, alsook door de literatuur waarnaar deze verwezen (meer dan bij Van Bijnkershoeck vermeld),³ waarbij men wel moet bedenken, dat niet de eerst gegeven adviezen, maar alleen de uiteindelijke conclusies werden genoteerd. Hier echter veranderde geen enkele raadsheer zijn aanvankelijke mening.

De in deze twee procedures genomen resoluties dateren van respectievelijk 7 maart 1731, 19 januari 1732 en 24 maart 1735.⁴ Sempronia, in werkelijkheid Agneta de Graeff, weduwe van Jan Baptista de Hochepped,⁵ had op 7

1 O.W. Star Numan *Cornelis van Bijnkershoeck, Zijn Leven en Zijne Geschriften*, Leiden 1869, 56-61. Hun uitgave in één band heet *Nieuwe Oprechte Haegsche Mercur, compleet. Behelsende Satyrique, Politique en Academisch Reflexien*.

2 Vermeld in de *obs.* 2416, 2471, 2523, 2552, 2671, 2628, 2678.

3 Van Bijnkershoeck noemt in *obs.* 2628 alleen als aangehaalde literatuur de *Consil.* B. II, 166 en *Voet Comm. ad Pandectas* 28,3,8; zie daarvoor noot 10 jo. 16 en noot 11.

4 Nat. Archief, Hoge Raad van Holland en Zeeland, 3.03.02, Inv. 677-680.

5 Agneta de Graeff, dochter van Pieter de Graeff en Jacoba Bicker, geb. 3 april 1663, gest. 29 april 1725, gehuwd op 11 dec. 1703 met Mr. Jan Baptista de Hochepped, 1700 Bewindhebber der W.I.C. ter Kamer Amsterdam, 1703 Schepen van Amsterdam, Directeur der Sociëteit Suriname, Gecommitteerde ter Generaliteits Rekenkamer, gest. 23 mei 1709. Het huwelijk was kinderloos (*De Ned. Leeuw* 16, 1898, 137). Via haar moeder waren Agneta en Gerard Bicker familie van elkaar. Agneta was zeker niet

november 1723 een testament gemaakt waarbij ze een aantal legaten maakte en verder de armen van Amsterdam, dit wil zeggen de Diaconie, voor de helft als erfgenaam instelde (wat bij gebreke aan een verdere erfgenaam betekende dat deze ten volle erfgenaam was).⁶ In het testament was ook een herroeping van alle voorgaande testaments, codicillen en wat dies meer zij, "voor dato deses" verleden, opgenomen. In een ander testament, van 2 augustus 1724, bevestigde zij het voorgaande testament.⁷ Later, op 1 maart 1725, maakte zij een nieuw testament, en daarin stond onder meer ook geschreven: "en verklarende sij vrouwe testatrice *alhier* voor geinsereert te houden de herroeping van testaments en actens van uysterste wille, sodanig deselve is geëxtendeert in den testament van 7 Nov. 1723." Vervolgens maakte zij enige legaten, herriep uitdrukkelijk een legaat in het eerste testament, en stelde dit keer tot erfgenamen in, beide elk voor de helft, de armen van Amsterdam (de Diaconie) en Titius, in werkelijkheid haar familielid Mr. Gerard Bicker van Swieten,⁸ die nu tot enig executeur benoemd werd (in het eerste testament was hij het tezamen met een ander geweest).⁹ Zij overleed op 29 april daaraanvolgende, op 62-jarige leeftijd, zonder kinderen na te laten.

Het juridische probleem werd nu door de insertie gevormd. Was de werking van de insertie nu zo, dat zij op de periode vóór 1 maart 1735 betrekking had en dus daarmee het testament van 7 november 1723 ook herroepen werd, of was bedoeld dat alleen de clause op deze wijze, om werk te besparen, opgenomen was en dat de werking ervan afhing van het testament van 7 november 1723 en dus alleen op wilsbeschikkingen van vóór *die* datum had? Het is duidelijk dat de legatarissen onder het eerste testament er alle belang bij hadden dat te weten, te meer daar er enige aanzienlijke legaten bij waren.

Allereerst had ze aan vier vrouwen elk 1000 gulden vermaakt. Onder deze bevond zich Hester Tulp, weduwe van Mr. Johan van den Bempden. De vier vrouwen (zo *obs.* 2628, in het resolutieboek is alleen Hester Tulp genoemd) spraken Titius, dit wil zeggen Gerard Bicker, tot uitbetaling aan. Deze verweerde zich met het argument dat door de opgenomen clause het eerdere testament en daarmee ook de legaten waren herroepen. De schepenbank te Amsterdam en in beroep het Hof van Holland wezen de eis toe; Bicker ging in

onbemiddeld, zie aanhang 1.

6 Volgens de regel *nemo pro parte intestatus pro parte testatus moritur* werd, zoals Van Bijnkershoek in de derde procedure nog eens duidelijk zou zeggen, de halve erfstelling in een volle omgezet.

7 Zie *obs.* 2523.

8 Mr. Gerard Bicker van Swieten, geb. 1687, Raad van Amsterdam in 1714, lid van de Staten van Holland in 1748 en 1749, gest. 7 dec. 1753. Zie Anon., Genealogie van de familie Bicker, s.l., s.d., p. 55. Bicker was drie keer gehuwd: zie de noten 43 en 45.

9 De andere executeur was Jacobus de Fremery. Zie voor de andere procedure Aanhang 1.

beroep bij de Hoge Raad. Zijn argumenten waren dat een later testament altijd een vroeger testament opzij zette, ook al werd dit niet uitdrukkelijk herroepen: zo was het in het Romeinse recht en zo was het de gewoonte, waarbij hij naar *Consilia* Boek II, 166 verwees.¹⁰ Hier echter kwam daar nog de herroeping bij. Bovendien bevatte elk testament een volledige erfinstelling, zodat ze niet naast elkaar bestaan konden.

De legatarissen beweerden daarentegen dat het naar huidig recht mogelijk was meerdere (geldige) testamente na te laten, zoals, zo zeiden zij, ook Voet stelde,¹¹ en dat ook al was de erfgenaam veranderd, de legaten dan nog geldig bleven, en deze konden ook nog geldig zijn als waren zij bij codicil bepaald, omdat het tweede testament een codicillaire clause had opgenomen. Ook daarom waren ze niet herroepen, omdat Agneta de Graeff¹² door de opneming van de clause uit het eerste testament dit niet in die mate had willen herroepen, dat de legaten erin gemaakt, vervielen.

