

Enige opmerkingen en mededelingen over origineire en derivatieve wijzen van eigendomsverkrijging

1. Inleiding

In het goederenrecht wordt wel onderscheid gemaakt tussen origineire en derivatieve wijzen van eigendomsverkrijging.¹ Van derivatieve of afgeleide eigendomsverkrijging is sprake steeds wanneer de verkrijger zijn recht aan zijn rechtsvoorganger ontleent. Van origineire of oorspronkelijke eigendomsverkrijging is sprake wanneer de verkrijger een recht verkrijgt dat hij niet aan een ander ontleent maar dat bij hem ontstaat. Als originair worden traditioneel gekenschetst eigendomsverkrijging door zaaksvorming, natrekking, vermenging, toeëigening (*occupatio*) en verkrijgende verjaring (*usucapio*). Als derivatief gelden eigendomsverkrijging door overdracht of erfopvolging. Het is van belang te weten op welke wijze iemand de eigendom heeft verkregen om te bepalen ‘in welke omvang’ de verkrijger zijn recht heeft verkregen. In het geval van een derivatieve verkrijging is de verkrijger in beginsel² gebonden aan door de vervreemder gevestigde beperkte rechten. Verkoopt A bijvoorbeeld een door hem aan B in pand gegeven zaak aan C dan verkrijgt C een verpande zaak. De origineire verkrijger heeft in beginsel juist niets met de ‘juridische voorgeschiedenis’³ van de zaak te maken. Hij verkrijgt een nieuw, onbezwaard eigendomsrecht.⁴

2. Kritiek

Recent heeft De Jong dit op het oog eenvoudige systeem onder vuur genomen in zijn proefschrift.⁵ Waaruit bestaan nu zijn bezwaren tegen de traditionele onderverdeling? De Jong komt tot de conclusie dat bij ten minste één traditioneel als originair gekenmerkte wijze van eigendomsverkrijging, toeëigening (*occupatio*), de nieuwe eigenaar wel degelijk geconfronteerd kan worden met een beperkt gerechtigde die zijn recht aan een eerdere

¹ Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, nr. 244 e.v., Asser, *Algemeen Goederenrecht*, nr. 192, Pitlo-Reehuis, *Goederenrecht*, 11^e druk, nr. 94 e.v.

² Behoudens gevallen van derdenbescherming. Die blijven hier onbesproken.

³ Snijders/Rank-Berenschot, a.w. nr. 244.

⁴ Vgl. de volgende beschrijvingen: Pitlo-Reehuis, a.w., nr 96 ‘Bij een origineire verkrijging van een goed speelt het zojuist beschrevene geen rol. Men begint immers met een nieuw recht, vrij van plichten en lasten door eventuele voorgangers daarop gelegd, maar ook zonder de rechten en de bevoegdheden door eventuele voorgangers in verband met het goed bedongen.’ Asser, a.w., nr 192 ‘In het geval van origineire verkrijging wordt een geheel nieuw recht verkregen dat niet is onderworpen aan beperkingen die door een vorige rechthebbende zijn aangebracht. Bij derivatieve verkrijging gaat het recht op de verkrijger over in de omvang waarin het bij de vorige rechthebbende berustte.’

⁵ T.F. de Jong, *‘De structuur van het goederenrecht. Over de afschaffing van het begrip onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem (diss.)*, 2006.

eigenaar ontleent. Want wat gebeurt er nu precies wanneer eigenaar A afstand doet van een door hem aan B stil verpande fiets en C de fiets op een later tijdstip occupeerft?

‘De eenvoudigste oplossing –en door haar eenvoud ook de beste- is om in de lijn van de eerder behandelde gevallen, ook hier consequent aan te nemen dat het stille pandrecht een recht is op de zaak als stoffelijk object zelf. In die zienswijze kan verlies van het eigendomsrecht door de eigenaar (of het tenietgaan van het eigendomsrecht, zo men wil) de pandhouder niet echt deren. Zijn band met de zaak in de vorm van het absoluut werkende stille pandrecht wordt daardoor niet geslaakt.’⁶

Wanneer dus A in zijn betalingsverplichting jegens B tekortschiet en B de fiets op weet te sporen dan kan hij de fiets als pandhouder van C opeisen en deze executeren. C heeft zo gezien dus wel degelijk met de juridische voorgeschiedenis van de zaak te maken.⁷ Het maakt hierbij niet uit of C wist dat A de fiets aan B verpandde of niet. De goede trouw of kwade trouw van C speelt geen rol bij eigendomsverkrijging door toeëigening. Bij een andere originaire eigendomsverkrijging, de verkrijgende verjaring, speelt de goede trouw wel een rol. Zou C nu een verjaring beginnen? De Jong stelt zich inderdaad op het standpunt dat C wanneer hij niet op de hoogte was van B’s pandrecht door de verkrijgende verjaring te voltooien niet langer eigenaar van een verpande fiets is maar onbezwaard eigenaar van de fiets wordt. Dit alles is geheel in overeenstemming met de Toelichting Meijers waar over dergelijke gevallen het volgende wordt opgemerkt:

‘In het ontwerp wordt niet in bijzonderheden behandeld, wat het gevolg is wanneer op het door verjaring of door toepassing van het onderhavige artikel verkregen goed beperkte rechten rusten. De algemene, aan de regeling der verjaring ten grondslag liggende beginselen, geven voor de verschillende gevallen, duidelijk de oplossing aan; het onbezwaard zijn kan als een afzonderlijk goed worden verkregen. Heeft derhalve de verkrijger het goed bezeten met eerbiediging dezer beperkte rechten, dan blijven deze rechten ondanks zijn verkrijging van het goed voortbestaan. Heeft de verkrijger daarentegen deze rechten niet gekend en berust zijn verkrijging op art. 3.4.3.1 (het huidige 3:99) dan verkrijgt de bezitter het goed onbezwaard, wanneer de beperkt gerechtigde tijdens de loop der verjaring geen daad van stuiting heeft verricht.’⁸
[toevoeging JEJ]

Duidelijk komt uit het bovenstaande naar voren dat voor zowel eigendomsverkrijging door toeëigening als door verkrijgende verjaring geldt dat de verkrijger wel degelijk geconfronteerd kan worden met rechten die door een voorganger werden gevestigd. Waar dit bij eigendomsverkrijging door verkrijgende verjaring er nog van afhankelijk is of de

⁶ De Jong, a.w., p. 87-88.

⁷ Vgl. ook de opmerkingen van Zwalm in zijn recent verschenen ‘*Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd.*’, Leiden 2006, p. 209, noot 15.

⁸ TM, Parlementaire Geschiedenis 3, p. 417.

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

bezitter te goeder of te kwader trouw is ten aanzien van het beperkte recht, geldt bij eigendomsverkrijging door toeëigening steeds dat de eigendomsverkrijging eventuele rechten van derden onverlet laat. Heeft het onderscheid in derivatieve en originele wijzen van eigendomsverkrijging dus zijn langste tijd gehad? De Jong komt inderdaad tot een dergelijke conclusie:

‘Bij veel schrijvers kunnen we de neiging ontwaren om eerst een verkrijging als derivatief of originair te bestempelen, om vervolgens uit die kwalificatie allerlei rechtsgevolgen af te leiden. Een bepaalde verkrijging wordt geoordeeld als originair en daardoor zou er dan sprake moeten zijn van een verkrijging vrij van alle lasten en beperkingen. Daaraan zou ik willen tegenwerpen dat het begrippenpaar derivatief-originair slechts een leerstellig kwalificerend onderscheid is zonder rechtsgevolgen.’⁹

‘Voor zover ik vanuit het perspectief van mijn betoog kan overzien, is het onderscheid voor de huidige dogmatiek (én voor de praktijk, voorzover men de noden van de praktijk van de noden van de dogmatiek zou willen onderscheiden) overbodig.’¹⁰

Ik wil in dit opstel onderzoeken of het traditionele onderscheid in originele en derivatieve wijzen van eigendomsverkrijging¹¹ inderdaad voor zowel de praktijk als de dogmatiek zonder waarde en dus overbodig is. Ik zal hiertoe nagaan wat precies de gevolgen waren van eigendomsverkrijging door *occupatio* en *usucapio* naar Romeins recht en naar aanleiding van de gevonden resultaten bekijken hoe de Pandektisten het verschil tussen derivatieve en originele wijzen van eigendomsverkrijging precies definieerden. Het lijkt op het eerste gezicht wellicht wat vreemd om te bekijken of eigendomsverkrijging door *usucapio* en *occupatio* naar Romeins recht in onze definitie¹² als originair of derivatief moet worden beschouwd. De Romeinen kenden immers dit onderscheid niet. De oorsprong van het onderscheid moet niet in het Romeinse recht, maar in het natuurrecht worden gezocht. Het is waarschijnlijk Hugo de Groot geweest die voor het eerst de termen derivatief en originair gebruikte.¹³ Sinds de 17^e eeuw is het onderscheid gemeengoed

⁹ De Jong, a.w., p. 92. Voor drie originele wijzen van eigendomsverkrijging zijn dergelijke bezwaren al door Wichers geuit in de eerste stelling bij haar proefschrift ‘*Natrekking, vermenging en zaaksvorming*,’ Deventer 2002: De vraag naar de gevolgen van natrekking, vermenging en zaaksvorming voor de rechten op de oorspronkelijke zaken dient aan de hand van de aan deze rechtsfiguren ten grondslag liggende beginselen te worden opgelost en niet aan de hand van een leerstellig onderscheid tussen een originele en derivatieve verkrijging. De kwalificatie van een verkrijging als een originele verheldert weinig.

