VAN PARTIJEN EN DERDEN; OVER INTERPRETATIES VAN DE NUMERUS CLAUSUS VAN ZAKELIJKE RECHTEN

1 Formele en substantiële regels

Dat in Nederland een zogeheten 'gesloten systeem' van zakelijke rechten bestaat, is een wijsheid die iedere Nederlandse jurist kan debiteren. Dat veel is nagedacht over de juiste betekenis van het adagium kan evenwel niet worden gezegd. De spreuk lijkt slachtoffer te zijn geworden van een euvel waaraan wel meer rechtsregels lijden: zij gelden zonder dat iemand nog weet wat daarvoor de ratio is en zonder dat men zich de vraag stelt of de regel in het licht van een veranderde praktijk wellicht aan revisie toe is. De regel is dan 'leerstellig' geworden in de verkeerde betekenis van het woord. *Of* en *in welke mate* dat het geval is, kan echter slechts worden uitgemaakt door zowel de historische herkomst van zo'n regel als die tegenwoordige praktijk aan een nader onderzoek te onderwerpen.

In deze bijdrage worden daartoe rechtstheorie en rechtsgeschiedenis aaneengesmeed in een betoog dat als centrale vraagstelling heeft *wanneer* zakelijke rechten ontstaan en — daarmee nauw verbonden — *wat* een zakelijk recht precies is. In het verbintenissenrecht is de vraag naar het ontstaan van een persoonlijk recht — die naar de bronnen van verbintenis — een der meest belangrijke vragen. Dat in het goederenrecht[1] de corresponderende vraag naar de ontstaansbronnen van zakelijke rechten verwaarloosd is, wekt enerzijds geen verbazing voorzover men het dogma van een wettelijk 'gesloten stelsel' aanhangt (met daaraan gekoppeld de gedachte van een meer 'statisch' goederenrecht), maar is anderzijds wel opmerkelijk wanneer men ziet dat de ooit scherpe scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht steeds vloeiender wordt. 'Tussenfiguren'[2] worden doorgaans echter beschreven vanuit de *kenmerken* van zakelijk of persoonlijk recht: aan de karakteristiek van absoluutheid of zaaksgevolg is bijv. niet langer voldaan. In wezen wordt hiermee echter de vraag naar de ontstaansbronnen van de zakelijke rechten aangesneden en het is dan ook die vraag die hier wordt gethematiseerd.

Dat rechtsvergelijking op historische grondslag ons daarbij in staat stelt om het huidige recht beter te begrijpen,[3] is een pretentie die mij weliswaar sympathiek is, maar die ook de vraag oproept *hoe* zij precies moet worden gerealiseerd. Men zal er blijk van moeten geven het probleem van de anachronistische begripsvorming onder ogen te hebben gezien: hoe met huidige begrippen vroegere regels te begrijpen of, meer algemeen gefor-

---

1. Hier wordt gesproken van 'goederenrecht' waar het gaat om aanduiding van het rechtsgebied en van 'zakelijk recht' waar het recht wordt aangeduid. Dit laatste ter vermijding van de term 'goederenrechtelijk recht'.
2. Waaronder kwalitatieve rechten en verplichtingen, het retentierecht, paardesprongen, 'derden-aansprakelijkheid', de regel 'koop breekt geen huur' en bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Zie algemeen J.B.M. Vranken, 'Schaalvergroting in het vermogensrecht', *NJB* 1995, p. 1400 v.
3. Vgl. het Ten Geleide bij de Groninger Opmerkingen en Mededelingen I (1984).

online publication GROM XIII (1996)

muleerd, aan de hand van welke maatstaf vergelijkt men eigenlijk?[4] Men zou kunnen menen dat deze vraag voor het privaatrecht minder pregnant is. Daar bestaat immers een 'civielrechtelijke traditie' die in zou houden dat in de loop der eeuwen het begrippenapparaat in essentie gelijk is gebleven. Wie dit stelt, ontkent echter juist principieel de problematiek: *dat* een traditie bestaat, kan immers slechts de resultante zijn van een eerder uitgevoerde vergelijking. Maar er is wel een ander kenmerk van juist het burgerlijk recht dat aan vergelijking een eigen karakter geeft: de civielrechtelijke regels zijn *naar de vorm* doorgaans gelijk aan die van vroeger of elders. Het is dan ook in die vormen — contract, zaakwaarneming, eigendom, zakelijk recht — dat het *tertium comparationis* moet worden gevonden. De invulling die deze begrippen krijgen, verschilt vervolgens per periode en per land.[5]

Hiermee wordt aanvaard dat civielrechtelijke begrippen in wezen 'leeg' zijn en een invulling krijgen al naar gelang de periode waarin ze worden gebruikt. Welbeschouwd hebben de tegenwoordige protagonisten van een nieuw 'ius commune' deze veronderstelling gemeen met de aanhangers van de Critical Legal Studies. Waar de eersten spreken van flexibiliteit van begrippen,[6] benadrukken de laatsten de opvulbaarheid al naar gelang de heersende politieke overtuiging.[7] Civielrechtelijke regels ondergaan zo een zodanige wijziging van betekenis dat — hoewel formeel dezelfde regel blijft bestaan — substantieel een geheel andere regel ontstaat. Uitgaande van dit onderscheid tussen de 'formele' tekst en de materieelrechtelijke betekenis, wordt hier beproefd of in de opvattingen over de geslotenheid van ons goederenrechtelijk systeem enige ontwikkeling valt te ontdekken.[8]

De indeling van het betoog is daarmee gegeven. Het is thans eerst zaak om te trachten enige in de romanistische stelsels heersende mening inzake het ontstaan van een zakelijk recht aan te geven (2) en na te gaan waar deze mening historisch op is terug te voeren (3). Wanneer met dat laatste een formele regel is gevonden, kan vervolgens worden bezien hoe deze in de loop der tijd is ingevuld (4). Het zou dan wel eens zo kunnen zijn dat wij voor het huidige tijdsgewricht toe zijn aan wederom een nieuwe interpretatie, waartoe niet alleen de gevolgde methode moet worden geëxpliciteerd (5)

---

4. Zie vooral H.R. Hoetink, 'Les Notions anachroniques dans l'Historiographie du droit', in: *Opera Selecta*, Zutphen 1986, p. 216 v., waarover recent J.M. Smits, 'De noodzaak en de mogelijkheid van rechtsvergelijking in het civiele recht', *WPNR* 6154 (1994), p. 728 v. en Th. Veen, *Met dank aan Du Perron*, oratie Amsterdam 1996, Zwolle 1996.