10 Ook in *obs.* 2628 vermeld. Hiermee moet het *Nederlands Advys-boek*, part. 2, nr. 166 (zie noot 16) bedoeld zijn.

11 Ook in de *obs.* 2628 vermeld. J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, 28,3, n. 8: Rubr.: *Moribus quisque paganus, aequae ac miles pluribus testamentis decedere potest, ut omnia valeant, quatenus sibi contraria non sunt, & in contrariis posteriora praevalent; nec ipso jure, sed expressa revocatione demum priora in totum infirmantur per posteriora. 8: ... ita quoque moribus hodiernis pluribus testamentis relictis unumquemque mori posse non ambigitur, ... quippe quorum intuitu suprema voluntas testatoris potior foret, eo modo, quo id jure Romano in pluribus codicillis ab eodem testatore conditis observatum fuit. ... maxime, cum apud nos non magna inter testamenta 7 codicillos differentia sit ... Ut proinde priorum testamentorum apertam fieri in posteriore revocationem necesse sit, si testator nolit, ex alio, quam postremo testamento, quicquam deberi aut ratum esse.* Voet citeert dan als auteurs: Groenewegen *ad* §.3. *Instit. quib. mod. testam. infirm.* [l. 2,17,3; S. Van Groenewegen van der Made, *Tractatus de Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus*, Leiden 1649, p. 37-38: *Siquis in secundo testamento ex certis rebus heredem instituerit, superius tamen hodie sublatum non est, nisi quoad res in secundo testamento expressim relictas*, en hij verwijst dan naar p. 41, ad l. 2,25, over codicillen, en naar p. 35, ad l. 2,14,9 nr. 5, dat over het soldatentestament gaat waarvan Groenewegen zegt: *Idque sine dubio in paganorum testamentis procedit, si (quod plerumque fieri solet) subjecta sit clausula codicillaris, cujus ea vis est ut testamentum sustineatur jure fideicommissi.*, S. van Leeuwen *Cens. For. part. 1. lib. 3. cap. 11. num. 9* [*Censura Forensis*, Amsterdam 1685, p. 230: alleen gebaseerd op de *mores nostri* en l. 2,17,3; in het exemplaar van de Koninklijke Bibliotheek, 878 F 3, dat blijkens een aantekening aan V. Tets van Goudriaan (helaas niet te achterhalen) behoorde, is alleen deze passage (op p. 207) aangestreept - kennelijk speelde het probleem voor hem], zijn vader Paulus Voet *ad* d. §.3. *Instit. quib. mod. testam. infirm.* [l. 2,17,3] num. 2 & *ad* §.ult. *Instit. de codicill.* [l. 2,25,3] num. ult. [Paulus Voet, *In Quattuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Utrecht 1668, p. 723-726]. Hier beweert Voet senior onder nr. 2 (met de titel *Moribus*), dat de praktijkjuristen tegen het Romeinse recht in menen (zij het met aarzeling: *reluctante ratione*, en met onzekere jurisprudentie) dat een later testament, al bevat het een algehele herroeping, het eerdere testament nog niet opheft: daarvoor is een speciale en uitdrukkelijke herroeping nodig. Het beroep is dus op een gewoonte, die echter niet ondubbelzinnig vaststaat en kennelijk de *opinio necessitatis* nog ontbeert. (Het zou interessant zijn na te gaan, of waar Johannes Voet zich op de *mores hodierna* beroept, hij zijn vader Voet volgt en of hij dan diens voorzichtige mening verabsolueert.) Verder noemt Johannes Voet de *Responsa Jurisc. Holl.* part. 2. *consil.* 24 & part. 5. *consil.* 42 [Consultatien, advysen en advertissementen, gegeven en geschreven bij verscheidenen treffelijken rechtsgeleerden in Holland [en elders], part. 2, Rotterdam 1670, p. 47; part. 5 Rotterdam 1664, p. 149-150]. Deze adviezen zeggen echter juist het tegengestelde van wat Voet beweert: nr. 24 stelt dat jongere testamente die voorgaande niet revoceren slechts de kracht van codicillen hebben, nr. 42 stelt dat een later testament automatisch voorgaande vernietigen.

12 Het Latijn van de *observatio* heeft hier abusievelijk Titia in plaats van Sempronia.

De beraadslaging in de Hoge Raad op 7 maart 1731 (*obs.* 2628) ging naar anciënniteit, nadat eerst de rapporteur zijn mening had gegeven, terwijl de president altijd als laatste zijn mening gaf. *De Roovere* stelde kortaf dat de revocatoire clause ook het testament van 7 november 1723 had herroepen en dus de eis ontzegd moest worden. Daarna kwam *Schaep* als oudste raadsheer. Hij meende dat het niet de bedoeling van de testatrice geweest was de legaten teniet te doen, maar slechts de clause met de werking die ze in het eerdere testament had in het tweede testament op te nemen. Het was wel "een wonderlijke omschrijving van woordengebruik". *Ketelaer* meende dat men tegenwoordig meer dan één testament na kon laten en dat zolang er geen tegenstrijdigheden in stonden, beide ten uitvoer gebracht moesten worden, zodat ook zijns inziens de eis toegewezen moest worden. *Van der Hoop* daarentegen zag niet in waarom, als in een later testament een tegenspraak met de gehele erfstelling in het eerdere testament stond, het Romeinse recht nu als afgeschaft moest gelden. Een uitdrukkelijke verklaring van de testatrice, dat het eerste testament nog gold voor zover het niet met latere wilsbeschikkingen in strijd was ontbrak en er was geen vermoeden ten gunste van de geldigheid van het eerste testament. Hij sloot zich bij *De Roovere* aan. Ook *Van Hees* zag door de opname van de clause het eerdere testament geheel herroepen. *Van Bleiswijk* wees onder aanhaling van *Digesta* 29,1,19 en 36,1 erop dat alleen ingeval van een soldatentestament twee testamenten tegelijk bestaan konden, mits dit uitdrukkelijk in het latere testament was uitgedrukt; zulks was tegenwoordig alleen mogelijk "*in testamentis paganorum*". Voet en de bij deze aangehaalde andere auteurs,¹³ zo *Van Bleiswijk*, gingen van andere gevallen uit, met uitzondering van Van Leeuwen, die echter zonder autoriteit sprak, terwijl Paulus Voet wel beweerde zich op Groenewegen te baseren, maar in de genoemde passage stond dat bij deze niet. (*Bleiswijk* had, blijkens deze opmerkingen, Voet erop nageslagen en goed gelezen.¹⁴) Ook de geïnsereerde clause revoceerde het eerste testament.

Daarentegen zei *Duurcant* slechts, dat uit de gehele inhoud van het testament bleek dat met de insertie vóór 1723 was bedoeld. *Van der Does* meende dat het eerste testament "solemnieel" was en dat het tweede een vervolg hiervan en een codicil was. De armen waren in het eerste voor het geheel als erfgenaam ingesteld en nu was daar de helft afgegaan, zodat er niet een erfstelling in het latere testament was die met de eerste strijdig was. *De Grande* meende ook dat er in het latere testament geen andere erfstelling was

13 Uit de *observatio* blijkt dat het om J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 28,3,8 ging. Zie hiervoor noot 11.

14 Zie noot 11.

gemaakt en de geïnsereerde clause herriep het eerdere testament niet. Alle drie waren voor toewijzing van de eis. Tenslotte merkte *Van Bijniershoek* op, dat naar Romeins recht een later testament altijd een eerder herriep, tenzij het om een soldatentestament ging. Tegenwoordig waren de autoriteiten hierover verdeeld. Maar als het bij soldatentestament alleen mogelijk was als de testator in het tweede testament dit uitdrukkelijk bepaalde, zou dan ook hier het geval geweest moeten zijn. De testatrice had dat niet gedaan. De clause moest dus voor het laatste testament gelden. In zijn *Observatio* verduidelijkt hij dit nog: door te insereren is "voor dato deses" gaan slaan op de 1e maart 1725.¹⁵

Daarmee was de stemverhouding 5-5 (De Roovere, Van der Hoop, Van Bleiswijk, Van Hees en Van Bijniershoek tegenover Schaep, Ketelaer, Duurcant, Van der Does en De Grande) en werd de uitspraak van het Hof bevestigd.

De zaak was daarmee echter nog niet ten einde. Agneta de Graeff had namelijk in het eerste testament ook haar twee dienstboden, Adriana en Sara Maria van den Bosch, bedacht. Zij kregen tezamen de royale som van 25.000 gulden, en daarnaast nog allerlei huisraad, kleren en stoffen, alsmede een apotheek (in een bijbehorend kabinet), enzovoort. Bicker weigerde ook hier uit te betalen en de dienstboden gingen procederen: de som was te hoog om gewoon te laten lopen. Hij stelde (weer) dat de testatrice geheel opnieuw had getesteerd, bovendien enige der in het eerste testament aan de zusters Van den Bosch gelegateerde goederen aan een ander had vermaakt, en dat er in het nieuwe testament een geheel nieuwe erfstelling was gemaakt, te weten, hijzelf voor het geheel. Ook de revocatoire clause had het testament van 7 maart 1723 opgeheven. De zusters betuigden, dat Agneta de Graeff hen steeds had gezegd, het legaat aan hen niet te veranderen; waarop weer Bicker stelde, dat de verhouding in het laatste half jaar zo slecht was geworden dat ze niet eens tot de testatrice werden toegelaten. Of dit waar was, is natuurlijk de vraag. Daargelaten dat Bicker weer een fortuin wilde opbouwen (zie Aanhang 1), lijkt het niet onwaarschijnlijk dat ook de overige familie ongelukkig was met het resultaat van het eerste testament, waarbij de gehele erfenis naar de diaconie zou gaan en een enorm legaat aan de dienstboden werd uitgekeerd. Schepenen van Amsterdam en het Hof van Holland wezen echter de vordering toe, Bicker ging in beroep bij de Hoge Raad. Rapporteur was nu (19 januari

15 In de *obs.* 2628, waar overigens onderaan in de rechterkolom op p. 438 Sempronia in plaats van Titia moet worden gelezen, wordt de casus met de argumenten beider partijen incl. geciteerde literatuur vermeld, van deze discussie slechts de essentie weergegeven, namelijk het fundamentele verschil in opvatting over de bestaanbaarheid van meer dan één testament en de Voetiaanse leer, waarbij *Van Bijniershoek* dan ook nog de beperking van deze leer vermeldt.