¹⁰ De Jong, a.w., p. 93 noot 161.

¹¹ Ik bedoel hiermee het onderscheid zoals het in de goederenrechtelijke handboeken wordt gedefinieerd, zie hierboven nr 1, noot 4.

¹² Om misverstanden te voorkomen: zie de vorige voetnoot.

¹³ De titels van de verschillende paragrafen in zijn ‘*De iure belli ac pacis*’, 1625, herdruk Den Haag 1948 zijn zeer duidelijk. De titel van paragraaf II.3 luidt ‘*De acquisitine originaria, ubi de mari et fluminibus*.’ De titel van II.6 luidt: ‘*De acquisitione derivativa facto hominis, ubi de alienatione imperii, et rerum imperii*.’

geworden.¹⁴ Ook de Pandektisten kenden het dus. Omdat de Pandektisten het Romeinse recht bestudeerden is het interessant te bekijken hoe zij bepaalden wanneer nu de eigendom originair en wanneer deze derivatief verkregen werd. Wellicht namelijk bieden de Pandektisten gezichtspunten die ook voor het hedendaagse recht het inzicht in het onderscheid tussen derivatieve en originele wijzen van eigendomsverkrijging kunnen aanscherpen.

3. Romeins recht

3.1. *Occupatio en de beperkt gerechtigde*

De vraag of de beperkt gerechtigde zijn recht ook tegen de occupant¹⁵ van de gederelinquende zaak kan tegenwerpen wordt in de Romeinsrechtelijke teksten niet uitvoerig besproken. De Oostenrijkse Pandektist Czychlarz besteedt in zijn bewerking van Glück's '*Ausführliche Erläuterungen*' wel vrij uitgebreid aandacht aan deze vraag. Volgens Czychlarz¹⁶ kan de eigenaar de belangen van de beperkt gerechtigde niet schaden door van de bezwaarde zaak afstand te doen. Hoe nu komt Czychlarz tot deze conclusie? Hij baseert het door hem ingenomen standpunt op twee teksten die hetzelfde geval bespreken:

Dositheus 11. Een bloot eigenaar kan een slaaf, waarvan het vruchtgebruik aan een ander toekomt, niet door oplegging van de staf vrijlaten; het vruchtgebruik staat daaraan in de weg. En als hij hem door oplegging van de staf vrijlaat, maakt hij hem tot slaaf zonder meester, maar na het einde van het vruchtgebruik tot Latijn.¹⁷

Ulpianus I 19. Een slaaf op wie de één een recht van vruchtgebruik, een ander een recht van eigendom heeft, wordt in geval van vrijlating door de eigenaar niet vrij, maar is slaaf zonder eigenaar.¹⁸

Czychlarz merkt over deze twee teksten het volgende op:¹⁹

¹⁴ Coing, '*Europaisches privatrecht 1500 bis 1800, Band I, Alteres gemeines recht*', München 1985, p. 300.

¹⁵ Van Dale's Woordenboek der Nederlandse taal, 14e herziene druk, Utrecht-Antwerpen, 2005, gaat mijns inziens ten onrechte uit van een andere spelling, namelijk occupent.

¹⁶ Glück, Christian Friedrich von: *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* Band Ser. d. Bücher 41/42,1, voortgezet door Czychlarz, Erlangen 1887, p. 129 en 130.

¹⁷ *Proprietarius eum servum, cuius usus [et] fructus ad alium pertinet, non potest [ex] vindicta manumittere, obstante usufructu; et si manumiserit eum [ex] vindicta, faciet servum sine domino, sed Latinum <finito usufructu>*. Ik gebruikte de vertaling van Spuit en Bongenaar, zie: *Het erfdeel van de klassieke Romeinse juristen*, deel 3, p. 150 en 151.

¹⁸ *Servus in quo alterius est usufructus, alterius proprietatis, a proprietatis domino manumissus liber non sit, sed servus sine domino est*. Voor de vertaling, Spruit-Bongenaar, a.w., p. 14 en 15.

¹⁹ Czychlarz, a.w. p. 129 en 130.

‘Schliesst nun der Ususfructus zwar die Freiheit, nicht aber die Herrenlosigkeit aus, so liegt darin wohl ein sicherer Beweis dafür, dass ein Fortbestand mit der Herrenlosigkeit vereinbar ist. Da nun dieser Fortbestand auf eine Eigenthümlichkeit des Sklavenrechtes nicht zurückgeführt werden kann, so muss er in gleicher Weise auch bei der Dereliction anderer Sachen angenommen werden. Da er ferner auch nicht in der besonderen Natur des Ususfructus gegründet ist, sondern vielmehr eine Folge des Gedankens ist, dass durch Rechtsakte des Eigenthümers die Sachenrechte Dritter nicht gefährdet werden können, so muss das, was vom Ususfructus gilt, auch von allen anderen Rechten an fremder Sache behauptet werden. Wer immer daher die derelinquirte Sache später erwirbt, erwirbt sie cum suo onere, muss die Passivservitut, das Pfandrecht u.s.w. sich gelten lassen.’

Czyhlarz stelt zich dus op het standpunt dat de teksten niet alleen met betrekking tot in vruchtgebruik gegeven slaven hebben te gelden, maar voor alle zaken en alle beperkte rechten.²⁰ Uit de tekst volgt immers volgens Czyhlarz de algemeen geldende regel dat een eigenaar de beperkt gerechtigde niet door rechtshandelingen kan benadelen.²¹ Doet A dus van zijn aan B verpande kostbare vaas afstand dan heeft dit slechts gevolgen voor de eigendom van de vaas, maar niet voor het pandrecht op de vaas. Door de *derelictio* raakt A de eigendom van de zaak kwijt en wordt de zaak in die zin dus een *res nullius*. Het is echter niet zo dat er vanaf dat ogenblik niemand meer enig recht op de vaas kan laten gelden, want B's pandrecht blijft op de zaak rusten. Wanneer C dus de vaas op een later tijdstip occupeert verkrijgt hij de vaas *cum suo onere*, dat wil zeggen belast met het pandrecht ten behoeve van B. C's goede of kwade trouw ten aanzien van het pandrecht van B spelen hierbij geen enkele rol. A's *derelictio* heeft immers geen gevolgen voor het voortbestaan van het pandrecht. C verkrijgt dus per definitie een verpande zaak of hij nu wist van het pandrecht of niet. Schiet A vervolgens in zijn betalingsverplichting jegens B tekort dan zal B de vaas als pandhouder van C kunnen opeisen om de vaas in het openbaar te verkopen. Zou eigenaar C nu net als naar Nederlands recht de onbezwaarde eigendom van de vaas door *usucapio* (verkrijgende verjaring)alsnog kunnen verkrijgen?

3.2. *Usucapio* en de beperkt gerechtigde

De vraag wat nu precies de gevolgen zijn van eigendomsverkrijging door verkrijgende

²⁰ Waarschijnlijk heeft Justinianus de regels op dit gebied enigszins aangepast. Volgens C.7,15,1 wordt de in vruchtgebruik gegeven slaaf die door de eigenaar vrijgelaten wordt wel degelijk vrij burger maar blijft hij ten opzichte van de vruchtgebruiker in quasi-slavernij. Hoe dit ook zij, zowel in de hierboven weergegeven teksten als in de Codextekst blijft ondanks de vrijlating het recht van vruchtgebruik bestaan. Volgens Dernburg, *Lehrbuch der Pandekten, erster Theil, Allgemeiner und Sachenrecht*, Berlin, 1896, p. 573 noot 13, berust de Justiniaanse regel op 'Utilität'.