5. Men vgl. P.W.A. Immink, 'La transformation des concepts en histoire', *TvR* 24 (1956), p. 26.

6. Zie met name Reinhard Zimmermann, 'Das römisch-holländische Recht und seine Bedeutung für Europa', *JZ* 1990, p. 825 v. en dez., 'Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit', *JZ* 1992, p. 8 v., daarbij methodisch voortbouwend op Harold J. Berman, *Law and Revolution*, Cambridge Mass. 1983, passim.

7. Zie in plaats van velen Duncan Kennedy, 'Form and Substance in Private Law Adjudication', *Harvard LR* 89 (1976), p. 1685 v., R.M. Unger, 'The Critical Legal Studies Movement', *Harvard LR* 96 (1983), p. 561 v. en voor het continentale recht A.J. van der Walt, 'Marginal Notes on powerful(l) legends: Critical perspectives on property theory', *THRHR* 58 (1995), p. 396 v.

8. Zie voor een anders geënte benadering van formeel en substantieel redeneren recent T.H.D. Struycken, 'De geschonden fiducie in het goederenrecht', in: *Oprecht* (Struycken-bundel), Zwolle 1996, p. 337 v.

maar ook een discussie over het eigendomsrecht moet worden gevoerd. Aan een land waar de civiele traditie nog springlevend is, kan dan inspiratie worden ontleend (6) om vervolgens de numerus clausus van een nieuwe interpretatie te kunnen voorzien (7). Dat dat laatste in het bestek van deze bijdrage niet zeer uitgebreid zal geschieden, is onvermijdelijk; de nadruk ligt hier op de fundamenten van de numerus clausus, niet op een praktische uitwerking.

2 *Het romanistisch dogma van de numerus clausus*

Als een der hoofdkenmerken van het Nederlands goederenrecht geldt dat een *gesloten* of *limitatief* stelsel van beperkte rechten bestaat.[9] Art. 3:81 lid 1 BW bepaalt dat een rechthebbende de in de wet genoemde beperkte rechten op zijn recht kan vestigen. Het betreft hier de in Boek 3 BW genoemde rechten van vruchtgebruik, pand en hypotheek (die in de terminologie van het BW goederenrechtelijk zijn omdat zij ook op een recht kunnen worden gevestigd) en de in Boek 5 BW voorkomende (en dus slechts op een zaak te vestigen) erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal. Aanvaard wordt dat elk van deze rechten (met name wordt dan gedacht aan de erfdienstbaarheden) inhoudelijk ruimte bieden voor vele mogelijke invullingen binnen het kader van de wet, doch het *aantal* rechten (men spreekt dan wel van 'typen') blijft beperkt.[10] Voegt men nu de eigendom als zakelijk recht toe en aanvaardt men dat incidenteel beperkte rechten buiten het BW om kunnen worden gevestigd[11] en nog bestaan op grond van overgangsrecht,[12] dan heeft men het standaardbeeld wel geschetst.

Als redengeving voor een stelsel waarin het aantal zakelijke rechten beperkt is, kan de argumentatie die de Hoge Raad in het arrest Blaauboer/Berlips[13] aanvoerde worden gebruikt. Niet omdat deze redenering van de Hoge Raad afkomstig is, maar omdat zij de geijkte *canon* van argumenten bevat.[14] De motivering waarom verbintenissen uit

---

9. Zie bijv. Parlementaire Geschiedenis Boek 5, Deventer 1981, p. 3 (Aanbiedingsbrief) en p. 13-14 (MvA II), alsmede PG Boek 3, p. 310 (MvA II); Pitlo/Reehuis et al, *Goederenrecht*, 10de dr., Arnhem 1994, no. 105 en 591; H.J. Snijders/E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer 1994, no. 78; Asser-Mijnssen-De Haan, I, 13de dr., Zwolle 1992, nr. 36; Asser-Beekhuis, II, 12de dr., Zwolle 1990, nr. 1; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer 1986, p. 241 en R.D. Vriesendorp, *Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse trustverdrag*, preadv. NVBR 1994, p. 51.

10. PG Boek 5, p. 3: 'Een door partijen geschapen recht zal (...) alleen een zakelijk recht zijn, indien het kan worden gebracht onder de definitie van een van de in de wet geregelde zakelijke rechten. Is dit het geval, dan kunnen partijen binnen de grenzen van de wettelijke definitie in beginsel aan dat recht inhoud geven die zij wensen'.

11. Bijv. het octrooirecht en de daarvan afgeleide licentie en het auteursrecht en de daarvan afgeleide vertaal- en reproductierechten, alsmede het recht van eigen graf (op grond van de Wet op de Lijkbezorging 1992).

12. Zie art. 150 Overgangswet NBW, dat deze 'oude zakelijke' rechten omzet in registergoederen. Zie nader onder 3.

13. HR 3 maart 1905, W 8191.

14. Zie voor dezelfde argumenten bijv. reeds P.R. Feith, 'Eene oude vraag; betekenis van art. 1354 B.W.', *Themis* 58 (1897), p. 629 v.

overeenkomst niet overgaan op rechtsopvolgers onder bijzondere titel — waarmee die verbintenissen dan 'zakelijke werking' zouden verkrijgen — was vijfledig. Dit zou in strijd komen met art. 1376 BW (oud), het zou 'de in onze burgerlijke wetgeving bestaande scherpe onderscheiding tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht' uitwissen, het stelsel van erfdienstbaarheden (die naar oud BW slechts konden bestaan in een dulden of niet doen en dan alleen nog ten nutte van een erf) zou worden doorkruist, grote rechtsonzekerheid zou ontstaan omdat het aloude[15] stelsel van openbaarheid (publiciteit) bij vestiging van zakelijke rechten aangetast zou worden en ten slotte zou ongewenst zijn dat de oorspronkelijke schuldenaar buiten toestemming van de schuldeiser om zou kunnen worden bevrijd van zijn verbintenis (die dan immers overgaat met de zaak).