1732, obs. 2678) Van der Hoop die niet van zijn eerdere mening afweek, ook vermeldde dat de speciale revocatie van het legaat aan dominee Taré nog niet bewees, dat de generale revocatie niet slechts tot 7 maart 1723 werkte, en daar nog duidelijkheidshalve aan toevoegde dat de hedendaagse testamenten niet verder konden gaan dan het soldatentestament der Romeinen (*D.* 29,1,19) en dus een uitdrukkelijke verklaring, dat het eerdere testament nog geldig was, vereist was. Ook de andere raadsheren bleven bij hun vroegere standpunt. Van Hees vermeldde nog als autoriteiten De Groot, Vinnius en het *Nederlands Advys-boek 2 Consilium* 166¹⁶ voor de opheffing van een vroeger door een later testament. Van der Does noemde nog Sande *Liber 4 Titulus 4 Definitio* 10,¹⁷ *De Grande* voor wat het bestaan van twee testamenten betrof *Institutiones de Codicillis* § 1¹⁸ voor het Romeinse recht en voor het hedendaagse recht Vinnius *Institutiones de Codicillis* § 14,¹⁹ De Groot Boek 2 Deel 25 § *ult.*²⁰ Van Bijckershoek refereerde zich slechts aan Van der Hoop.²¹

De stemverhouding zou weer 5-5 zijn geweest, ware het niet dat Schaepe al enige tijd ziek was en niet meer aan de beraadslagingen deelnam. Daarom werden nu met 5-4 de vonnissen waarvan beroep vernietigd. Aldus, zo merkt Van Bijckershoek op, deed zich het merkwaardige geval voor dat binnen één jaar de Hoge Raad een tegengestelde mening uitsprak, zonder dat er een nieuwe raadsheer was toegetreden.²² De genoegdoening die de kleine meerderheid voor de handhaving van de Romeinsrechtelijke norm Van Bijckershoek moet hebben gegeven, werd kennelijk teniet gedaan door dat het nu naar buiten leek alsof de Hoge Raad om was gegaan.

De zusters, althans de (inmiddels) overlevende zuster, liet het er niet bij zitten. Sara Maria vroeg, voor zichzelf en als enig erfgename van haar intussen

-
- 16 Hiermee werd bedoeld I. van den Berg, *Nederlands Advys-boek*, part. 2, Amsterdam 1722, p. 443: een nieuw testament revocert automatisch het vorige tenzij naar een dispositie in het vorige wordt verwezen. Bij De Groot en Vinnius had Van Hees waarschijnlijk de door De Grande geciteerde plaatsen op het oog.
- 17 J. & A. a Sande, *Decisionum Frisicarum Liber I, Titulus IV (De Legatis)*, *Definitio* 10: *Recensentur casus, quibus legatum debetur, haereditates ex testamento non adita*. Hierin worden gevallen genoemd, waarin het testament niet aanvaard was en dus nietig, maar het legaat desondanks uitgevoerd moest worden.
- 18 *Inst.* II, 25, 1: *De Codicillis*. Dit argument is vreemd, omdat hier juist gezegd wordt, dat het codicil door een later testament bekrachtigd moet worden.
- 19 A. Vinnius, *Comm. Inst.* II, 25, § 14. Deze paragraaf is er niet, maar waarschijnlijk bedoelde De Grande *Textus: Numerus & Solemnitas*, waar onder 1 besproken wordt, waarom er van een persoon niet meerdere testamenten kunnen bestaan, maar wel meerdere codicillen.
- 20 H. de Groot, *Inl.* II, 25, 9: een eerder onvolkomen testament (zie hieronder) wordt niet door een later onvolkomen of volkomen testament opgeheven tenzij dit uitdrukkelijk bepaald is. Het is geen sluitend argument omdat in een stad een onvolkomen testament niet kon worden opgemaakt (zie hierna).
- 21 In obs. 2678 wordt van deze discussie niets vermeld dan alleen dat alle raadsheren bij hun eerdere meningen bleven.
- 22 *Obs.* 2678: *Illustre exemplum Senatam intra annum contraria judicasse, et eundem quidem Senatam, non superveniente ullo novo Senatore, ex solo incidenti, quod sic narravi*.

overleden zuster Adriana revisie aan. Weer rapporteerde *Van der Hoop*. Sara Maria voerde als revisie-grond aan, dat de Hoge Raad door niet de uitspraak van het Hof te bevestigen een "erreur" had begaan. *Van der Hoop* herhaalde zijn argumenten, de overige raadsheren (uitgezonderd *Schaep*, die inmiddels overleden, maar door *Hop* vervangen was) ook. Op 24 maart 1735 (*obs.* 2678, *add.*) werd over de zaak beslist. *Hop*, het nieuwe lid, concludeerde eenvoudig dat er een uitdrukkelijke revocatie was en dus "geen erreur" was begaan. *Ketelaer* voegde nog eraan toe, dat het legaat niet als legaat kon bestaan, maar als codicil opgevat moest worden. *Van der Does* citeerde nu Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt 2 liber 20 caput 17* en volgende²³ voor zijn mening, dat een vorige dispositie uitdrukkelijk herroepen moest worden.

Bij een revisiebehandeling moesten echter zeven leden toegevoegd worden, vijf pensionarissen uit Holland en twee raadsheren uit het Hof van Holland, en dat was hier het geval. Een dezer laatsten, *Van Wassenaer*,²⁴ constateerde "geen erreur", omdat als het eerste testament niet door de inroeping ongeldig zou zijn geworden, deze geen zin had gehad. In beide testamenten wilde zij alle voorgaande beschikkingen herroepen. De andere dezer, *Fagel*,²⁵ meende dat in tegenstelling tot het Romeinse recht naar hedendaags recht wel degelijk twee testamenten naast elkaar konden bestaan en noemde als voorbeeld een testament waarin over Utrechtse en een ander waarin over Hollandse goederen wordt beschikt. Verder moest op de intentie van de testatrice gelet worden. Er was geen blijk van het ophouden van de vriendschap met de dienstboden en Bicker had dat moeten bewijzen (*D.* 22,3,3,12 en 22).²⁶ Het was "vreemd, dat hier een Notaris is geemployeert die geen kennis had van de periode van revocatie". Van de pensionarissen oordeelde alleen *Landsbergen* dat "geen erreur" voorlag. Alle overige constateerden een "erreur". *Van Kinschot* meende dat twee elkaar niet contrariërende testamenten naast elkaar konden bestaan. Verder was de revocatoire clause in het eerste duidelijk, in het tweede testament "extraordinaar en ongewoon, en kan niet verder werken of meer effect hebben als in het eerste". *Marons* meende bovendien dat de testatrice in onmin met haar familie had geleefd, terwijl de dienstboden zich in

23 U. Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt*, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk, Amsterdam 1726, II,20,17 gaat over de vraag, of een later testament *ipso iure* een vroeger herroept, of dat dit uitdrukkelijk in het testament geschieden moet (dit menen "veele heedendaagsche Rechtsgeleerden"), wat veroorzaakt wordt doordat het verschil tussen testament en codicil verwaterd was, mede door I. 2,25,1,19; maar in Friesland was het duidelijke Romeinse onderscheid gehandhaafd.