²¹ Uiteraard kan de eigenaar de beperkt gerechtigde wel door feitelijk handelen benadelen. Wanneer de pandgever bijvoorbeeld de verpande vaas aan diggelen slaat zal hiermee ook een einde komen aan het pandrecht op de vaas.

verjaring wordt uitgebreid door de Pandektist Brinz²² besproken. Brinz stelt zich op het standpunt dat eigendomsverkrijging door verjaring de eventueel op de zaak rustende servituten of zekerheidsrechten onverlet laat. Brinz verwijst naar een lange rij Digestenteksten. Allereerst verwijst hij naar D.41,1,20,1, waarin de gevolgen van eigendomsoverdracht voor een zakelijk recht worden geschetst.

Steeds wanneer echter de eigendom wordt overgedragen, wordt deze op de verkrijger zo overgedragen als deze was bij degene die het bezit verschaft. Als op een perceel een erfdienstbaarheid rustte, gaat dit over met de erfdienstbaarheden; als het onbelast was, dan in de toestand waarin het verkeerde. En als er erfdienstbaarheden mochten bestaan ten behoeve van het perceel grond waarvan het bezit is overgedragen, dan wordt dit overgedragen met het recht van de daaraan verschuldigde erfdienstbaarheden. Als iemand heeft verklaard dat het perceel grond onbelast was, terwijl hij een perceel leverde dat wel met een erfdienstbaarheid belast was, doet hij op geen enkele wijze afbreuk aan het recht van erfdienstbaarheid; wel verbindt hij zich en zal hij moeten instaan voor wat hij verklaard heeft.²³

Nu zou beweerd kunnen worden dat deze tekst geen enkele waarde heeft voor de verkrijging door de usucapiënt omdat deze zijn zaak nu juist niet krijgt overgedragen en dus ook niets met de bezwaren door de vorige eigenaar te maken heeft. Uit de beroemde constitutie C.2,3,20 lijkt echter te kunnen worden geconcludeerd dat ook eigendomsverkrijging door verjaring een eigendomsoverdracht is:

Door levering en verjaring, niet door enkele overeenkomst wordt de eigendom van zaken *overgedragen*. [curs. JEJ]²⁴

De volgende Digestentekst ondersteunt het standpunt dat eigendomsverkrijging door verjaring als een eigendomsoverdracht moet worden beschouwd:

D.50,16,28 Het woord vervreemding omvat ook de verkrijgende verjaring.²⁵

Naast deze teksten die enigszins indirect lijken te bewijzen dat eigendomsverkrijging door *usucapio* de rechten van derden onverlet laat wijst Brinz op meer teksten. De volgende twee fragmenten die hij noemt behandelen een zelfde casus. Ik bespreek ze daarom

²² Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 2e uitgave, Erlangen 1873, Erster Band, p. 245, 563, 595.

²³ *Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus est, cum iure servitutium debeat transferri. si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil iuri servitutis fundi detrahit, verumtamen obligat se debeatque praestare quod dixit.* De Nederlandse vertaling van deze en de volgende Digestenteksten ontleen ik aan de vertaling van Spruit c.s.

²⁴ *Traditionibus et usucapionibus, non nudum pactum dominium transferuntur.*

²⁵ *'Alienationis' verbum etiam usucapionem continent.* Zie ook nog C.5,23,1.

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

gezaamenlijk.

D.41,5,2 Wie ter veiligstelling van legaten in het (voorlopige) bezit is gesteld, onderbreekt het bezit van degene die bezig is als erfgenaam door verjaring te verkrijgen niet: eerstgenoemde heeft immers de zaak slechts ter wille van bewaking onder zich. Wat is hier derhalve het geval? Ook na de voltooiing van de verjaring zal hij zijn recht van pand behouden, in dier voege dat hij daarvan geen afstand behoeft te doen dan wanneer hem het legaat is uitgekeerd of te dier zake onder borgstelling zekerheid is gesteld.²⁶

D.41,4,12 Wanneer de legataris in het voorlopige bezit is gesteld kunnen die zaken als koper door verjaring verkregen worden; wel blijft het praetorische pandrecht bestaan.²⁷

Deze tekst beantwoordt mijns inziens de vraag welke gevolgen eigendomsverkrijging door de usucapiënt voor een beperkt gerechtigde heeft niet. Waar gaan de teksten over? De teksten bespreken een geval waarin erfgenaam A gelegateerde zaken ter veiligstelling van die legaten aan de legataris B af moet staan. A blijft in die gevallen verjaringsbezitter, de praetor beschermt B als pandhouder, B is dus praetorisch pandhouder. Voltooit nu A de verjaring dan behoudt B zijn praetorisch pandrecht. Dit nu lijkt mij niet meer dan logisch gezien het feit dat het pandrecht tot stand is gekomen tijdens de verjaring. Het pandrecht is dus tot stand gekomen – zij het onder rechterlijke dwang – tussen A en B. Als verjaringsbezitter A op een later tijdstip eigenaar van de zaak wordt zal het pandrecht worden geconvalideerd. De gevolgen van eigendomsverkrijging door een usucapiënt voor beperkt gerechtigden die hun recht ontleen aan een voorganger van de usucapiënt worden in de teksten niet besproken. Sterker: zou het feit dat het voortbestaan van het pandrecht hier aan de orde komt er geen aanwijzing voor zijn dat in dergelijke gevallen de beperkte rechten wel vervallen?

De volgende tekst waarnaar Brinz verwijst is D.8,6,12:

Iemand die te goeder trouw grond die aan een derde toebehoorde gekocht heeft, heeft gebruik gemaakt van het voetpad dat aan die grond verschuldigd is. Het recht van voetpad blijft dan behouden. Hetzelfde geldt indien hij een perceel ter bedde bezit of nadat de eigenaar met geweld is verdreven. Een perceel grond, hoe ook de rechtstoestand er van is, verliest zijn erfdienstbaarheid niet, wanneer het in zijn gebruikelijke staat wordt bezeten. En het doet er niet toe of degene die het perceel in die toestand bezit, het met of zonder recht bezit. Daarom blijft ook als het water

²⁶ *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem eius, qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.*

²⁷ *Misso legatario in possessionem res pro emptore usucapiuntur salva praetorii pignoris causa.*

vanzelf door het kanaal vloeit, het recht van waterleiding eens te meer bestaan. Dit is terecht ook de mening van Sabinus, zoals geschreven staat bij Neratius in het vierde boek van zijn Notities.²⁸

Ook uit deze tekst valt mijns inziens niet op te maken dat eigendomsverkrijging door een usucapiënt voor de beperkt gerechtigde geen gevolgen heeft. De tekst bespreekt slechts het volgende: Wanneer verjaringsbezitter B steeds gebruik heeft gemaakt van een voetpad dat aan het door hem bezeten erf verschuldigd was, doet zijn uiteindelijke eigendomsverkrijging dit recht van voetpad niet teniet gaan. De erfdiensbaarheid is dan immers niet door *non-usus* tenietgegaan. Of de *eigendom* van het heersende erf op derivatieve dan wel originele wijze wordt verkregen wordt is op het voortbestaan van de *erfdienstbaarheid* zonder invloed.²⁹

Verder wijst Brinz nog op D.20,1,2:

Bij de inpandgeving van een stuk grond is uitdrukkelijk overeengekomen dat ook de vruchten onder het pandrecht zouden vallen. Een koper te goeder trouw kan dan niet met een analoge Serviaanse actie gedwongen worden die vruchten af te geven als zij verbruikt zijn. Wel is het heersende leer dat het pandrecht door verjaring niet wegvalt, aangezien de kwestie van de pandverhouding losstaat van de aanspraak op de eigendom; maar bij de vruchten, die nooit aan de schuldenaar hebben toebehoord, ligt dit anders.³⁰

Op het eerste gezicht lijkt deze tekst de vraag welke gevolgen eigendomsverkrijging door een usucapiënt voor beperkt gerechtigden heeft duidelijk te beantwoorden. Het is immers volgens de tekst heersende leer dat het pandrecht door verjaring niet wegvalt. Bij een nadere beschouwing blijkt een en ander ingewikkelder in elkaar te zitten. Wat is hier nu precies het geval? Eigenaar A heeft een stuk grond aan B verpand. A en B komen overeen dat de vruchten, bijvoorbeeld de appels van de boomgaard, ook onder het pandrecht zullen vallen. Komt B nu tegenover verjaringsbezitter C te staan dan kan B C niet dwingen de

²⁸ *Qui fundum alienum bona fide emit, itinere quod ei fundo debetur usus est: retinetur id ius itineris: atque etiam si precario aut vi deiecto domino possidet: fundus enim qualiter se habens ita, cum in suo habitu possessus est, ius non deperit, neque refert, iuste nec ne possideat, qui talem eum possidet. quare fortius et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur, quod et sabino recte placet, ut apud neratium libro quarto membranarum scriptum est.*

²⁹ Zie, Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^e druk bewerkt door Kipp, par. 175 noot 4 en Czyhlarz, a.w., p. 26, 'Ebensowenig kann mann sich endlich darauf berufen dass die mit der Sache verknüpften Aktivservituten gleichfalls dem zustehen der das Eigenthum der Sache durch Usucapion erworben hat; denn diese Servituten sind ja nicht zubehördes Eigenthums des A, sind nicht mit diesem Eigenthum verknüpft sondern sind des Grundstücks wegen vorhanden.'