Bij de parlementaire behandeling van het nieuwe BW was het ook precies deze redenering die werd gebruikt om het aantal zakelijke rechten beperkt te houden: men handhaafde het gesloten systeem ter vermijding van 'consequenties, waaraan het arrest van 1905 juist de pas heeft willen afsnijden'.[16] Wij zijn goed ingelicht over de gedachtengang van de wetgever omdat een minderheid in de vaste commissie voor justitie wenste te breken met het gesloten systeem nu dit volgens haar de eisen van de praktijk meer zou dienen dan gekunstelde constructies als bijvoorbeeld het kettingbeding (waartoe men anders wel zijn toevlucht moest nemen). Een grote vrijheid bij de vestiging zou echter 'een ernstige bedreiging van de rechtszekerheid' betekenen, zo meende een meerderheid.[17]

Opvallend is wel dat de wetgever met de ene hand geeft wat hij met de andere hand neemt want dat het *aantal* rechten is beperkt, zegt nog niets over de *inhoud* van die rechten. In discussie met de dissidente leden wordt vanwege de ontwerpers expliciet opgemerkt dat in beginsel partijen 'een grote mate van vrijheid' hebben om 'binnen het kader van of in aansluiting op de regeling van de bestaande zakelijke rechten hun rechtsverhouding (met zakelijke werking)' nader te regelen.[18] De oplossing voor een te strikte wettelijke begrenzing moet worden gezocht in 'het scheppen van voldoende ruimte voor constellaties, waarvoor het beperkt zakelijk recht een gewenst onderdak biedt'.[19] Wat een *nieuw* zakelijk recht niet kan bieden, biedt *een ruime omschrijving* van een bestaand zakelijk recht dus blijkbaar wel.

In de door mij bestudeerde landen van continentaal Europa zijn dogma van en redengeving voor het gesloten systeem niet veel anders. In Frankrijk bepaalt art. 543 Code Civil dat men op goederen kan hebben 'ou un droit de propriété, ou un simple droit

15. De Hoge Raad deed een uitdrukkelijk beroep op Voet en Groenewegen van der Made.
16. PG Boek 3, p. 310 (VV II) en PG Boek 5, p. 12-13 (VV II).
17. PG Boek 5, p. 12-13 (VV II). Expliciet herinnerde men aan de situatie onder het Oud-Vaderlands recht met zijn veelheid aan bizarre zakelijke rechten.
18. PG Boek 5, p. 14. Het rechtsvergelijkend argument wordt hier expliciet gebruikt: in Frankrijk, Zwitserland en Duitsland zou dit niet anders zijn.
19. Zie PG Boek 3, p. 310 (VV II) en PG Boek 5, p. 13 (VV II). Verwezen wordt hiertoe naar HR 28 juni 1957, NJ 1957, 495.

de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre'. Algemeen wordt aanvaard dat deze opsomming niet volledig is, nl. aangevuld moet worden met in elk geval erfpacht, opstal en hypotheek, maar dat partijen niet de bevoegdheid hebben zelf een nieuw zakelijk recht te creëren. Wel bestaat weer de nodige ruimte bij de invulling van de erfdienstbaarheden. Voor België is dit niet anders.[20]

In Duitsland is eveneens sprake van een numerus clausus die men wel onderscheidt in enerzijds een 'Typenzwang' (slechts de in de wet opgesomde *typen* zakelijke rechten kunnen worden gevestigd) en anderzijds een 'Typenfixierung' (die typen zijn inhoudelijk 'mindestens in den Umrissen' wettelijk vastgelegd).[21] Bij de totstandkoming van het BGB achtte men dit zo vanzelfsprekend dat wettelijke vastlegging van dit beginsel niet nodig werd geacht: het door partij-afspraak creëren van absolute aanspraken zou in strijd komen met de dogmatiek en met de behoefte aan zekerheid en duidelijkheid die juist bij zakelijke rechten vereist werd geacht. In Zwitserland spreekt men, net als in Oostenrijk,[22] van de goederenrechtelijke 'Grundsatz der Typengebundenheit'.[23]

Wie gelooft in een civielrechtelijke traditie — een idee dat voor het verbintenissenrecht veel vaker wordt aangehangen dan voor het goederenrecht[24] — kan deze voor de landen van continentaal Europa hiermee inderdaad vinden in het beginsel dat in het goederenrecht de contractsvrijheid is ingeperkt: men is vrij te bepalen *of* men een zakelijk recht wenst, maar *welk recht* dit is en *welke inhoud* het heeft, is, afhankelijk van land en beperkt recht in kwestie, in meerdere of mindere mate vastgelegd. Daarmee is echter nog slechts een positiefrechtelijk uitgangspunt neergelegd; dit krijgt eerst reliëf en wordt vatbaar voor waardering indien men vraagt naar de rechtshistorische achtergrond van dit continentaal dogma.

3 De numerus clausus als formele regel: de pentarchie van Hahn

Naar de herkomst van de formele regel dat slechts een beperkt aantal zakelijke rechten bestaat, behoeft sinds een bekend artikel van E.M. Meijers uit 1907[25] niet langer te worden gegist. Het artikel is misschien wel één van de beste voorbeelden van de werk-

20. Art. 543 luidt daar 'Men kan op de goederen, of een recht van eigendom, of enkel een recht van genot, of enkel een recht van erfdienstbaarheid hebben'. Zie voor de aanvulling met de zojuist genoemde zakelijke rechten bijv. Derine/Van Neste/Vandenberghe, *Zakenrecht* dl. Ia, Antwerpen 1974, no. 29-30.

21. Baur/Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16. Aufl., München 1992, p. 3, J. von Staudinger/Seiler, *Kommentar (Sachenrecht)*, 12. Aufl., Berlin 1989, Einl. zu § 854 ff., Rn. 38.

22. Zie art. 308 ABGB (dat Besitz, Eigenthum, Pfand, Dienstbarkeit en Erbrecht noemt).

23. Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Bern 1991, p. 72.

24. Zie voor recente discussie over de vraag of überhaupt ooit een ius commune heeft bestaan P.L. Nève, 'Ius commune oftewel 'gemeen recht': traduttore traditore?', in: *Tertium Datur* (Ankum-bundel), Tilburg 1995, p. 3 v. en, toegespitst op ons onderwerp, dez., 'Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten', in: *Oprecht* (Struycken-bundel), Zwolle 1996, p. 228.

25. 'Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten', *RM* 1907, p. 271 v., herdrukt in *VPO* 2, Leiden 1955, p. 8 v. Hier wordt geput uit niet alleen Meijers' opstel, doch ook uit andere, in de tekst aangegeven bronnen.

online publication GROM XIII (1996)

wijze van de Leidse geleerde, daarin bestaande dat men tracht in de rechtsgeschiedenis de juiste betekenis te vinden van een modernrechtelijke regel. Die laatste bestond in Meijers' tijd uit art. 584 BW (oud), wat zegt:

> 'Men kan op zaken hebben, het zij een regt van bezit, het zij een regt van eigendom, het zij een regt van erfgenaamschap, het zij een vruchtgenot, het zij een regt van erfdienstbaarheid, het zij een regt van pand of hypotheek.'

Deze bepaling was de directe inspiratiebron voor het gesloten stelsel van art. 3:81 lid 1 BW en is daarom voor ons hoogst relevant. Het zou voor de negentiende-eeuwse civilistiek denkbaar zijn geweest om na te gaan wat de voorgeschiedenis van de bepaling was. De commentaren beperkten zich echter tot detailkritiek. Vier verschillende bezwaren worden in de negentiende eeuw tegen de bepaling ingebracht, zonder dat deze in een meer algemeen kader worden geplaatst.