24 J.F. van Wassenaer, 24 juli 1724-1740 raadsheer in het Hof.

25 C.G. Fagel, 23 juli 1705-21 juni 1746 raadsheer in het Hof.

26 *D.* 22,3 (over bewijzen en vermoedens),3 (over een stilzwijgend fideicommiss in zowel het eerste als tweede testament); 12 (over een legaat dat in een later codicil herhaald wordt: dubbel of niet gelegateerd?) en 22 (over een beweerde veranderde testeerwil): in alle gevallen moet degen die iets stelt dit bewijzen.

haar gunst hadden ingewerkt. *Snels* was dezelfde mening als *Van Kinschot* toegedaan, *Vrijburg* eveneens, die nog eens fijntjes erop wees dat de speciale herroeping in het laatste testament alleen maar kon betekenen dat de herhaling van de generale herroeping alleen op het eerste testament betrekking had, dat dus dan nog gold. *Van Bijkershoek*, als president de laatste, formuleerde ditmaal uitvoerig zijn reeds eerder verkondigde opinie, waaraan hij nu toevoegde, dat wilde men het door de erfstelling in het tweede testament vervallen eerste testament nog beschouwen als een vooraf gemaakt codicil, dit dan toch *jure romano* uitdrukkelijk in het tweede testament bekrachtigd had moeten worden, wat niet het geval was. De revocatieclausule was weliswaar vreemd geformuleerd maar dat was niet verboden en moest daarom als in het tweede testament gemaakt (en dus van die datum zijnde) beschouwd worden.²⁷

Hij zegt over codicillen nog in het addendum "quae prolixè disputavi L. VIII Observ. c. 13, quae hic non repeto", maar het is niet duidelijk wat hij daarmee bedoelt.²⁸

Ware de stemming alleen binnen de Hoge Raad gehouden, zij ware met 6-4 ten nadele van Sara Maria van den Bosch uitgevallen.²⁹ Het waren de stemmen der pensionarissen nu die, met 9-8, de revisie voor haar deden slagen.

Het geval laat zien dat het steeds de moeite waard is om, wil men zich een volledig beeld vormen van de beraadslagingen binnen de Hoge Raad, na te gaan of de resolutie bewaard is en wat de individuele raadsleden hebben gezegd. Het nadeel bij de *Observationes* dat men steeds het geval vanuit het gezichtspunt van Van Bijkershoek ziet, wordt dan opgeheven.

27 In het addendum bij *obs.* 2678 zegt Van Bijkershoek over deze discussie, dat de eerdere argumenten herhaald werden, terwijl hij als een extra zijn bezwaar tegen de Voetiaanse leer uiteenzette.

28 Als dat de 13e *observatio* van deel VIII, d.w.z. *obs.* 1778 zou moeten zijn (maar de citeerwijze was dan opmerkelijk omdat Van Bijkershoek altijd de delen als Tomi betitelt), is daar echter geen uitvoerige bespreking van het onderhavige vraagpunt te vinden; wel in *obs.* 1651 in deel VIII, en wat minder in *obs.* 2628. Zijn *Commentarii Juris Hollandici et Zelandici* lijken hiermee niet bedoeld: zie aanhang 2, de formele geldigheidseisen bij testamenten komen daar in deel 2, titel 2, *caput* 8 aan de orde, de codicillen waarschijnlijk ook daar. Evenmin kunnen dit zijn *Observationes Juris Romani* zijn, want deze tellen slechts vier *Libri*, elk met een aantal *capita*.

29 *Atque inde factum est, cum novem alii sententias, olim dictas, non mutarent, ut quinque, qui contra legatarias responderant, et adhuc respondebant, quinque alios vicerint.* (De uitgave der *Observationes* heeft hier *quinque* gecorrigeerd in *quattuor*, maar ten onrechte: Schaep was weliswaar niet aanwezig, maar waarom zou hij zijn mening hebben veranderd? Het was door zijn afwezigheid dat de ene partij in de Hoge Raad de andere partij kon "overwinnen", zonder dat iemand zijn mening had veranderd.) ... *Illustre exemplum, Senatum intra annum contraria judicasse, et eundem quidem Senatum, non superveniente ullo novo Senatore, ex solo incidenti, quod sic narravi.*

De juridische kwestie op zichzelf was in wezen niet moeilijk en we vinden dit geval dan ook niet bij Van Bleiswijk in diens *Observationes Tumultuariæ* vermeld.³⁰ Wat Voet stelde was op drijfzand gebouwd en desondanks stond de helft der raadsheren en een meerderheid der toegevoegde raadspensionarissen achter zijn opvatting en hielden Van Bijkershoek's mederechters hardnekkig aan hun standpunt vast. Het gaat hier dan ook om iets anders, dat deze zaak voor ons ook uit het oogpunt van de geschiedenis van rechtsopvattingen interessant maakt: namelijk om een conflict tussen de (stricte) toepassing van het Romeinse testamentaire recht en het bestaan van een nieuwere, ruimere rechtsopvatting over testamenten, volgens Paulus Voet *mogelijk* (nieuw) gewoonterecht (*mores*³¹), volgens Johannes Voet gewoonterecht. Volgens het Romeinse recht werd het eerste testament per definitie door het latere opgeheven, tenzij de testator dit uitdrukkelijk of stilzwijgend niet gewild had. De Voetiaanse leer, zoals verwoord in zijn commentaar op *Digesta* 28,3,8, dat de wil van de erflater zodanig bovenal stond dat meerdere testamenten naast elkaar bestaan konden, tenzij anders bepaald, was, althans in Holland en Zeeland en ook in Friesland, niet algemeen aanvaard, ook later niet.³² Maar uit de stemverhouding binnen de Hoge Raad, en later bij de revisiebehandeling, blijkt dat de Voetiaanse leer veel aanhangers had en ook op een in bredere kring levende opvatting steunde, en dat het in de Hoge Raad, waar zo'n andere opvatting zich voor wat Holland en Zeeland betreft zou kunnen doorzetten bij gebreke van een wetwijziging, een dubbeltje op zijn kant was. Als codicil beschouwd konden de legaten in het eerste testament alleen gelden als ze in het latere testament bevestigd waren, bij voorbeeld door een algehele codicillaire clause, die echter hier ontbrak. Naar Romeins recht waren daarmee ook alle legaten in het eerste testament nietig, naar de opvatting van Voet zouden ze darentegen nog gelden. Er bestond in het Justiniaanse recht nog een ander testament, een voor *rustici*, boeren (*CJ.* 6,23,31,2), dat ook De Groot noemt. Volgens hem konden naast de volkomen testamenten (d.w.z. naar Romeins recht volkomen) ook onvolkomen testa-

30 Van Bleiswijk hield ook aantekeningen bij, *Observationes tumultuariæ rerum a Supremo in Hollandia senatu judicatarum quibus ut senator interfui, et quas quatenus notandas putavi*. Het zijn 153 beslissingen over de periode 1723 tot 1741, met nog notities over twee zaken uit 1745, dus aanzienlijk minder dan Van Bijkershoek. Van alle processen van Bicker noemt Van Bleiswijk één uitspraak, in een procedure tegen Johanna Hooft, gepronuntiëerd op 31 juli 1727, die echter niet bij Van Bijkershoek staat. Overigens heeft Van Bleiswijk genoteerd welke zaken bij Van Bijkershoek in de *Quæstiones Juris Privati* opgenomen zijn. Ik dank de heer Chr. Brom voor deze mededelingen.