³⁰ *Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. eos consumptos bona fide emptor utili serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt.*

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

vruchten af te staan. Volgens de Digestentekst is A namelijk nooit eigenaar van de appels geweest. We moeten er dus vanuit gaan dat de appels op het ogenblik van het vestigen van het pandrecht nog niet geplukt waren, A is dan immers nooit eigenaar van de appels *als afzonderlijke zaken* geweest en heeft ze dus ook nooit met een pandrecht kunnen bezwaren. Zou A dan wel eigenaar van de grond zijn geweest? Het lijkt mij waarschijnlijk dat A wel eigenaar van de grond was, juist omdat in de Digestentekst voor de vruchten het tegenovergestelde wordt beweerd. De vraag is dan waarom C die de grond van een eigenaar verkreeg verjaringsbezitter en geen eigenaar werd. A en C zullen de voor de eigendomsoverdracht van een stuk grond in Italië verplichte *mancipatio* achterwege hebben gelaten en het bij bezitsverschaffing hebben gehouden.³¹ Uiteraard bewerkstelligde eenvoudige bezitsverschaffing naar civiel recht geen eigendomsoverdracht. Naar praetorisch recht werden aan de bezitsverschaffing wel rechtsgevolgen gegeven. Gaius vertelt ons welke:

Gaius, 2,40-41. Nu volgt, dat wij erop wijzen, dat bij de *peregrini* namelijk één soort eigendom bestaat; want men is eigenaar of wordt niet als eigenaar beschouwd. Ook het Romeinse volk paste oudtijds dit recht toe; want een ieder was of krachtens civiel recht eigenaar of werd niet als eigenaar beschouwd. Doch later onderging de eigendom een verdeling, zodat de een krachtens civiel recht eigenaar kan zijn, de ander de zaak in praetorische eigendom kan hebben. Want, wanneer ik een *res Mancipi* niet aan u zal hebben gemancipeerd en evenmin door *in iure cessio* zal hebben overgedragen, doch slechts zal hebben geleverd, wordt die zaak namelijk uw praetorisch eigendom, krachtens civiel recht zal zij daarentegen mijn eigendom blijven totdat u haar door bezit *usucapieert*; want nadat eenmaal de *usucapio* is voltooid, wordt de zaak evenzo met het volste recht van u, dat wil zeggen zowel uw praetorisch als uw civiel eigendom, alsof zij was gemancipeerd of door *in iure cessio* was overgedragen.³²

C kon dus door *usucapio* alsnog eigenaar van het stuk grond worden. De praetor heeft zo de *usucapio* een geheel nieuwe toepassing gegeven. Waar de *usucapio* er voorheen slechts toe diende de verkrijger onder bepaalde omstandigheden te beschermen tegen beschikkingsonbevoegdheid van zijn voorman werd het nu mogelijk dat de *usucapio* een gebrek in de leveringswijze heelde. Deze nieuwe vorm van verjaring wordt wel *usucapio a*

³¹ Zie bijvoorbeeld, Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie* (diss.) Leiden 1998, p. 17 e.v.

³² *Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipauero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata uel in iure cessa esset.*

domino genoemd. Welk rechtsgevolg zou nu eigendomsverkrijging door de *usucapiënt a domino* hebben? Gaius vertelt ons dat de verkrijger in de positie komt alsof hem de zaak was gemancipeerd. Toegepast op onze casus houdt dit het volgende in: A verpandte hem in eigendom toebehorende appelboomgaard (*res Mancipi*) aan B. Vervolgens verkoopt A de zaak aan C aan wie hij het bezit van de zaak verschaft. Na drie jaar zal C naast de praetorische ook de civiele eigendom van de boomgaard verkrijgen. De boomgaard wordt dan met het volste recht van C, alsof de zaak hem destijds was gemancipeerd. Dit betekent dat door A gevestigde zekerheidsrechten ook C gelden. C komt immers in de positie alsof de zaak hem gemancipeerd was. De eigendomsverkrijging door de *usucapiënt a domino* dient dus als een eigendomsoverdracht te worden beschouwd. Zou nu ook de eigendomsverkrijging door de *usucapiënt a non domino* in moderne termen gesteld derivatief zijn?

De glosse op D.20,1,2 lijkt deze vraag bevestigend te beantwoorden. In deze glosse wordt vrij uitgebreid aandacht besteed aan een geheel andere casus dan degene die de hierboven weergegeven Digestentekst bespreekt. Waar de Digestentekst mijns inziens een geval van *usucapio a domino* beschrijft wordt in de Glosse aandacht aan de volgende casus besteed:

Eigenaar A verpandte een vaas tot zekerheid van een schuld aan B. Op een later tijdstip verkrijgt D, die de vaas van C heeft gekocht, de eigendom van de vaas door de verjaring te voltooien.

Het gaat hier dus niet om een geval van *usucapio a domino*, maar om een geval van *usucapio a non domino*. Uit de glosse blijkt dat de pandhouder (B) ondanks de voltooiing van de *usucapio* door D zijn pandrecht uit kan oefenen. Kennelijk laat dus de eigendomsverkrijging door D eventuele beperkte rechten onverlet. Duidelijk wordt dit gesteld in de glosse op *nec usucapione*:

Niet door *usucapio*. De driejarige, anders is het voor de tienjarige, twintigjarige of dertigjarige. Maar wat is de ratio (van dit verschil)? In geval van *praescriptio* is er meer tijd (verstreken) en daarom meer nalatigheid. In dit geval minder. Bovendien is de ratio een andere: omdat het in geval van *usucapio* de eigendom betreft, die niets gemeen heeft met een pandrecht, maar in het geval van *praescriptio* is het zo: omdat het hierbij over een exceptie gaat.³³

Beperkte rechten kunnen dus alleen beïnvloed worden wanneer de *praescriptio longi temporis* wordt voltooid, eigendomsverkrijging door *usucapio* is op beperkte rechten zonder invloed. De Romeinen zagen dus het voltooien van de *usucapio* als een wijze van

³³ *Nec usucapione: triennii, secus in decennio, vel vicennio, vel tricennio. Sed quae est ratio? Resp. in praescriptione est maius tempus: & ideo maior negligentia, hic minor. Praeterea est alia ratio: quia cum usucapione de domino tractet, nil commune habet cum iure pignoris, sed praescriptio sic: quia de exceptione ibi agitur.*

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

eigendomsverkrijging die los stond van eventuele beperkte rechten die op de aldus in eigendom verkregen zaak rustten. Deze zienswijze komt ook tot uitdrukking in de laatste Digestentekst waar Brinz naar verwijst, D.41,3,44,5:

De verjaring die ‘als koper’ of ‘als erfgenaam’ intreedt verandert er niets aan dat de actie ter opvordering van de (*verpande*) zaak behouden blijft. Net zoals immers een vruchtgebruik niet door verjaring verkregen kan worden, zo wordt ook opvordering van de (*verpande*) zaak, *waarvoor geen enkele band van gemeenschap met eigendom bestaat*, maar die alleen door een overeenkomst tot stand wordt gebracht, niet te niet gedaan doordat de (*verpande*) zaak door verjaring verkregen wordt.³⁴ [curs. JEJ]

Wanneer dus A een hem toebehorende zaak aan B heeft verpand blijft B pandhouder ook wanneer D, die de zaak van de beschikkingsonbevoegde C kocht, de *usucapio* had voltooid. Het voltooiën van de *usucapio* dient immers volledig los te worden gezien van het pandrecht. De glosse op *non mutat usucapio* stelt dit buiten twijfel:

Aanvaard dit strikt voor de driejarige. Anders is het voor de *praescriptio*. Er is verschil tussen de *usucapio* en de *praescriptio*. Door de verkrijgende verjaring van de eigendom wordt de actie van de vruchtgebruiker niet verkregen en als de zaak door *usucapio* van de eigendom is verkregen blijven de acties van de vruchtgebruiker en de zekerheidsgerechtigde bestaan.³⁵

Uit de hierboven besproken Digestenteksten blijkt dat voltooiing van de *usucapio* de zakelijke rechten van derden onverlet laat.³⁶ Alleen wanneer de bezitter een beroep kon doen op de *praescriptio* kon hij zich verweren tegen de actie van een zakelijk gerechtigde. In welke gevallen nu kon hij een beroep op die *praescriptio* doen?