In de eerste plaats wordt opgemerkt dat de term 'vruchtgenot' nogal onduidelijk is.[26] Uiteraard was men op de hoogte van de 'pendant'[27] van art. 584 in de Code Civil, art. 543, dat de term 'jouissance' ('regt van genot') gebruikt. Men is dan geneigd om onder 'vruchtgenot' de genotsrechten van de titels VI-X te vatten zodat opstal, erfpacht en vruchtgebruik, maar ook grondrenten en tienden en de rechten van gebruik en bewoning en het beklemrecht van Boek III hieronder zouden vallen, alsmede bepaalde oude zakelijke rechten als jacht- en visrecht. Deze gedachte werd echter slechts door een beperkt aantal auteurs aangehangen.[28]

Vervolgens zou aan art. 584 het manco kleven dat de opsomming onvolledig is omdat nog andere zakelijke rechten dan de genoemde bestaan. Een hele reeks negentiende-eeuwse auteurs voert dit misschien wel belangrijkste bezwaar aan. Zo meent Vernède dat het recht van gebruik en bewoning 'misschien in dit art. onder de algemeene benaming van vruchtgenot is begrepen', maar dat dan toch opstal, erfpacht, grondrenten en tienden, het Groninger recht van beklemming en de rechten uit vrijwaring en uit een bevoorrechte schuld ten onrechte niet worden genoemd.[29] De Pinto voert eenzelfde bezwaar aan.[30] Aan dit bezwaar is relatief eenvoudig te ontkomen door de term vruchtgenot ruim op te vatten en in het voetspoor van het Franse art. 438 CC te beschouwen als

---

26. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, Dl. 6, Groningen 1880, p. 10, N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Dl. 2, 2de dr., Haarlem 1901, p. 56 (die wel zeer geïnspireerd is door Diephuis). De hier behandelde bezwaren vindt men ook terug bij Asser-Scholten, deel 2, *Zakenrecht*, bijv. in de 5de dr., Zwolle 1913, p. 30 v.

27. Waarvan men niet werkelijk kan spreken omdat de pentarchie er niet in is neergelegd. Zie ook R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 4de dr., Leiden 1984, no. 151.

28. Zie hieronder.

29. J.S. Vernède, *Handleiding tot de Nederlandsche wetgeving*, Tweede Aflevering, Utrecht 1844, p. 290, aant. 2.

30. A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, 2de dr., 's-Gravenhage 1840, 1ste ged., p. 115 en 2de ged., p. 177.

een genotsrecht in ruime zin.[31] De vraag is dan echter of de aanduiding van het genotsrecht erfdienstbaarheid of van bezit wel nodig is, want ook deze vallen dan onder de definitie van 'genot'.[32]

Een derde bezwaar tegen de opsomming van de zakelijke rechten in art. 584 BW (oud) bestaat daarin dat erfgenaamschap ten onrechte als recht op een zaak wordt genoemd.[33] En ten slotte wordt opgemerkt dat 'bezit' abusievelijk als zakelijk recht wordt aangemerkt.[34] Dit is immers juist niet jegens een ieder te handhaven: tegenover de eigenaar staat de bezitter zonder recht.

Opvallend is nu dat in deze discussie de herkomst — en daarmee de bestaansgrond — van art. 584 niet ter discussie stond. De negentiende-eeuws-legistische denkwijze impliceerde dat een door de wetgever gegeven regel weliswaar geïnterpreteerd, doch niet fundamenteel gewijzigd mocht worden. Hoogst belangrijk is echter dat uit de weergave van de bezwaren blijkt dat de formele regel wel degelijk een bepaalde invulling onderging: wie meent dat de opsomming onvolledig is, gaat immers veel meer uit van een numerus clausus dan wie betoogt dat de vaststelling van de inhoud van de genoemde rechten in hoge mate is overgelaten aan partijen of zelfs zegt dat de opsomming in het geheel niet limitatief bedoeld is.

De verdienste van Meijers is geweest dat hij de herkomst van de bepaling *wel* aan de orde stelde. Dankzij hem weten we dat de opsomming van art. 584 is terug te voeren op het proefschrift dat Heinrich Hahn in 1639 te Helmstedt verdedigde. Hahn (1605-1668) promoveerde op relatief late leeftijd (hij doceerde al vóór het behalen van de doctorsgraad) op het werk *De jure rerum et juris in re speciebus* en was van 1641 tot aan zijn dood hoogleraar in Helmstedt. En hoe precies de invloed van dit en later werk van Hahn zijn werking had in het Europa van het *ius commune*[35] is minder relevant dan de vaststelling dat dankzij die invloed de pentarchie (overigens een benaming die Meijers verzon) in vele continentale rechtsstelsels is ingeslopen.

Wat is Hahns centrale stelling? Hij onderscheidde binnen de algemene categorie

---

31. Zie C.J. van Assen, 'Burgerlijk regt en regtsvordering — aanmerkingen op het BW', *Themis* 12 (1851), p. 126 en G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, 2de dr., dl. 3, Groningen 1857, no. 89. Anders C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, 3de dr. bew. door Grünebaum/Goudeket, Dl. 3, 's-Gravenhage 1911, p. 161 die meent dat opstal wel een recht van genot, maar niet van *vrucht*genot is.

32. Diephuis, *Volgorde*, o.c., no. 89, meent zelfs dat dan ook hypotheek niet genoemd behoeft te worden omdat dit valt onder pand.

33. Diephuis, *Burgerlijk Regt* Dl. 6, o.c., p. 11, Opzoomer, o.c., p. 162 en Land, o.c., p. 56.

34. Land, *Verklaring*, o.c., p. 55. Zie voor een uitgebreid overzicht van de classificering van bezit door de Rooms-Hollandse auteurs Duard Kleyn, 'The Concept and the Protection of Possession', in: R. Feenstra en R. Zimmermann (hrsg.), *Das römisch-höllandische Recht; Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin 1992, p. 549 v.