31 Zie noot 10.

32 Dat gold ook volgens De Groot (*Inl.* II, 24,9) voor de volkomen testamenten. D.G. van der Keessel, *Theses Selectæ* (Amsterdam 1860), *ad Grot.* II,24,9 vermeldt ook dat weliswaar Voet en enkele anderen een andere mening hebben, "*sed sine idonea ratione*". J. van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek*, Amsterdam 1967 (herdruk), II,4,3, art. 3: geen mondeling of onderhands testament, alleen een notarieel verleden testament is geldig (art. 2); Wetboek voor het Koninkrijk Holland: de artt. 622, 624 en 625 verhinderden zo'n onvolkomen testament.

menten bestaan, omdat men op het land vaak ongeletterd was. Deze konden mondeling of schriftelijk ten overstaan van vijf getuigen verleden worden, of, gebruikelijker, voor twee rechters en een gerechtssecretaris, of een ambtelijk secretaris en twee getuigen; men kon deze testamenten tegelijk of vooraf aan een volkomen testament maken. De testeerbevoegdheid was beperkt, maar legaten waren vrijelijk te maken (De Groot, *Inl.* II.25.2-5). Dit zijn vermoedelijk de "*testamenta paganorum*" van Voet en Van Bleiswijk. Zulke testamenten waren niet in steden en legerplaatsen toegelaten, want daar moest het formele recht gevolgd worden (*CJ.* 6,23,31,1). Agneta de Graeff woonde in een stad en dus was haar naar de letter zo'n testament niet toegestaan. Waarschijnlijk sprak dit voor Van Bijnkershoek (en Van Bleiswijk) vanzelf. Maar zag men dit anders, dan kon dit betekenen dat bij voorbeeld het eerste testament van Agneta als onvolkomen testament beschouwd konden worden mits het aan de vereisten daarvoor voldeed. In dat geval hief het latere testament het eerdere niet op, tenzij dat uitdrukkelijk zo bepaald was (De Groot, *Inl.* II.25.9, door enkele "erreuristen" geciteerd). Dan was het dus wel mogelijk van mening te zijn, dat twee testamenten naast elkaar bestonden en dan is ook te begrijpen dat de geïnsereerde clause niet gezien werd als geldend vóór 1 maart 1725, maar als een herhaling en bevestiging van het eerdere (onvolkomen) testament en dan als vóór 7 november 1723 geldend. Voor die opvatting sprak ook de uitdrukkelijke herroeping van het legaat aan dominee Taré, die anders onnodig geweest was. In feite gaat men dan naar een systeem van een wat betreft *formele* vereisten nagenoeg volledige vrijheid, zoals het huidige duitse recht dat inzake het eigenhandige testament kent, toe.³³ In dat geval komt het zwaartepunt geheel bij de bepaling van wat de testator nu wilde te liggen, zoals Voet dat inderdaad zegt: "*suprema voluntas testatoris potior foret.*" Wellicht speelde bij de stemmen der "erreuristen" (zie Fagel en Marons) de gedachte mee, dat de familie de overledene uit eigenbelang tot een later testament had bewogen³⁴ dat door haar alleen als uitbreiding van het eerste was bedoeld, maar waarbij opzettelijk een onduidelijke formulering was gehanteerd die tot een andere conclusie kon leiden. Waarschijnlijk zag Van Bijnkershoek dat ook wel, maar bij hem en de anderen "non-erreuristen" was het kennelijk belangrijker dat de vormvereisten van het Romeinse recht ingehouden werden. Gezien de vele rechtszaken waartoe in het hedendaagse duitse recht het

33 §2247 *BGB*, waarbij voor het eigenhandige testament in feite alleen nog maar de eigenhandige ondertekening vereist is en dan nog zo, dat de testator binnen het kader van het testament kenbaar is (dus bv. "Mama" kan volstaan; maar initialen zijn desondanks niet toegestaan). Daarbij kunnen meerdere testamenten naast elkaar bestaan en moet dan vastgesteld worden, wat nu als de uiterste wil van de erflater geldt. Zelfs met verloren testamenten moet rekening gehouden worden.

34 Agneta de Graeff was al eerder gedwongen geweest enkele landgoederen, die zij geërfd had, aan haar broer af te staan: Ned. Leeuw 16, 1898, 137.

eigenhandige testament aanleiding geeft kan men zich een dergelijke bezorgheid gemakkelijk voorstellen. De uitslag – die overigens niet leidde tot een verandering in het recht³⁵ – moet voor hem zuur geweest zijn omdat nu opnieuw naar buiten toe de Hoge Raad – weer! – van mening veranderde, terwijl juist binnen de Hoge Raad zelf een meerderheid tegen de Voetiaanse leer was ontstaan. Dank echter de toevallige aanwezigheid van de pensionarissen was deze overstemd. Over deze pensionarissen oordeelde Van Bijkershoek dan ook zuurtjes dat zij "*fuisse homines, ut mihi quidem videbatur, nullius iudicii et nullius jurisprudentiae*".³⁶ Voor zijn collegae uit het Hof was hij wat milder: "*Quod non dixero de duobus, ex Curia adjunctis*." Maar dat had niet geholpen: "*Sed verum est, sententias numerari, non ponderari*."

Dit beginsel, waarover later ook Van Bijkershoek's schoonzoon Pauw klaagt, diende ertoe tot een beslissing te komen. Nadat elke raadsheer zijn advies had gegeven en een discussie had plaatsgehad, gaf ieder zijn conclusie en vervolgens werd er geteld, hoevelen de eis wilden toewijzen, hoevelen de eis wilden afwijzen. Dit kon ertoe leiden dat een eis werd toegewezen of afgewezen, waarbij de meerderheid op totaal verschillende gezichtspunten berustte. De gewoonte, vonnissen niet te motiveren, is volgens een recente publicatie in Frankrijk (waar dit in 1791 bij wet werd afgeschaft) gebaseerd geweest op het beginsel dat de justitie met één mond sprak (bij uiteenlopende motiveringen zou dat tot "concurring opinions" leiden, niet motiveren was dan wel zo gemakkelijk) en dat motiveringen een standpunt van het gerecht kwetsbaarder maakte.³⁷

Pauw heeft over het meerderheidsbeginsel ("*quod pluribus placuit, jus facit inter partes*") opgemerkt dat men in de Franse gerechten volgens de auteur van de *Lettres Persanes* (Montesquieu) weliswaar de meerderheid telde, maar dat de ervaring had geleerd dat het beter zou zijn de minderheid tot leiddraad te nemen "car il y a très peu d'esprits justes, et tout le monde convient, qu'il y

35 Zie voor de latere jurisprudentie van de Hoge Raad M.S. van Oosten, *Systematisch Compendium*, Haarlem 1962, 158-163.

36 Telders spreekt in zijn samenvatting snedig van "prullen van leden", wat als samenvatting van Van Bijkershoek terecht is maar na ons onderzoek wat al te hard door Van Bijkershoek blijkt gezegd te zijn.

37 Zie S. Dauchy, V. Demars-Sion, "La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit: principe ou usage", *RHDFE* 89, 2004, 223-239. Dit artikel gaat over de vraag, of het de Franse gerechten opgedragen was hun oordelen niet te motiveren of dat dit een gewoonte was. Het laatste was het geval. Dat men daarvan graag gebruik maakte was, zo de auteurs, omdat het de rechters veel meer beslissingsvrijheid gaf. Een motivering maakte de opvatting van het gerecht kwetsbaarder. Bovendien was de idee, dat de justitie met één mond sprak. Minderheidsopinions hoorden daar niet bij. De auteurs gaan niet in op de wijze waarop een beslissing in een Frans gerecht tot stand kwam, maar het zal niet anders geweest zijn dan in de Hoge Raad (zie de opmerking van Pauw). Bij een dergelijke wijze kan de motivering zeer moeizaam worden. Desalniettemin streefde in ieder geval Van Bijkershoek ernaar, consistentie in de oordelen van de Hoge Raad vast te houden. Zijn *Observationes* dienden ook dat doel.

en a une infinité de faux".³⁸ Kennelijk was Pauw ook niet altijd gelukkig met het resultaat.