3.3. *Praescriptio longi temporis* en het eigendomsrecht

De *praescriptio longi temporis*³⁷ was oorspronkelijk een rechtsmiddel waaraan behoefte

³⁴ *Non mutat usucapio superveniens pro emptore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit: ut enim usus fructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conventionione constituitur, usucapione rei non perimitur.*

³⁵ *Non mutat usucapio: stricte pro triennio accipe. Secus est in praescriptione. Differentia usucapionis & praescriptionis longi temporis. Usucapione proprietatis non usucapitur ususfructus & sic usucapta proprietate durat usufructus et hypothecaria.*

³⁶ Naast deze plaatsen valt nog te wijzen op C.8,14,7 *Usucapio pignoris conventio non extinguit*. Op het eerste oog lijkt deze tekst slechts te zeggen dat de aansprakelijkheid uit de pandovereenkomst niet eindigt wanneer een derde de *usucapio* van de verpande zaak voltooit. Uit de glosse op de tekst blijkt echter duidelijk dat de *usucapio* het pandrecht onverlet laat en dat dit anders ligt voor de *praescriptio longi temporis*.

³⁷ Zie hierover bijvoorbeeld, Van Oven, *Leerboek Romeinsch Privaatrecht*, Leiden, 3^e druk, p. 87 e.v., en W.J. Zwalve, Tekst en Uitleg IV, in *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000, p. 87 e.v en Amelotti, *La prescrizione delle azione in diritto romano*, Milano 1958, passim.

bestond omdat de *usucapio* alleen op grond in Italië, *fundi Italici*, van toepassing was. Omdat grond buiten Italië niet door verkrijgende verjaring kon worden verkregen was het in sommige gevallen erg lastig om te bewijzen eigenaar van de grond te zijn. Keizer Caracalla is er daarom in 199 na Christus toe overgegaan degene die een stuk grond al lang in gebruik had een verweermiddel te geven tegen de *rei vindicatio*. Dit verweer diende hij aan het begin van de *formula* op te schrijven, *praescribere*, en werd de bezitter te goeder trouw³⁸ toegestaan wanneer hij de grond 10 of 20 jaar³⁹ had bezeten.⁴⁰ Uiteindelijk voltooide keizer Justinianus de ontwikkeling van de *praescriptio longi temporis* door het van een verweermiddel tegen de *rei vindicatio* tot een actie om een verloren zaak op te eisen te maken. Het is waarschijnlijk dat het Romeinse recht al vóór Justinianus' wetgeving de praescribent een dergelijke actie toekende, zoals blijkt uit de volgende Codextekst:

C.7,39,8pr(Justinianus): Als iemand op grond van koop of schenking of welke andere titel dan ook een zaak gedurende 10 of 20 jaren te goeder trouw heeft bezeten en de exceptie van de lange tijd tegen de eigenaren van die zaak of schuldeisers die beweren de zaak in onderpand te hebben voor zich heeft verworven, nadien door toeval het bezit van die zaak heeft verloren, kan hij, verordenen wij, ook de revindicatie instellen. Want dit zeiden ook de oude wetten, als men deze juist bekijkt.⁴¹

Naar mijn mening heeft Justinianus zo de ontwikkeling van de *praescriptio longi temporis* van (in moderne termen gesteld) een vorm van bevrijdende verjaring⁴² naar een vorm van verkrijgende verjaring voltooid. Kon immers in de oudste tijden alleen de revindicatie van de eigenaar worden afgeweerd door de praescribent, sinds Justinianus werd het de praescribent mogelijk gemaakt de zaak van de eigenaar op te eisen. Naar mijn mening moet dan worden aangenomen dat de praescribent de eigendom van de zaak verkrijgt.⁴³

3.4. *Praescriptio longi temporis* en zekerheidsrechten

Al snel zal de gedachte opgekomen zijn dat niet alleen aan de eigenaar maar ook aan andere zakelijk gerechtigden de *praescriptio longi temporis* moest kunnen worden

³⁸ Zie hierover met verwijzingen, Kaser, *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München, 1971, p. 424 noot 70 en 71.

³⁹ De termijn van 10 jaar gold wanneer eiser en gedaagde in dezelfde provincie woonden, de twintigjarige termijn wanneer dit niet het geval was. Zie C.7,33,12

⁴⁰ Het rescript van Caracalla is afgedrukt in FIRA I, nr 84 en 85. Zie ook Amelotti, a.w. p. 180.

⁴¹ *Si quis emptionis vel donationis vel alterius cuiuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi adquisierit posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdidit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.*

⁴² Ik wijs er hier op dat de bevrijdende verjaring van recentere datum is dan de *praescriptio longi temporis*. Zie daarover hieronder in 3.4.1.

⁴³ In gelijke zin, met verwijzingen, Kaser, a.w. p. 425, noot 73.

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

teggeworpen. Het toepassingsbereik van de *praescriptio longi temporis* is inderdaad op dergelijke wijze vergroot. Zo kon de bezitter zich met behulp van de *praescriptio* ook tegen de *actio Serviana* van de zekerheidsgerechtigde verweren. Dit blijkt duidelijk uit de volgende tekst:

CJ 7.36,2 Als je geen erfgenaam van de schuldenaar bent, maar een jou ten deel gevallen schenking door twintigjarig rechtmatig bezit bevestigd is, dan staat de ratio van het recht niet toe dat tegen jou een persoonlijke actie beschikbaar is, omdat je de schuldenaar niet bent opgevolgd, en evenmin mogen jou na het verstrijken van de lange periode in pand gegeven stukken land afgenomen worden (*door middel van de actio Serviana*) omdat door zowel onze rescripten als door de wetten van eerdere keizers is aanvaard dat de exceptie van tien jaar ook kan worden tegengeworpen indien er schuldeisers zijn.⁴⁴ [cursief toegevoegd]

Op den duur werd het verweermiddel dat tegen de zekerheidsgerechtigde kon worden opgeworpen zelfs gezien als een bevoegdheid die op opvolgers onder bijzondere titel overging. Dat maakt de volgende Digestentekst duidelijk:

D.44,3,5,1 Voorgelegd is het volgende geval uit de praktijk: iemand heeft, na een zaak in pand te hebben gegeven, deze verkocht en zijn erfgenaam heeft haar teruggekocht. De vraag wordt opgeworpen of de erfgenaam tegen een op het pand gerichte rechtsvervolgning van het verweer van langdurig bezit gebruik kan maken. Ik zei dat de betrokken erfgenaam, die het pand van een derde heeft teruggekocht, deze exceptie kan gebruiken, *aangezien hij is opgevolgd in de positie van deze derde en niet van degene die de zaak in pand gegeven had*, net zoals wanneer hij de zaak eerst zou hebben teruggekocht en vervolgens in die positie erfgenaam zou zijn geworden.⁴⁵ [cursief JEJ]

De tekst bespreekt het volgende geval: A geeft een hem toebehorende zaak in pand aan B. Vervolgens verkoopt A de zaak aan C. C komt vervolgens een beroep op de exceptie toe, pandhouder B heeft de zaak klaarblijkelijk steeds niet opgeëist. Wanneer nu A's enig erfgenaam D de vaas koopt van C kan D gebruik maken van de exceptie. D kan dus de *actio Serviana* van pandhouder B afweren door de exceptie op te werpen. De reden hiervoor is volgens de Digestentekst gelegen in het feit dat D gezien wordt als opvolger

⁴⁴ *Si debitori heres non extitisti, sed iusta viginti annorum possessione collata in te donatio roborata est, neque personali actione, quia debitori non successisti, conveniri te iuris ratio permittit nec data pignori praedia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt, quando etiam praesentibus creditoribus decem annorum praescriptionem opponi posse tam rescriptis nostris quam priorum principum statutis probatum sit.*

⁴⁵ *Ex facto propositum est quendam, cum rem pignori dedisset, eandem distraxisse heredemque eius redemisse: quaeritur, an heres adversus pignoris persecutionem exceptione longae possessionis uti possit. dicebam hunc heredem, qui pignus ab extraneo redemit, posse exceptione uti, quia in extranei locum successit, non in eius qui pignori dederat, quemadmodum si ante redemisset, sic deinde heres exstisset.*

onder bijzondere titel van de derde (C), en ten aanzien van de vaas niet als opvolger onder algemene titel van pandgever-erflater (A). Kennelijk ging dus de bevoegdheid om de exceptie op te werpen over op opvolgers onder bijzondere titel.⁴⁶

Uit de hierboven al geciteerde Codextekst blijkt dat Justinianus ook voor wat betreft de *praescriptio* en zekerheidsrechten de laatste stap zette:

C.7,39,8pr(Justinianus): Als iemand op grond van koop of schenking of welke andere titel dan ook een zaak gedurende 10 of 20 jaren te goeder trouw heeft bezeten en de exceptie van de lange tijd tegen de eigenaren van die zaak of schuldeisers die beweren de zaak in onderpand te hebben, voor zich heeft verworven, nadien door toeval het bezit van die zaak heeft verloren, kan hij, verordenen wij, ook de revindicatie instellen. Want dit zeiden ook de oude wetten, als men deze juist bekijkt.⁴⁷

Wanneer dus A een aan B verpande zaak gedurende 10 of 20 jaar heeft bezeten zonder op de hoogte te zijn geweest van dit pandrecht, en de zaak komt in de macht van pandhouder B, dan kan A met de revindicatie of de *actio Publiciana* de zaak van B opeisen zonder dat deze een beroep op diens pandrecht toekomt.