35. Zie daartoe R. Feenstra, 'Real rights and their classification in the 17th century: the rôle of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann', *The Juridical Review* 1982, p. 106 v. Feenstra wijst er op dat er geen bewijs is dat Hahn de eerste was die de classificatie maakte en dat de originaliteit die Meijers hem toeschreef wellicht niet terecht is.

van *iura in re* (staande tegenover de persoonlijke rechten, *iura ad rem*[36]) dominium, servitus, pignus, hereditas en possessio. Voor Hahn was deze indeling een logische omdat volgens hem het Romeinse recht vijf zakelijke acties kende[37] en met iedere actie een recht moest corresponderen. Nu even daargelaten of Hahn hiermee beoogde andere rechten buiten de deur te houden, zeker is dat voor Hahn zelf het begrip *servitus* ruim was: hij vatte daaronder zowel zg. zakelijke lasten als tiendrecht,[38] jachtrecht,[39] cijnsrecht,[40] weiderecht,[41] bouwgerechtigheden en collatierecht,[42] als persoonlijke servituten als vruchtgebruik en rechten van gebruik en bewoning.[43]

Niet alle auteurs namen Hahns indeling over. Hugo de Groot onderscheidde binnen de categorie 'tocht' vruchtgebruik, erfpacht en leenrecht om gebruik en tiendrecht vervolgens onder 'tochtsdeel' te behandelen en cijnsrecht en opstal onder de 'bysondere gerechtigheden'.[44] Van Leeuwen had wederom een andere indeling, maar Voet,[45] Huber[46] en Van der Linden[47] baseerden zich wel op Hahn. Springt men nu van de Rooms-Hollandse auteurs naar de tijd waarin de grote codificaties tot stand kwamen, dan ziet men dat de pentarchie zijn invloed heeft gehad.

De wetsgeschiedenis biedt wat dit aangaat een verhelderende blik op de visie van de wetgever. Zoals gezegd bepaalde de Code Civil van 1804 in art. 543 kortweg dat men op zaken een 'droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre' kan hebben. Bij de beraadslagingen in 1823 over het overnemen van deze bepaling in het BW realiseerde men zich dat de Franse wetgever

---

36. Een thans bekend begrip als *iura in re aliena* werd in de zestiende eeuw niet gebruikt. Weliswaar mag thans worden aangenomen dat Donellus (die 14 jaar vóór Hahns geboorte overleed) de term lanceerde, maar de Franse geleerde had toen weinig navolgers. Zie Robert Feenstra, '*Dominium* and *ius in re aliena*: The Origins of a Civil Law Distinction', in: P. Birks (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property* (Essays for Barry Nicholas), Oxford 1989, p. 111 v. en dez. *Ius in re; het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, Zwolle 1979 (Thorbecke-colleges no. 4), passim.

37. Nl. revindicatio, actio confessoria, actio Publiciana, hereditatis petitio en (samen genomen) de actio Serviana en quasi Serviana. Zie kritisch Feenstra, *Grondslagen*, o.c., nr. 152.

38. Recht op een evenredig deel van de gewassen en van geboren dieren op door een ander gebruikte grond. Zie A.S. de Blécourt, *Kort begrip van het Oud-Vaderlandsch Recht*, 5de dr., Groningen/Batavia 1939, no. 149 en F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, diss. Leiden 1978, Zwolle 1978, p. 11.

39. Dat nog van velerlei aard kan zijn. Zie De Blécourt, o.c. no. 92 en Ketelaar, o.c., p. 103 v.

40. Canon, pacht (met vele verschijningsvormen als boterpacht, roggepacht etc.), huur, maar ook gebruikt als benaming voor grondrente. Zie De Blécourt, o.c., no. 110 en Ketelaar, o.c., p. 198 v.

41. Rechten tot beweiding van andermans grond. Zie De Blécourt, o.c., no. 160 en Ketelaar, o.c., p. 163 v.

42. Het recht op benoeming of voordracht van predikant, koster, schoolmeester etc. Zie De Blécourt, o.c., no. 149 en Ketelaar, o.c., p. 12.

43. Zie Hahn, zoals geciteerd bij Meijers, o.c., p. 23.

44. *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (uit 1631) 2, 44, 8.

45. In zijn *Commentarius ad Pandectas* uit 1716 (5, 2, 2), waarbij erfpacht en opstal worden aangeduid als *dominium utile*.

46. In zijn *Hedendaegse Rechtsgeleertheyt* uit 1768 elimineert hij bezit en vat onder het begrip 'halve eigendom' erfpacht, opstal en leenrecht.

47. Met nuance-verschillen t.o.v. de oorspronkelijke opsomming. Zie het *Regtsgeleerd, practicaal en koopmanshandboek* uit 1806 (1, 11, 1 en 1, 11,*6).

hiermee niet een limitatieve opsomming had willen geven omdat bijv. art. 2114 CC nog de 'hypothèque' expliciet als zakelijk recht noemde. Een beperking tot enkel eigendom, vruchtgebruik en erfdienstbaarheden[48] lag daarmee niet voor de hand. Men stelde daarom de tekst voor zoals die ook in art. 584 is terecht gekomen, met dien verstande dat aanvankelijk in plaats van 'erfdienstbaarheid' 'dienstbaarheid' was voorgesteld. Omdat men dit echter teveel vond rieken naar persoonlijke horigheid die met de Franse Revolutie had te verdwijnen, wijzigde men de term.[49] Kennelijk wenste men hiermee *plus revolutionnaire que les revolutionnaires* te zijn, want voor de Fransen zelf zal de term 'services fonciers' geen andere klank hebben gehad dan 'dienstbaarheid' voor ons.[50]

Maar vanwaar de toevoeging ten opzichte van de Franse tekst van de rechten van bezit, pand, hypotheek en erfgenaamschap? Bezien vanuit de pentarchie van Hahn niet verrassend, maar de codificator was met hem onbekend. Dit nu kan slechts worden begrepen vanuit de invloed die de 'nationale' ontwerpen hadden op het BW 1838 en de achter die ontwerpen staande civielrechtelijke traditie. Zonder hier *en detail* op in te gaan,[51] zij gemeld dat in het Ontwerp-Van der Linden 1807[52] was bepaald dat 'reele' rechten zijn het eigendomsrecht, bezitrecht, recht van erfopvolging, dienstbaarheid en pandrecht. Onder dienstbaarheid werden verstaan erfdienstbaarheden, vruchtgebruik, erfpacht, tiendrecht, cijnsrecht, opstal en beklemming. De Ontwerpen van 1816 en 1820 bevatten bepalingen die hetzelfde effect bewerkstelligden.[53] Aldus kwam dankzij de invloed die ons Oud-Vaderlandse recht had op deze ontwerpen de pentarchie toch in ons oude BW terecht.

4 De inhoud van de pentarchie: de invulling van de formele regel

In overeenstemming met de hier gekozen benadering, wordt inzicht in de betekenis van de

---

48. Vgl. Carel Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's-Gravenhage, Amsterdam 1838, p. 240.

49. Zie J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, dl. III, Utrecht 1838, p. 345 en J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen*, dl. II, 's-Gravenhage 1875, p. 26. In de Franse versie verving men 'services fonciers' liever door het vanouds bekende 'servitudes'. In art. 543 Belgisch BW zijn dat 'erfdienstbaarheden'.