Aanhang 1: Het andere proces over het testament van Agneta de Graeff (obs. 2416)

Gerard Bicker van Swieten procedeerde meerdere malen in de zaak van de nalatenschap van Agneta de Graeff en komt wellicht gezien zijn argumenten op het eerste gezicht als een zacht gezegd gedreven advocaat *pro domo* over. We weten niet wat voor een persoonlijkheid hij was, maar zijn gedrag wordt echter begrijpelijker als men bedenkt dat het om zeer grote sommen geld ging, de testamenten inderdaad slordig waren geredigeerd en zijn standpunten betreffende de revocatoire clause en de herroeping van een eerder door een later testament onder anderen ook door Van Bijkershoek gedeeld werden, en, minstens zo belangrijk, als men bedenkt dat hij door speculatie in de windhandel van 1720 zijn gehele vermogen verloren had en door een lening van zijn schoonmoeder enigszins op de been werd gehouden.³⁹ Nu had hij kans weer iets vermogen voor zich of zijn kinderen te verwerven. In de procedure tussen Bicker en de Diaconie van Amsterdam ging het om de interpretatie van de erfstelling in het (derde) testament van Agneta de Graeff van 1 maart 1725. In haar eerste testament had zij de armen van Amsterdam, dat wil zeggen de Diaconie, als erfgenaam ingesteld. In het derde stond: "[I]nstitueert tot haar enige en universele erfgename d'Heer Gerard, Raad deser stad; en bij sijn vooroverlijden desselfs kind of kinderen alsmede den Armen van de Christelijke Gereformeerde Duytsche Gemeente, staande ter besorging van Diaconen binnen dese stad; in alle hare vrouwe testatrices goederen, effecten en gerechtigheden." Zo was het exact geschreven en van interpuncties voorzien, schrijft Van Bijkershoek (de kritiek binnen de Raad op de notaris was algemeen). De Diaconie las dit als waren zij en Bicker elk voor de helft ingesteld, Bicker las het als ware hij ten volle als erfgenaam, en zowel zijn kind(eren) als de Diaconie elk voor de helft als substituut-erven ingesteld. De discussie ging onder meer over de interpretatie van "alsmede" en "erfgename" (was "erfgenamen" bedoeld?). Hier werd echter door de meerderheid (7 t.o. 2), waaronder ook Van Bijkershoek, de erfstelling in het

38 *Observationes Tumultuariæ Novæ*, I, Harlemi 1964, pp. 433-434: *Lettres Persanes* 2, ep. 34 f. [thans: Montesquieu, *Lettres Persanes* nr. 87].

39 *Obs.* 2507. Hier blijkt dat Van Bijkershoek (en de andere raadsheren) goed op de hoogte waren van de achtergronden van de zaak. Zo schampert in *obs.* 2416 Van Bijkershoek ook dat het raar zou zijn dat Bicker voor het volle deel als erfgenaam, zijn drie kinderen echter voor de helft als substituut erfgenaam ingesteld zouden zijn, waarbij bovendien de oudste zelf weer kinderen had en de andere twee ongehuwd waren gebleven.: dan zou "kinderen" eerder op de kleinkinderen moeten slaan. Het bedrag zelf, 48.050 gulden, was overigens niet veel als Bicker op de rente daarvan een grote staat wilde voeren. Stellig had zijn toenmalige vrouw Maria Trip eigen vermogen.

eerste testament als argument aangegrepen om aan te nemen dat zij in haar laatste testament de armen niet als substituut-erven maar als mede-erven had willen instellen (21 febr. 1728).⁴⁰ In de revisie (*obs.* 2416 *add.*, 19 nov. 1729) werden de argumenten herhaald. Nu veranderden de twee raadsheren die vóór Bicker als enig erfgenaam waren geweest hun mening. Van de zeven toegevoegde raadsheren waren zes dezelfde mening; de zevende niet, van wie Van Bijkershoek dan zegt: "*[S]eptimus improbabat, sed iis rationibus, quas nemo intelligebat; an ipse intellexerit, est cur dubitem.*"⁴¹

De dood van Agneta de Graeff leidde tot nog meer processen, door Bicker aangespannen. Zij genoot gedurende haar leven een fideïcommis van 900.000 gulden in obligaties, die na haar dood aan de kinderen van haar broer zouden vallen. Bicker probeerde te verhinderen dat hij dit fideïcommis af moest geven.⁴² Ook procedeerde Bicker tegen zijn gewezen mede-executeur testamentair Jacobus de Fremery.⁴³ Verder probeerde Bicker uit de nalatenschap van *Margaretha Trip* meer voor zijn vrouw (en dus zo voor zijn kinderen) te verkrijgen. *Margaretha* had haar dochter *Maria*, tweede echtgenote van Bicker,⁴⁴ bij testament van 13 november 1720 als medeërfgenaar voor de legitieme ingesteld, met verrekening van alles wat zij of haar man haar schuldig zou zijn, of *Maria* kon, als zij dat wilde, haar volle erfdeel, maar bezwaard met een fideïcommis, genieten, in welk geval maar de helft van de verschuldigde som te verrekenen zou zijn. Ze zou binnen zes weken moeten kiezen. Het ging om een schuld van Bicker van 48.050 gulden (hem geleend toen hij door zijn windhandel geruïneerd was). Waarschijnlijk had *Margaretha* haar testament veranderd toen zij bemerkte dat haar schoonzoon speculatief ingesteld was en haar dochter en familie op deze manier tegen haar schoonzoon willen beschermen: dergelijke testamentaire beschermingsconstructies zien we vaker gekozen bij spilzieke kinderen of schoonkinderen. Bicker meende dat er niet verrekend moest worden (ook niet bij keuze voor de legitieme) en poneerde dat het testament ongeldig was. Daardoor ging de termijn voorbij. In de Raad vond men dat hij een "ongefundeerde en opgeraapte sustenu" voor de ongeldigheid presenteerde. *Maria* kreeg alsnog de mogelijkheid te kiezen, maar koos zij de legitieme, dan moest er ten volle verrekend worden.⁴⁵ Wellicht dat Bicker in zijn

40 De zeven raadsheren waren: Van der Does, Ketelaer, De Roovere, Van der Hoop, Van Hees, Van Bleiswijk, Van Bijkershoek; de twee Schaep en De Grande.

41 Niet in de Resolutieboeken vermeld. Daarna weigerde Bicker de Diaconie afgifte van de inventaris, wat tot de in de nrs. 2471, 2523 en 2552 genoemde gevoerde procedure aanleiding gaf.

42 *Obs.* 2413 (20 febr. 1728). Bicker ontkende dat het er was en de Diaconie stelde dat Bicker het eerst aan de rechthebbende af moest staan (nr. 2671).

43 *Obs.* 2457 (31 juli 1728), 2517 (23 maart 1729).

44 *Margaretha Maria Trip*, geb. 1690, gest. 15 febr. 1732, gehuwd 15 nov. 1711 met Mr. Gerard Bicker, dochter van Mattheus en *Margaretha Trip*.

45 *Obs.* 2447 (10 juni 1728), 2507 (24 febr. 1729).

derde huwelijk financieel gelukkiger was, dat hij in 1740 met een dochter van een Raad-Extraordinair van Indië sloot.⁴⁶

Aanhang 2: De *Commentarii Juris Hollandici et Zelandici (CJHZ)* en de *Commentarius de Feudis (CF)* van Cornelis van Bijkershoek

In de bovengenoemde kwesties verwijst Van Bijkershoek dus niet naar zijn *Commentarii Juris Hollandici et Zelandici*, maar op een aantal andere plaatsen, in totaal 135, verwijst hij er wel naar, en wel om bij bepaalde kwesties betreffende het recht van Holland of Zeeland zich een uitvoerig exposé te besparen. Daarbij vermeldt hij vrijwel steeds de vindplaats in de *Commentarii*, aanvankelijk alleen naar titel, later (na obs. 1271 of 1528 uit 1716 resp. 1719) steeds volledig.⁴⁷