3.4.1. Bevrijdende verjaring of verkrijgende verjaring?

Ook hier laat zich de vraag stellen of er sprake is van een vorm van in –moderne termen gesteld- bevrijdende of verkrijgende verjaring. Er dient bij het beantwoorden van deze vraag op gewezen te worden dat het Romeinse recht het zeer lang zonder een regeling van de bevrijdende verjaring heeft moeten stellen. Het was keizer Theodosius die in 424 in deze leemte voorzag door de verjaring van rechtsvorderingen op 30 jaar te stellen.⁴⁸ De regeling van de *praescriptio longi temporis* en zekerheidsrechten bevat elementen van verkrijgende en bevrijdende verjaring.⁴⁹

Het feit dat slechts bezitters die te goeder trouw zijn en een titel kunnen tonen⁵⁰ een

⁴⁶ Zie verder nog C.4,10,7, C.4,10,14 en C.8,45,19.

⁴⁷ *Si quis emptionis vel donationis vel alterius cuiuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi adquisierit posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.*

⁴⁸ Zie C.Th, 4,14,1=CJ.7,39,3 Zie noot 49.

⁴⁹ De hier gestelde vraag is dus op het eerste gezicht ietwat merkwaardig: de *praescriptio longi temporis* kón immers geen vorm van bevrijdende verjaring zijn simpelweg omdat de bevrijdende verjaring nog niet bestond. Net als ik hierboven onder 3.3. voor het eigendomsrecht wil ik bekijken of de *praescriptio longi temporis* in verband met zekerheidsrechten een in moderne termen gesteld verkrijgende of bevrijdende verjaring is.

⁵⁰ Zie hiervoor naast de geciteerde C. 7,39,8pr en voetnoot 37 ook Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Leipzig, 1864, IIe deel, p. 596 en 600. Dernburg verwijst hier naar de hierboven geciteerde Codextekst C.7,36,2 waar sprake is van *justa possessio*. Zie ook de

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

beroep toekomt op de *praescriptio* geeft aanleiding aan te nemen dat er sprake is van een vorm van verkrijgende verjaring. Deze eisen worden immers ook bij de *usucapio*, de eigenlijke verkrijgende verjaring, gesteld. Kunnen we echter wel zeggen dat degene die de *praescriptio* voltooit een recht verkrijgt? Zoals wij hierboven⁵¹ zagen werd aan degene die een zaak te goeder trouw op grond van een geldige titel 10 of 20 jaar had bezeten een verweermiddel (*exceptio*) tegen de zekerheidsgerechtigde gegeven dat overging op opvolgers onder bijzondere titel. Nu zou verdedigd kunnen worden dat de praescribent (en diens opvolgers onder bijzondere titel) de exceptie verkrijgt, en dat er daarom sprake is van een vorm van verkrijgende verjaring. Een exceptie is echter geen recht zodat mij deze zienswijze onhoudbaar lijkt. Het feit dat ook de opvolgers onder bijzondere titel het verweermiddel kunnen opwerpen kan echter wel beschouwd worden als een verkrijgend trekje van de *praescriptio*. Toch neemt Dernburg⁵² aan dat de *praescriptio* met betrekking tot zekerheidsrechten een vorm van bevrijdende verjaring is. Want waarom zou nu de praescribent behoefte hebben aan een verweermiddel? Dernburg neemt aan dat het zekerheidsrecht blijft bestaan, ook als de *praescriptio* is voltooid.

Toch ben ik van mening dat de *praescriptio* met betrekking tot zekerheidsrechten wel degelijk een vorm van verkrijgende verjaring is geworden. Net als bij de *praescriptio* met betrekking tot de eigendom heeft immers Justinianus de praescribent een actie gegeven om de zaak wanneer deze zich weer bij de zekerheidsgerechtigde bevond op te eisen. Hieruit blijkt mijns inziens dat aangenomen werd dat het pandrecht teniet was gegaan.⁵³ De *praescriptio* met betrekking tot zekerheidsrechten heeft op dit punt dezelfde ontwikkeling doorlopen als de *praescriptio* met betrekking tot de eigendom.⁵⁴

Maakt het nu veel uit of de *praescriptio* een vorm van bevrijdende verjaring of een verkrijgende verjaring is? Vanuit een praktisch oogpunt niet.⁵⁵ Degene die immers een zaak 10 of 20 jaar te goeder trouw als onbezwaard heeft bezeten verkrijgt een exceptie tegen de zekerheidsgerechtigde die ook zijn opvolgers onder bijzondere titel aan de zekerheidsgerechtigde kunnen tegenwerpen. Zoals ik hierboven al stelde zou ik willen verdedigen dat de *praescriptio longi temporis* met betrekking tot zekerheidsrechten als een verkrijgende verjaring moet worden gekenschetst. De voor een beroep op *praescriptio*

hieronder besproken tekst D.41,2,43,2.

⁵¹ De hierboven besproken Digestentekst D.44,3,5,1.

⁵² Dernburg, a.w. p. 597.

⁵³ In gelijke zin, met verwijzingen, Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, München 1868, p. 622 noot 2.

⁵⁴ Anders, Dernburg, a.w. p. 604. Hij stelt zich op het standpunt dat de *praescriptio* met betrekking tot zekerheidsrechten een verweermiddel blijft ook wanneer de praescribent de zaak opeist van de zekerheidsgerechtigde. De revindicatie van de praescribent zou met de *exceptio hypothecaria* worden gepareerd, en de praescribent zou zo weer behoefte hebben aan een verweermiddel, dat zou bestaan uit de *replicatio longi temporis*. Mijns inziens blijft hier echter de praescribent de eisende partij, hij wil immers zijn zaak terugkrijgen. Zie ook, Windscheid, a.w. p. 1248 noot 17.

⁵⁵ Zie, met verwijzingen, JC Out, *Vormen van accessoriëteit. Een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht* (diss.) die op p. 208-209 stelt dat het pandrecht in *materieelrechtelijk* opzicht teniet gaat. (mijn curs.)

vereiste goede trouw en geldige titel wijzen ook in de richting van een vorm van verkrijgende verjaring.⁵⁶ Hoe de Romeinen nu precies de eisen van geldige titel en goede trouw invulden in het geval van verkrijging door de *praescriptio longi temporis* van een met een zekerheidsrecht bezwaarde zaak komt in de volgende paragraaf aan de orde.