50. Men wijzigde in Frankrijk wel andere naar horigheid riekende termen. Zie daarover van Kan, 'Het vruchtgenot van art. 584 B.W.', *WPNR* 2483-2486 (1917), p. 353 v. In het curieuze werk van J.A. Rogron, *Burgerlijk Wetboek* opgehelderd, vertaald door C.J. van Heusden, eerste deel, Breda MDCCCXXVII, waarin het wetboek wordt 'vertaald voor huisvaders' zonder juridische kennis leest men op p. 387: 'Men kan op de goederen hebben, of een regt van eigendom, of een enkel regt van genot, of alleenlijk een regt van erfdienstbaarheid of servituut'.

51. Vgl. Meijers, o.c., p. 20 v. en Ketelaar, o.c., p. 139 v.

52. Boek II, titel 1, art. 20.

53. De wetgevingstechniek was evenwel anders: art. 1082 Ontwerp-1816 en art. 973 Ontwerp-1820 bepalen dat andere zakelijke rechten dan die, voorkomend in Boek 2, titel VII-XIV, niet gevestigd kunnen worden (M.J.E.G. van Gessel-de Roo, *Zakenrecht 1798-1820* (= Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798 dl. VII), Zutphen 1991, p. 186).

formele regel van het gesloten systeem eerst verkregen indien men de materieelrechtelijke invulling per periode bestudeert. Wat *betekent* de opsomming nu eigenlijk? Dat tegenwoordig de beperktheid van het aantal zakelijke rechten wordt gepredikt, laat onverlet dat dit wellicht ooit anders was.

En inderdaad is nogal opmerkelijk dat wanneer men Hahns eigen werk bestudeert, men ziet dat de indeling voor hem slechts een scholastische was, dus bedoeld om de chaotische rechtsstof beter te presenteren dan voordien gebeurde. Het is uitermate gevaarlijk om aan zo'n verdeling vervolgens de systematische consequenties van het huidige onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten te verbinden.[54] Dat slechts in vijf gevallen sprake zou zijn van jegens een ieder werkende rechten in tegenstelling tot een oneindig aantal *iura ad rem* die jegens specifieke personen werken, kan men uit Hahns categorisering *op zichzelf* niet afleiden.[55] Dit zou ook in strijd zijn gekomen met de in de tijd van Hahn nog weinig ontwikkelde systematische denkwijze: weliswaar hadden Donellus (1527-1591) en Hugo de Groot (1583-1645) toen al getracht om het recht op rationele wijze te beschrijven (met de impliciete pretentie al wat buiten de classificering viel niet te aanvaarden), maar hun invloed was ten tijde van Hahn nog niet groot.

Ook door de Rooms-Hollandse auteurs werd Hahns opsomming niet als limitatief beschouwd en inderdaad bestond in hun tijd dan ook een wirwar aan alle mogelijke zakelijke rechten waarmee men als derde maar rekening had te houden. Interessant wordt het pas wanneer de negentiende eeuw aanbreekt en men dankzij het gedachtengoed van de Franse Revolutie tegen juist die wildgroei ageert. Enerzijds zien we dan de *politieke* wens van zekerheid voor de burger — hij moet kunnen weten met welke rechten zijn goed mogelijk is belast — gekoppeld aan de afkeer van feodale praktijken, anderzijds is meer algemeen de behoefte aan systematisering (met daaraan nu expliciet gekoppeld de pretentie dat niet de praktijk, maar het recht uitmaakt wat mogelijk is) steeds groter.

Fascinerend is om te bezien hoe in de negentiende eeuw die systematische inbedding van het goederenrechtelijk stelsel precies in zijn werk is gegaan. Daar de visie van de Duitse Pandektisten op de verhouding tussen goederen- en verbintenissenrecht nog altijd doorwerkt in hoe wij tegenwoordig aankijken tegen de (ontstaanswijzen der) zakelijke rechten, is er reden om hier wat uitgebreider bij stil te staan. Op de denkbeelden van F.C. von Savigny (1779-1861) wordt daartoe met name ingegaan.

Voor Savigny was het onderscheid tussen verbintenissen- en goederenrecht een axiomatisch gegeven: de ultieme vraag bij de verdeling der soorten rechten is namelijk in welke verhoudingen een persoon kan staan tot datgene wat zich buiten die persoon bevindt. Slechts twee verhoudingen zijn denkbaar. Savigny meldt in een beroemd

54. Zoals Meijers lijkt te doen wanneer hij, p. 14, uitspreekt dat het systeem 'vreemd en gewrongen' *lijkt*, maar zie echter p. 23 waar hij terecht opmerkt dat nooit de strekking was van de pentarchie de vestiging van bepaalde zakelijke rechten als ongeoorloofd te beschouwen.

55. Vgl. Meijers, p. 23, Ketelaar, p. 141 en p. 139 nt. 27 en de al genoemde Opzoomer, o.c., p. 161: het artikel is alleen 'van leerstelligen aard'.

geworden passage:[56]

> 'Die unfreie Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begränzung; ein so begränztes Stück nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: das Recht an einer Sache, welches in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eigentum heist'.

Ook minder zuivere vormen van rechten *op een zaak* zijn denkbaar:[57]

> '(es) aber lässt sich eine mannichfaltig begränzte Herrschaft innerhalb des Eigentums denken, woraus dann, je nach den Bestimmungen jedes positiven Rechts, mehrere einzelne jura in re, als besondere Rechtsinstitute, gebildet werden können. Alle mögliche Rechte an Sachen — Eigenthum und jura in re — fassen wir unter dem gemeinsamen Ramen der dinglichen Rechte zusammen'.

Maar een dergelijke rechtsverhouding is onmogelijk ten aanzien van een medemens: zou ook die onder onze macht kunnen staan, dan zouden diens persoonlijkheid en vrijheid worden opgeheven en we zouden niet langer over een persoon heersen, maar over een zaak. Ons recht zou dan kunnen bestaan in eigendom over een mens.[58] Daarom is een tweede rechtsverhouding — die verbintenissen oplevert — er een die heerschappij geeft over een enkele handeling van een persoon, niet over die hele persoon.