Na *observatio* 3310 uit 1742 (kort voor Van Bijkershoek's dood) vinden we geen vermelding meer. Het is duidelijk dat deze *Commentarii* voor hem een samenvatting van het Hollandse en Zeeuwse recht waren, zodat hij met zijn kennis van het Romeinse recht het Rooms-Hollands en -Zeeuws recht volledig kon toepassen. Dat hij al onmiddellijk in de *Observationes* ernaar verwijst, toont dat ze al vóór 1704 gereed waren.⁴⁸ Pauw, die de *Commentarii* in zijn bezit had, noemt deze éénmaal, maar hij citeert daarnaast wel *Observationes* en de *Quaestiones Juris Privati* van zijn schoonvader.⁴⁹ Zoals Meijers meedeelde, waren de *Commentarii* in 1918-1919 nog in familiebezit, zoals hij het ook nog in 1926 in het eerste deel der gepubliceerde *Observationes* zegt. Ze zijn nooit uitgegeven, wat te betreuren valt. Weliswaar zullen bepaalde stukken, al dan niet met aanvullingen uit de *Observationes*, door Van Bijkershoek in de *Quaestiones Juris Privati* uitgegeven zijn en zo een bredere werking hebben kunnen ontvouwen dan als privé-optekeningen.⁵⁰ Zo kunnen in de Boeken II en III een aantal onderwerpen hun oorsprong in de *Commentarii* hebben, aangevuld met zaken uit de *Observationes*, zoals III.4 over de *clausula reservatoria* (CJHZ 2.6.9) met in III.5 de rechtspraak van de Hoge Raad, en III.6 de *clausula derogatoria* (CJHZ 2.2.16) met in III.7 de rechtspraak van de Hoge Raad. Overigens ziet men hier het gebruik van de *Observationes*

46 Bicker huwde, ten derde male, in juni 1740 met Sebastiana Arnoldina Kien, geb. 1723 in Bergen op Zoom, dochter van Mr. Philippus Rochus Kien, geb. 2 okt. 1702, gest. Batavia 7 sept. 1743. Hij was eerst schepen in Bergen op Zoom, waarna hij naar Indië ging. Het is niet onwaarschijnlijk dat zij, zoals bv. ook de vrouw van Van Bijkershoek, bemiddeld was.

47 Misschien verloor Van Bijkershoek in de loop der tijd wat van zijn parate kennis van de *CJHZ*.

48 Zo ook Star Numan (noot 1) 65, 161.

49 Zo in *Obs. Tum. Novae* 42 (over de *clausula derogatoria*, bij Van Bijkershoek in 2.2.16), 170, 244 (over de *clausula reservatoria*, bij Van Bijkershoek in 2.6.9), 298 (over het pondgeld, bij Van Bijkershoek in 2.2.27), 383 (over het recht van reclame).

50 Van Bijkershoek zelf zegt in het voorwoord dat hij nog veel meer kwesties had willen

zoals Van Bijkershoek het waarschijnlijk van den beginne af aan ook bedoeld heeft: Eerst in chronologische volgorde noteren, in een journaal of kladboek,⁵¹ dan later thematisch geordend uitgeven.⁵² Ook de opbouw van de eerste drie boeken van de *Quaestiones Juris Privati* kan met dié van de *Commentarii* overeengekomen zijn: Eerst forum en domicilie, dan huwelijks- en huwelijksvermogensrecht, dan erfrecht en nog wat verbintenissenrecht. Maar ondanks dat de *Quaestiones Juris Privati* ons wellicht enigszins een idee geven van de *Commentarii*, zou het ook nu nog zeer interessant zijn, wat een vooraanstaand jurist als Van Bijkershoek als het eigen hollandse en zeeuwse recht zou hebben beschouwd, hoe hij het zou hebben ingedeeld en beschreven, wat zijn commentaar erop zou zijn geweest en wat hij als belangrijk voor zijn tijd beschouwde, en dit alles los van het Romeinse recht. Bij De Groot en Van Leeuwen vinden we ook inheems recht, maar het is altijd in een Romeinsrechtelijk raam. Bij de *Commentarii* is daarentegen waarschijnlijk het inheemse recht op zichzelf staand behandeld.

Uit de verwijzingen in de *Observationes* is echter wel enigermate een indruk van de inhoud der *Commentarii* te verkrijgen. Het werk bestond uit twee delen (*tomi*), waarvan het eerste deel weer uit twee delen (*partes*) bestond. De *tomi* waren elk onderverdeeld in boeken (*libri*) en deze weer in hoofdstukken (*capita*), waarvan Van Bijkershoek soms het thema (bv. *de substitutione pupilli*) noemt; binnen de hoofdstukken onderscheidt Van Bijkershoek vaak weer naar de alinea (*versicula*) waar het door hem genoemde te vinden is. De paginering der delen was doorlopend. Van deel I is als hoogste paginanummer 497 bekend, en dit waarschijnlijk in de laatste titel van deel I, van deel II als

51 behandelen maar dat zijn gezondheid dat niet meer toeliet.
Adversaria, zoals hij in zijn voorrede tot *de Quaestiones Juris Romani* (zie hierna, noot 51) en in zijn nog uit te geven Directien nrs. 23 en 24 zijn manuscript van de *Observationes* noemt.

52 De heer Chr. Brom maakte mij op het volgende opmerkzaam. Ook bij Bleiswijk in diens *Observationes Tumultuariae Rerum a Supremo in Hollandia Senatu Judicatarum*, zijn, zoals eveneens bij Pauw, de zaken zorgvuldig opgetekend: van haast is niets te bemerken, Van Bijkershoek zelf zegt dat ook niet en er is bijvoorbeeld niets in "telegramstijl" opgeschreven. Daarom is *tumultuariae* beter op te vatten als "ongeordeend", nl. nog niet thematisch geordend zoals Van Bijkershoek dat in zijn *Quaestiones Juris Privati* en, om een mooie parallel te geven, Ockers in zijn *Decisiën*, die ook op eerdere aantekeningen zijn gebaseerd, later wel deed. Daarbij is uiteraard niet uitgesloten dat bij Van Bijkershoek dit, als hij 's avonds weinig tijd had, dit tevens onder tijdsdruk geschiedde. Star Numan (noot 1) 161 citeert Van Bijkershoek die zelf zegt dat hij ze maakte als de herinnering aan de zaak nog vers was. Maar dat het vluchtig was, is het woord van Star Numan, bij Van Bijkershoek vinden we dat niet: Die zegt alleen in de opdracht van zijn *Opusculorum varii argumenti [ijn adversaria retuli, & refero quotidie, dum recens est earum rerum memoria* – ik heb (ze) in een journaal/kladboek opgeschreven, en zal het dagelijks doen, als de herinnering aan deze zaken nog levendig is (*Observationes tumultuariae*, reds. E.M. Meijers, A.S. de Blécourt, H.D.J. Bodenstein, T. I, Harlemi 1926, p. III). Het kladboek zijn *de Observationes*. De heer Chr. Brom, die ik hierbij gaarne dank zeg, zal in zijn dissertatie over het kooprecht in de *Observationes* nog uitvoerig hierop ingaan.

hoogste nummer 386 (maar hierna volgen nog minstens 14 hoofdstukken). In totaal kunnen de *Commentarii* dus ongeveer 1000 bladzijden omvat hebben.

De splitsing binnen deel I in twee delen is vermoedelijk bij de aanvang van de behandeling van de vermogensstraffen (1.4.40), binnen de behandeling van het hollandse en zeeuwse strafrecht, gelegd.

De inhoudelijke opbouw, voorzover reconstrueerbaar, was als volgt:

1.1 - 1.2: onbekend

1.3: procesrecht

1.4: strafrecht

2.1: huwelijks- en huwelijksvermogensrecht

2.2-2.2.21: erfrecht

2.2.26 - 2.6.9: diverse onderwerpen uit het verbintenissenrecht.⁵³

Van 1.3 is alleen *caput 2* bekend, dat de vraag behandelt, of een rechtspersoon of haar orgaan gedaagd moet worden. Wellicht, als we een parallelliteit in opbouw tussen de *Commentarii* en de *Quaestiones Juris Privati* mogen aannemen, behandelde Van Bijkershoek in 1 vragen van forum en domicilie binnen het kader van het procesrecht, en verder wie gedaagd moest worden.