3.5. ‘Verkrijging’ door *praescriptio longi temporis* van een met een zekerheidsrecht bezwaarde zaak

De volgende Digestentekst geeft, hoewel hij bij een eerste beschouwing een andere vraag lijkt te bespreken, aan hoe eigendomsverkrijging door *praescriptio* van een met een zekerheidsrecht bezwaarde zaak in haar werk ging:

D.41,2,43pr. Voor het geval iemand een perceel grond heeft gekocht waarvan hij weet dat een stukje ervan aan een derde toebehoort, zegt Julianus dat hij, als hij weet dat dit als apart kavel aan die ander toebehoort, de overige delen door langdurig bezit kan verwerven. Als hij weet dat het om een onverdeeld aandeel gaat, kan hij dit volgens hem echter, ondanks het feit dat hij dan niet weet om welke plek het gaat, evenzeer door verjaring verkrijgen, omdat het gedeelte waarvan verondersteld wordt dat het van de verkoper is, zonder nadeel voor wie dan ook door langdurig bezit op de koper overgaat.⁵⁷

In deze tekst verkoopt A een stuk grond dat deels van C is aan B. B kan nu volgens de tekst wanneer hij weet welk deel als apart kavel aan C toebehoort de overige delen door verjaring verkrijgen. Waarom nu wordt B verjaringsbezitter van de overige delen? Het zou uiteraard zo kunnen zijn dat de grond een *res Mancipi* was en door partijen werd getradeerd. De tekst zou dan een geval van *usucapio a domino* bespreken. De tekst zelf geeft hiertoe echter geen aanleiding, de tekst bespreekt immers de eisen die aan de *bona fides* van de usucapiënt moeten worden gesteld.⁵⁸ Nu de *bona fides* bij de *usucapio a domino* geen rol speelt, moet de tekst dus wel een geval van *usucapio a non domino* betreffen.⁵⁹ De tekst bespreekt twee gevallen. In de eerste casus weet koper B dat een bepaald kavel van een stuk land dat hij van A koopt niet van A maar van C is. Uiteraard kan hij het kavel dat van C is dan niet door verjaring verkrijgen, hij weet immers dat het

⁵⁶ Er is nog een argument om de *praescriptio longi temporis* als een vorm van verkrijgende verjaring te zien. De *praescriptio longi temporis* met betrekking tot servituten is namelijk geen verweermiddel tegen een niet-uitgeoefende erfdienstbaarheid, maar biedt de mogelijkheid om een erfdienstbaarheid te verwerven. Dit blijkt duidelijk uit C.3,34,2

⁵⁷ *Si quis fundum emerit, cuius particulam sciebat esse alienam, iulianus ait, si pro diviso sciat alienam esse, posse eum reliquas partes longa possessione capere: sed si pro indiviso licet ignoret quis sit locus, aequè eum capere posse, quod sine ullius damno pars, quae putatur esse venditis, per longam possessionem ad emptorem transit.*

⁵⁸ Zo wordt de tekst ook door Möllenthal besproken, in zijn: ‘Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung’, Erlangen 1820. Zie p. 52 noot 147 en p. 53 noot 149.

⁵⁹ De glosse bij het fragment spreekt ook duidelijk van een geval van *usucapio a non domino*. Zie de glosse op *emerit, a non domino* (Accursius) en de daar geschetste casus, *emi fundum a non domino*.

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

kavel aan C behoort. De overige delen kan B wel door verjaring verkrijgen, wanneer hij dacht dat A van die delen wel eigenaar was. Het ontbreken van *bona fides* ten aanzien van een bepaald deel van de gekochte zaak brengt dus niet met zich mee dat de koper per se niet *bona fide* is. In de tweede casus koopt B van A een stuk land waarvan hij weet dat C een onverdeeld aandeel in dat stuk land heeft. Nu zou verdedigd kunnen worden dat B omdat hij weet dat C van elk deel van het stuk grond mede-eigenaar is de eigendom van de grond nooit kan verkrijgen door verjaring wegens het ontbreken van de vereiste goede trouw. Julianus neemt echter een praktisch standpunt in; het gedeelte waarvan verondersteld werd dat het van A was wordt door B in eigendom verkregen *sine ullius damno*, zonder nadeel voor wie dan ook. Wat bedoelt Julianus hier nu precies te zeggen? Julianus lijkt hiermee te zeggen dat B's eigendomsverkrijging het onverdeelde aandeel van C onverlet laat. De Digestenteksten die direct op het fragment volgen lijken dit vermoeden te bevestigen:

D.41,2,43,1 Ook Pomponius heeft in het vijfde boek van zijn Diverse Aantekeningen geschreven dat als een koper weet of denkt dat een derde vruchtgebruik heeft, hij te goeder trouw door langdurig bezit de eigendom kan verwerven.

D.41,2,43,2 Hetzelfde is volgens hem van toepassing als ik een zaak heb gekocht waarvan ik weet dat zij als pand is verbonden.⁶⁰

In de eerste tekst koopt B van A een stuk grond waarvan hij weet (of denkt) dat C er een recht van vruchtgebruik op heeft. B kan de eigendom van het stuk grond verkrijgen als hij A overigens wel voor de eigenaar van het land houdt. In overeenstemming met de vorige tekst is de eigendomsverkrijging door B dan zonder nadeel voor wie dan ook, C zal dus vruchtgebruiker van het land blijven. In de tweede tekst wordt een soortgelijk geval besproken. Nu koopt B een stuk land van A dat naar hij weet in pand is gegeven aan C. Desondanks kan B de eigendom door verjaring verkrijgen wanneer hij A voor de eigenaar van het land houdt, deze eigendomsverkrijging geeft hem geen verweermiddel tegen C's pandrecht. Unterholzner merkt over deze teksten het volgende op:

‘Wenn man sich durch redlichen Besitz gegen Pfandrechte vertheidigen will; so muss man nicht nur gegen Eigenthumsanspruche sicher zu sein glauben sondern man muss auch noch ins besondere mit den Pfandanspruche unbekannt gewesen sein gegen welche man sich auf die Verjährung beruft. Dagegen ist es der Eigenthumsersitzung keineswegs hinderlich wenn mann gewusst hat dass die Sache der man erwirbt mit einem Niesbrauche oder einem Pfandrechte behaftet ist.’⁶¹

⁶⁰ *Sed et pomponius scripsit libro quinto variarum lectionum, si sciat vel putet alienum esse usum fructum, bona fide diutina possessione capere posse. Idem, inquit, et si emero rem, quam sciam pignori obligatam.*

⁶¹ Unterholzner, Karl August Dominik: *K. A. D. Unterholzner's Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten* Band 1 : Enthaltend die Einleitung und die allgemeinen lehren, Leipzig, 1828, p. 405.

Het is dus mogelijk de eigendom van een met een beperkt recht bezwaarde zaak door verjaring te verkrijgen. Het feit dat de usucapiënt weet dat de zaak met een beperkt recht is bezwaard leidt ertoe dat de eigendomsverkrijging de afdwingbaarheid van het beperkte recht niet beïnvloedt. De omvang van de eigendomsverkrijging door de praescribent werd dus naar Romeins recht bepaald door zijn *bona fides*. Wist de praescribent dat C pandhouder van de zaak was dan bleef C's pandrecht ook na voltooiing van de *praescriptio* afdwingbaar. Hij had de zaak dan immers bezeten alsof de zaak verpand aan C was. Hij had anders gezegd, de zaak niet als onbezwaard eigenaar maar als een verpande zaak bezeten. Alleen wanneer de praescribent onbekend was met aanspraken van een pandhouder kon hij zich tegen die aanspraken verweren; het pandrecht werd dan door een exceptie verlamd.

Ook uit de Glosse volgt dat het mogelijk is bescherming tegen de zekerheidsgerechtigde door *praescriptio* te verkrijgen. In de Glosse op D.41,2,43,1 (*pignori obligatam*) staat het volgende:

maar ten opzichte van de zekerheidsgerechtigde verjaart hij niet, omdat het bezit niet geschikt zal zijn, waar de goede trouw ontbreekt.⁶²

In meer algemene zin wordt in de Glosse op *locus* opgemerkt:

Goede en kwade trouw moeten worden onderscheiden, omdat het kan dat iemand te goeder trouw is ten opzichte van de één, en te kwader trouw ten opzichte van de ander.⁶³

Deze Digestenteksten bevestigen dat het naar Romeins recht mogelijk was door *praescriptio* tegen een zekerheidsrecht beschermd te worden. De goede of kwade trouw van de praescribent was hierbij bepalend. Alleen wanneer de praescribent dacht met een onbezwaarde zaak te maken te hebben verkreeg hij bij voltooiing van de *praescriptio* de exceptie tegen de zekerheidsgerechtigde. Wanneer hij wist met een verpande zaak te maken te hebben maar wél in de veronderstelling verkeerde deze van de eigenaar te hebben gekocht was hij alleen met betrekking tot de eigendom te goeder trouw, maar met betrekking tot het pandrecht te kwader trouw zodat de praescribent door *praescriptio* alleen de eigendom verkreeg.