Is aldus het onderscheid tussen zaken- en verbintenissenrecht axiomatisch geponeerd, consequentie hiervan is dat een beginsel uit het ene rechtsgebied, de contractsvrijheid, geen betekenis heeft voor het andere rechtsgebied. De wilsheerschappij over de 'onvrije natuur' is aan het gezag van personen ontrokken en kan daarom alleen op wettelijk voorgeschreven wijze in het leven worden geroepen. Zo is de gebondenheid aan de wettelijke typen beargumenteerd vanuit een petitio principii: omdat zaken- en verbintenissenrecht gescheiden *moeten* zijn,[59] kan het niet anders dan dat partijen zelf geen zakelijke rechten in het leven kunnen roepen omdat daarmee een ongeoorloofde inbreuk op de scheiding en dus op de vrijheid van derden wordt gemaakt.

In de *Motive* bij het BGB vindt men deze gedachte terug:[60]

> 'Den beteiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches

---

56. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* Bd. 1, Berlin 1840, p. 338. Zie ook Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 9. Aufl. (bearb. Kipp), Frankfurt am Main 1906, p. 166 v.
57. o.c., p. 369.
58. o.c., p. 338.
59. Zie ook E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, diss. Leiden 1992, Deventer 1992, p. 243: het goederenrecht zelf bepaalt inhoud, wezen en doel der zakelijke rechten, dus het kan partijen niet vrijstaan ieder willekeurig recht het karakter van zakelijk recht te verlenen.
60. *Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin 1888, dl. III, p. 3.

> sich auf eine Sache bezieht, den Karakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: die betheiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zulässt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher nothwendig eine geschlossene'.

Savigny heeft zijn invloed gehad. Niet alleen draagt het nieuw BW sporen van de grote Pandektist en zijn navolgers dankzij de inspiratie die de Nederlandse wetgever putte uit het BGB,[61] ook al in de Nederlandse handboeken uit de negentiende eeuw vindt men Savigny's gedachten zonder moeite terug. Wie voorbij ziet aan de nog weinig gesystematiseerde werken van auteurs als Nienhuis,[62] Lipman,[63] De Pinto[64] en Vernède[65] vindt bij Diephuis[66] en Opzoomer[67] al Savignyaanse wendingen.

Dat Neêrlands grootste Pandektist J.E. Goudsmit (1813-1882) Savigny zelfs op de voet volgt, wekt geen verbazing. De wilsheerschappij eens persoons is gericht óf onmiddellijk op 'een lichamelijk voorwerp in de natuur buiten ons' óf daarop dat een bepaald persoon 'iets doe of nalate, een en ander voor zoo verre daarmede een op geld waardeerbaar belang verbonden is'.[68] Die scheiding van zakelijk recht en schuldvordering wordt door hem consequent uitgewerkt, maar opvallend is dat geen der negentiende-eeuwers de koppeling maakt met de numerus clausus. Waar de Pandektistische benadering zou moeten leiden tot het oordeel dat een numerus clausus bestaat, trekt men die conclusie niet. Integendeel: geen enkel verband wordt gelegd tussen de opsomming van art. 584 BW (oud) en de scheiding van zaken- en verbintenissenrecht. Men zou zo de Nederlandse door het Pandektisme beïnvloede auteurs kunnen beschuldigen van onvoldoende associatievermogen. De doordenking van het stelsel vond blijkbaar slechts in Duitsland plaats.

Zeer opmerkelijk is immers dat men blijft volhouden dat art. 584 niet limitatief is bedoeld. Zo stelt Opzoomer dat het artikel alleen van leerstellige aard is,[69] Diephuis acht

---

61. Zie daarover J.H.A. Lokin, 'Het NBW en de Pandektistiek', in: *Historisch vooruitzicht* (BW-krant Jaarboek 1994), Arnhem 1994, p. 125 v.
62. H. Nienhuis, *Handleiding bij akademische voorlezingen over het hedendaagsch burgerlijk regt*, Groningen 1831. Hendrik Nienhuis (1790-1862) was 34 jaar hoogleraar in Groningen en in die hoedanigheid de leermeester van o.a. Diephuis en Van Boneval Faure.
63. S.P. Lipman, *Burgerlijk Wetboek (...) vergeleken met het Romeinsche en Fransche Regt*, Amsterdam 1839.
64. A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, 2de dr., 1ste ged., 's-Gravenhage 1840 met op p. 114 al wel een Pandektistisch aandoende formulering van het *jus in re*.
65. J.S. Vernède, *Handleiding tot de Nederlandsche wetgeving*, Utrecht 1844.
66. Zie Diephuis, *Volgorde*, dl. 3, no. 87. Men leze hierbij echter G.E. van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen*, Nijmegen 1987, p. 37 v.
67. o.c., p. 162 v. (genuanceerd).
68. *Pandecten-Systeem*, dl. 1, Leiden 1866, p. 35-36.
69. o.c., p. 161.

het zelfs zonder wetgevende kracht.[70] De volvoering van het Savignyaans dogma heeft in Nederland zo nooit plaatsgevonden en tegenover art. 584 is men een eigenaardige houding blijven innemen. Enerzijds werd de bepaling als wettelijk gegeven aanvaard, anderzijds heeft men op alle mogelijke manieren getracht om aan de consequenties ervan te ontkomen door hetzij de bepaling als niet limitatief bedoeld op te vatten (wat historisch juist was), hetzij binnen de afzonderlijke rechten nog alle ruimte te laten voor invulling door partijen.

Sinds de aanvang der werkzaamheden aan het nieuwe BW (en de daarmee gepaard gaande systematisering van het burgerlijk recht) lijkt de geslotenheid van het systeem van zakelijke rechten overigens meer te worden benadrukt,[71] wat heeft geculmineerd in art. 3:81 lid 1 BW, een bepaling die bij nader inzien dus veel verder gaat dan art. 584 BW (oud), maar zoals gezegd met het ventiel dat de omschrijving van de rechten nog veel ruimte laat voor nadere invulling door partijen.

Wat valt nu te concluderen naar aanleiding van de bovenstaande, noodzakelijkerwijs nogal fragmentarische, weergave van de substantiële invullingen der formele regel? In de eerste plaats dat zij zeer uiteen lopen, maar bovendien dat de discussie over de essentie van de numerus clausus eigenlijk niet echt is gevoerd. Het gedachtengoed der Pandektisten is op het terrein van het verbintenissenrecht niet langer toonaangevend, maar wanneer men bijvoorbeeld de parlementaire toelichting op art. 3:81 lid 1 BW bekijkt, waant men zich voor het goederenrecht nog altijd in de negentiende eeuw. In het vervolg van het betoog zal ik proberen aan te tonen dat we toe zijn aan een meer moderne visie op de numerus clausus dan de thans heersende. Een nieuwe interpretatie, net zozeer in overeenstemming met de huidige tijdgeest als de Pandektistische dat was in de negentiende eeuw, lijkt aangewezen. Helemaal vanaf punt nul behoeft men dan niet te beginnen, want een recente discussie *in het verbintenissenrecht* heeft welbeschouwd alles met de numerus clausus te maken.[72]

5 *De methode als motor voor de rechtsontwikkeling*

Voordat men in staat is om een op het eerste gezicht geïsoleerd vraagstuk in verbinding te brengen met een actueel probleem, dient men het eerste vaak op een wat andere manier te presenteren dan voorheen gebeurde. In dit geval valt die taak niet zwaar. Wie is geïnte-

70. o.c., p. 10: het artikel is een 'brug' van de eerste tot de volgende titels: het is 'geen veilig en bindend rigtsnoer'. Later in gelijke zin J.Ph. Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5de stuk, Haarlem 1940, no. 8. die art. 584 'nietszeggend' noemt.