De *capita* 1.4.1 tot in ieder geval 1.4.7 gaan over strafprocesrecht, waarbij de edicten van de Staten van Holland van 15 september 1677 [inz. relatieve competentie en medeplichtigheid (1.4.4)] en van 16 december 1678 (1.4.6), alsook de verhouding ordinaire en extraordinaire strafprocessen (1.4.7) besproken worden. Hierna volgde de straffoemeting: Dubbele verloving (1.4.11), dronkenschap als verzachtende omstandigheid (1.4.16) en verbeurdverklaring als bijkomende straf bij doodslag (1.4.16). In 1.4.18 worden der vereisten voor de tortuur besproken; in welk verband is niet duidelijk, want ook later komt dit aan de orde. Daarna volgen een aantal strafbare feiten, waarvan ons de vervalsing (1.4.19), de meineed (1.4.22), de godslastering (1.4.23), overgeleverd zijn, en dan weer de vereisten voor de tortuur (1.4.34). Wat Van Bijkershoek dan behandelde weten we niet, wellicht straffen of strafbare feiten

53 Na het erfrecht moet Van Bijkershoek dus een aantal onderwerpen uit het verbintenissenrecht behandeld hebben, die waarschijnlijk door hun fragmentarische vermelding in de lokale rechten ook een fragmentarische behandeling bij hem kregen.

met bijbehorende straffen, maar aan het vermoedelijke einde van deel I, in 1.4.40, gaat hij op de vermogensstraffen in. Hij verwijst naar aanleiding van vermogensstraffen meerdere malen naar dit onderdeel van zijn *Commentarii*, met vermelding van paginanummers, en daardoor blijkt enigszins zijn werkwijze en de omvang van zijn bijdragen. Hij noemt en bespreekt de verbeurdverklaring als bijkomende straf in het algemeen (p. 485), dan, dat deze bij zware misdrijven is toegestaan (p. 488), dan het privilege, dat de verbeurdverklaring niet als bijkomende straf mag worden opgelegd (bij adel bv. p. 497), en dat vrouwen in plaats van de lijfstraf een geldboete opgelegd wordt (p. 497).

In het tweede deel begint Van Bijkershoek met het huwelijks- en huwelijksvermogensrecht. In 2.1.1b vinden we het onderhoud van kinderen, in 2.1.3 de verloving, in 2.1.5 en 2.1.6 de formele huwelijksvereisten en trouwbeloften, in 2.1.10 huwelijkse gemeenschap en huwelijkse voorwaarden (met ook het mutuele testament, scil. als onderdeel hiervan), in 2.1.11 huwelijkse gemeenschap van winst en verlies, in 2.1.12 de joodse dos, in 2.1.13 de opheffing der huwelijkse goederengemeenschap bij scheiding en in 2.1.16 (incl. p. 165) de onderhoudsplicht voor natuurlijke kinderen.

Daarna volgt het erfrecht, dat enigszins met het recht der onroerende goederen verweven is.

In 2.2.2 de geldigheid van een testament, in 2.2.5 lijfrenten en vruchtgebruik, in 2.2.8 de bekwaamheid tot testeren, in 2.2.9 (incl. p. 297) de formele vereisten om te testeren, in 2.2.10 de pupillaire substitutie, in 2.2.11 de beperkingen op de testeervrijheid (Trellianieke portie, legitieme portie; incl. pp. 316 en 317), in 2.2.12 het fideïcommis, in 2.2.13 het legaat, in 2.2.14 het executeurschap-testamentair (incl. p. 361), in 2.2.15 het mutuele testament (incl. pp. 382 en 386), in 2.2.16 de derogatoire clause, in 2.2.17 het erfdeel van de moeder, in 2.2.19 waarschijnlijk het kerkprivilege, in 2.2.20 verhuur van onroerend goed langer dan voor tien jaar, en in 2.2.21 de aanwas bij een erfdeel.

De volgende onderwerpen liggen in het verbintenissenrecht: 2.2.26 (makelaar), 2.2.27 (faillissement, executie incl. pondgeld), 2.2.28 (naastingsrecht), 2.2.32 (procuratie), 2.2.37 (*injuriae*), 2.2.38 (*restitutio in integrum* bij *cura*), 2.2.39 (*culpa* bij *quasi-delicta*), 2.6.9 (*clausula reservatoria*).

Naast de *Commentarii* schreef Van Bijkershoek ook een *Commentarius de Feudis*, dat uit één boek, onderverdeeld in minstens 25 *capita*, bestond. Hiernaar verwijst hij 12 keer in zijn *Observationes*, Pauw 3 keer. Deze verwijzingen omvatten het volgende:

c. 7 (*obs.* 447, 1005): een goed erfleren kan voor de schulden van de erflater geëxecuteerd worden (Van Bijkershoek: *pauci sciunt distinguere inter feuda haereditaria et Longobardica*);

c. 7 (*obs. nov.* 938): en voor dié van de leenman;

c. 11 (*obs.* 1271): de vraag was of het bedrag, dat sommige lenen jaarlijks betaalden, een leendienst was of een erfpachtscanon, waarbij Van Bijkershoek dan naast naar c. 11 *Commentarius de Feudis* ook naar zijn *Commentarii c. de emphyteusi* verwijst;

c. 13 (*obs.* 1282): het leengoed wordt aanvaard onder de voorwaarden, gesteld bij de oorspronkelijk uitgifte en deze kunnen niet nadien zonder toestemming der Staten van Holland veranderd worden; *in fine*: Staten van Holland 9 december 1662;

c. 18 (*obs.* 357): de vervreemding van een achterleen kan ook zonder toestemming van de *dominus directus* geschieden;

c. 18 (*obs.* 879): bevoegdheid, om testamentair over het leengoed te beschikken (*privilegium testandi de feudis*), Edict Staten van Holland 4 mei 1655: komt dit ook rooms-katholieken toe?;

c. 20 (*obs. nov.* 709): een universeel fideïcommis omvat niet leengoederen;

c. 21 (*obs.* 2639): *privilegium testandi de feudis, clausula ut per fideicommissum licet substituere*;

c. 22 (*obs.* 2368): *privilegium testandi de feudis*: Van Bijkershoek bespreekt in c. 22 waarom men aan de noodzaak eraan kan twijfelen (*cur de eo jure dubitari potest*), maar dat het weinig zin heeft (*sed contra torrentem nisi grave est*). Maar de bij gebreke aan het privilege geïnvesteerde moet wel de legataris *de aestimatio* betalen: uitspraak van het Hof van Gelderland, besproken in c. 22 v. *Notanda praeterea*;

c. 22 (*obs.* 2919): *privilegium testandi de feudis*;

c. 25 (*obs.* 576): erfleren betekent slechts een wijze van vererven;

c. *ult* – (*obs.* 576, *obs. nov.* 617): hofwaardigheid pas na investituur; jurisdictie van leenheer over onderleen.

Tenslotte vinden we een aantal keren de *Farragines* van Van Bijkershoek genoemd, die uit twee delen bestonden, met de bijdragen genummerd:

1 nr. 154 vers. *diplomata illa* (obs. 942): *diploma cessionis* (afstand door de debiteur van zijn goederen ten behoeve van zijn crediteuren);

1 nr. 163 (obs. nov. 680) (over de vraag, of naar Romeins recht de debiteur het beheer over zijn goederen verliest);

1 nr. 244 (obs. nov. 1019): *restitutio in integrum*;

2 nr. 518 (obs. nov. 827) (Tit. 5 par. 6 Middelburgs Recht verbiedt slechts dat twee niet-burgers van hetzelfde domicilie elkaar daar laten aanhouden);

2 nr. 720 et seqq. (obs. 942): *iactura* (zeeworp);

2 nr. 734 (obs. 942): *iactura* (zeeworp);

[2] nr. 882 et seqq. (obs. 262): acceptatie van wisselbrief is in effecte een *fidejussio*;

2 nr. 979 (obs. nov. 579) (niet is verboden om overeen te komen, dat de pandcrediteur zelf het pand verkoopt);

2 p. 543 (obs. nov. 967): *lex Amstelodamensis cambialis* (Amsterdams wisselrecht);

? en ? (obs. 264): mandament van inductie hangende het proces?

Naar hun titel en de opbouw moet het inderdaad om losse aantekeningen (*farragines*: "mengelmoesjes, allegaartjes") zijn gegaan, maar waarschijnlijk was er een index aanwezig gezien het hoge aantal en het feit dat ook Pauw ze toch citeert.