Waarom nu zou het Romeinse recht de verjaringsbezitter na drie jaar tot eigenaar maken en de bezitter te goeder trouw pas na 10 of zelfs 20 jaar beschermen tegen de zekerheidsgerechtigde? Een eerste reden is gelegen in het feit dat de *praescriptio longi temporis* in de oudste tijden een vorm van bevrijdende verjaring was die geen of

⁶² *sed adversus hypothecariam non praescribet, cum non sit iusta possessio ubi bona fides abest.*

⁶³ *Bona & mala fides recipit divisione quia potest quis habere fidem bonam respectu unius: & malam respectu alterius.*

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

nauwelijks eisen aan de praescribent stelde. Daarom was een groter tijdsverloop vereist ter rechtvaardiging van het toekennen van een verweermiddel tegen de actie van de zekerheidsgerechtigde. Een tweede reden is gelegen in het feit dat de eigenaar die geen bezitter van zijn zaak is meer reden heeft te vrezen zijn eigendomsrecht kwijt te raken dan de zekerheidsgerechtigde die van meet af aan heeft toegestaan dat de zekerheidsgever de zaak in zijn macht bleef houden.⁶⁴ Het is dan ook sneller gerechtvaardigd de nalatige eigenaar zijn recht te ontnemen dan de wellicht nietsvermoedende zekerheidsgerechtigde.

4 Conclusies

In het bovenstaande is gebleken dat zowel naar Nederlands als naar Romeins recht eigendomsverkrijging door *occupatio* en *usucapio* eventuele op de zaak gevestigde zekerheidsrechten onverlet laat. Zouden dus de Pandektisten met De Jong van mening zijn dat het onderscheid in derivatieve en originele wijzen van eigendomsverkrijging ‘zowel vanuit de noden van de praktijk als vanuit de noden van de dogmatiek bezien overbodig is’?

Sommige schrijvers hielden inderdaad vast aan wat ik het traditionele onderscheid zou willen noemen en betitelden eigendomsverkrijging door *usucapio* dus als derivatief. Uiteraard stelde de eerder genoemde Brinz zich op het standpunt dat eigendomsverkrijging door de *usucapiënt* derivatief is:

‘denn das der Usucapient der gemeinen Meinung entgegen derivativ, nicht originär, vorhandenes, nicht werdendes Eigenthum erwirbt, beweist der Umstand, dass er dominium tale erwirbt quale fuit, mit Servituten und Pfandnexus.’^{65 66}

Nu ook de occupant zoals wij hierboven zagen⁶⁷ geconfronteerd kan worden met in het verleden op de geoccupeerde zaak gevestigde beperkte rechten zou Brinz eigendomsverkrijging door *occupatio* ongetwijfeld evenzeer als derivatief hebben beschouwd. Toch waren onder andere Dernburg, Czyhlarz en Randa⁶⁸ van mening dat eigendomsverkrijging door *usucapio* en *occupatio* wel degelijk originair was. Uiteraard erkenden zij dat beperkte rechten die in het verleden op de door de *usucapiënt* of occupant

⁶⁴ Dernburg, a.w., p. 601. Deze gedachten lijken te worden ondersteund door het hierboven (zie noot 32) al geciteerde fragment uit de Glosse op D.20,1,2 (nec usucapione): Niet door *usucapio*. De driejarige, anders is het voor de tienjarige, twintigjarige of dertigjarige. Maar wat is de ratio (van dit verschil)? In geval van *praescriptio* is er meer tijd (verstreken) en daarom meer nalatigheid. In dit geval minder. Bovendien is de ratio een andere: omdat het in geval van *usucapio* de eigendom betreft, die niets gemeen heeft met een pandrecht, maar in het geval van *praescriptio* is het zo: omdat het hierbij over een exceptie gaat.

⁶⁵ Brinz, a.w. p. 244-245.

⁶⁶ Schey betoont zich in een uitvoerig artikel een pleitbezorger van deze zienswijze, ‘Über Rechtswandlungen’, in: *Grünhuts Zeitschrift* VIII, p. 110-161, p. 159-160.

⁶⁷ Zie hierboven onder nr 3.1.

⁶⁸ Zie voor een overzicht, Windscheid, a.w. p. 299 e.v., noot 6 en p. 1248 noot 16.

verkregen zaak waren gevestigd in stand bleven. Dit was echter geen gevolg van het origineire dan wel derivatieve karakter van de eigendomsverkrijging, maar van het feit dat de beperkte rechten onmiddellijk op de zaak rustten. De Oostenrijker Randa verwoordt het kort en bondig:

‘Das die iura in re fort dauern, erklärt sich aus der Unmittelbarkeit des dinglichen Rechts an der Sache.’⁶⁹

Hiermee keert Randa zich tegen de zienswijze waarin beperkte rechten niet op de zaak zelf, maar op het eigendomsrecht zijn gevestigd. De laatste zienswijze verdedigde tamelijk recent Van der Steur in haar proefschrift:

‘Dogmatisch gezien, hebben alle beperkte rechten subjectieve *vermogensrechten* (*goederen*) als object, als moederrecht. Niet het object (grondstuk x) verandert door het vestigen van een beperkt recht, maar het *eigendomsrecht* verandert. Het eigendomsrecht wordt ‘bezwaard’ (...)’ [cursief origineel]⁷⁰

Zoals wij hierboven al zagen keert ook De Jong zich in zijn proefschrift tegen deze zienswijze. Hij stelt dat beperkte rechten op de zaak zelf rusten.⁷¹ De Pandektisten geven hem gelijk.⁷² Toch trekken de bovengenoemde schrijvers niet de conclusie dat het onderscheid in derivatieve en origineire wijzen van eigendomsverkrijging als verwarrend afgewezen moet worden. Kennelijk hanteren zij een ander onderscheid tussen derivatieve en origineire wijzen van eigendomsverkrijging. Dernburg heeft mijns inziens het duidelijkst verwoord waarin nu precies het onderscheid gezocht moet worden:

‘Wenn aber A. sein Grundstück derelinquirt und B. dasselbe später okkupiert, so unterliegt dieser gleichfalls der Servituten- und Pfandbelastung des Grundstücks. Sollte also die Okkupation derivativ sein? Derivativ ist der Erwerb, welcher von dem Rechte eines bestimmten Autors abhängig ist, so dass der Erwerber zum Nachweise seines Eigenthums ausser seinem Erwerbstitel das Eigenthum des Autor darzuthun hat. In diesem Sinne aber ist die Ersitzung sicherlich nicht derivativ.’⁷³

Dernburg geeft een definitie die ook voor het hedendaagse recht haarscherp weergeeft

⁶⁹ Randa, *Das Eigenthumsrecht nach Österreichischem Rechte*, Leipzig, I Hälfte, 1884, p. 246, noot 18.

⁷⁰ JC van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss.), Leiden, 2003, p. 31.

⁷¹ De Jong a.w. p. 73 e.v., zie ook hierboven nr 2.

⁷² Zonder uitgebreid in deze discussie te treden schaar ik mij aan de zijde van De Jong. Niet alleen naar Romeins recht maar ook naar Nederlands recht moet aangenomen worden dat beperkte rechten op een zaak gevestigd op die zaak zelf rusten. Hoe kan anders bijvoorbeeld verklaard worden dat door verjaring de eigendom van een verpande zaak kan worden verkregen? Zie daarover hierboven het citaat uit de Toelichting Meijers onder nr 2.

⁷³ Dernburg, *Pandekten, Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, p. 187 nt 81.

ORIGINAIRE EN DERIVATIEVE WIJZEN VAN EIGENDOMSVERKRIJGING

waar het nu precies om gaat. Het verschil tussen origineire en derivatieve wijzen van eigendomsverkrijging ligt anders dan in de goederenrechtelijke handboeken wordt gesteld⁷⁴, niet in de vraag naar het al dan niet voortbestaan van beperkte rechten, maar in de vraag naar de eigendomsverkrijging. Wie de feiten die bijvoorbeeld voor een beroep op verjaring⁷⁵ nodig zijn heeft bewezen, bewijst hiermee eigenaar van die zaak te zijn. Of zijn voorganger eigenaar was doet hierbij niet ter zake. Zijn eigendomsverkrijging is in die zin onafhankelijk van enige voorganger en dient dus als oorspronkelijk of originair beschouwd te worden. Hiermee is, anders dan wanneer men het traditionele onderscheid hanteert, niet gezegd dat er geen andere zakelijk gerechtigden tot de door verjaring in eigendom verkregen zaak kunnen zijn. In die zin is het traditionele onderscheid in derivatieve en origineire wijzen van eigendomsverkrijging inderdaad verwarrend en waardeloos. Het onderscheid behoudt zijn waarde echter wanneer men aanneemt dat het onderscheid bepalend is voor de vraag of iemand de *eigendom* van een zaak heeft verkregen. Ik zou er daarom voor willen pleiten het onderscheid in origineire en derivatieve wijzen van eigendomsverkrijging in deze door Dernburg gegeven definitie te handhaven.

J.E. Jansen

Groningen

⁷⁴ Zie hierboven nr 1, met name noot 4.

⁷⁵ Of een andere als originair gekenschetste wijze van eigendomsverkrijging.