71. Men zie anders Nève, o.c., p. 232 die stelt dat de idee van de numerus clausus ook in Nederland dankzij de invloed der Pandektisten is opgekomen. Steun hiervoor is m.i. te vinden in het arrest Blaauboer/Berlips, dat evenwel moeilijk te plaatsen lijkt in de literatuur van die tijd.

72. De idee dat het goederenrecht thans 'dogmatisch schoon' wordt gehouden omdat gewenste rechtsfiguren (zoals kwalitatieve verbintenissen) in het verbintenissenrecht worden geplaatst, kan dus niet worden aanvaard. Zie kennelijk anders A.J.H. Pleysier, 'Rubrica non facit ius?', *TSAR* 1993, p. 416. Zie voor de genoemde discussie bijv. J.B.M. Vranken, 'Schaalvergroting', o.c., p. 1400 v.

resseerd in methodische vragen, zal in het voorafgaande namelijk twee dingen zijn opgevallen. In de eerste plaats dat een definitie van het zakelijk recht is uitgebleven. Duidelijk was wat hiermee werd bedoeld, maar in de discussie over het karakter ervan werd niet getreden. In de tweede plaats valt op dat het oordeel *dat* een zakelijk recht bestaat niet afhankelijk was van het al dan niet aanwezig zijn van bepaalde kenmerken die dit recht 'zakelijk' maken, maar veeleer van de wettelijke kwalificatie. Dit past natuurlijk geheel bij de Savignyaanse benadering, waarin slechts de wetgever het zakelijk recht kan creëren omdat anders de grondslag voor de rechtsgeldigheid ontbreekt,[73] maar de vraag is of deze benadering thans nog legitiem is. Mijn stelling is dat de beide gestelde vragen slechts op één manier vruchtbaar kunnen worden beantwoord, namelijk alleen dan 'motor' voor de rechtsontwikkeling kunnen zijn. Dit zal ik toelichten.

Ten aanzien van het 'wezen' van het zakelijk recht, is de grote tweedeling tussen theorieën die de nadruk leggen op de betrekking tussen persoon en zaak (klassieke leer) en die, die accentueren dat een zakelijk recht een verhouding schept tussen de gerechtigde en andere personen die dat recht moeten respecteren (respectleer).[74] Het komt mij voor dat bij de duiding van de numerus clausus de laatste opvatting meer vruchtbaar is dan de eerste. Indien men immers Savigny's rechtsopvatting in moderne termen vertaalt, dan gaat het om niets anders dan de problematiek van derdenwerking van verbintenissen. De numerus clausus betekent zo bezien niets anders dan dat buiten wettelijke grondslag om is uitgesloten dat twee partijen een derde binden.[75] Dit is dezelfde reden als waarom aan de afspraak dat een zaak niet overdraagbaar is geen zakelijke werking wordt toegekend: een verbintenisrechtelijke binding van de eigendom is onmogelijk.[76]

Wie spreekt van derdenwerking, doet het dogmatisch perspectief zo verschuiven van het zakelijk recht als gevende heerschappij over een zaak naar een recht dat al dan niet *personen* bindt. Dan geldt wat Opzoomer zegt:[77]

> 'Tusschen het zakelijk recht en de verbintenis bestaat slechts een verschil in graad en in voorwerp: in graad, omdat het aantal der verbonden personen veel grooter is, immers allen behalve den rechthebbende omvat, in voorwerp, omdat de verplichting alleen in een niet-doen bestaat, n.l. in het niet storen van den rechthebbende, terwijl de praestatie bij de eigenlijke verbintenissen ook positief kan zijn'.

---

73. Zie nog Meijers, o.c., p. 24.

74. Zie bijv. Rank-Berenschot, o.c., p. 35 v. en Margje Reinsma, *Het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten m.b.t. onroerend goed in het Zuidafrikaanse recht*, diss. VU 1970, p. 151 v.

75. Vgl. Wolfgang Wiegand, 'Numerus clausus der dinglichen Rechte; zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas', in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte*, Festschrift Karl Kroeschell (Rechtshistorische Reihe Bd. 60), Frankfurt am Main etc. [1987], p. 635: 'Transformation bilateraler Vereinbarungen in drittwerksame Rechtspositionen' is onmogelijk. Zie ook Meijers, p. 24.

76. Zie art. 3:83 BW en § 137 BGB (waarover in dit verband Rüdiger Liebs, 'Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis', *AcP* 175 (1975), p. 1 v.).

77. Opzoomer, o.c., p. 163.

Alleen in deze visie zijn verbintenissen- en goederenrecht op één- en dezelfde noemer teruggebracht: de vraag is voor beide rechtsgebieden jegens welke personen men gebonden is, los van enigerlei relatie tot de zaak.[78]

Maar in de tweede plaats is nog een andere keuze noodzakelijk. Heersende leer is thans dat een recht jegens een ieder is te handhaven *omdat* het een zakelijk recht is. Dat is een *top-down*-redenering: de wet bepaalt wat een zakelijk recht is en daarmee zijn de rechtsgevolgen gegeven; de absoluutheid is *gevolg*. Consequentie van die leer is dat wanneer zich in de praktijk rechten ontwikkelen waaraan de facto dezelfde rechtsgevolgen worden verbonden als aan de wettelijke zakelijke rechten, deze nooit als zakelijk kunnen worden gekwalificeerd terwijl dit uit een oogpunt van systematiek wel vereist is.

Aangewezen is daarom een tegengestelde benadering waarbij de mate van handhaafbaarheid van het recht de *oorzaak* is van het oordeel dat een zakelijk recht bestaat. Voor een continentaal jurist is deze methode niet gebruikelijk. De grote F.W. Maitland (1850-1906) zegt hier dan ook van:[79]

> 'A professor of law will tell his pupils that they must not think (...) in this manner. He may tell them that the destinatory's rights are in history and in ultimate analysis not *dinglich* but *obligatorisch*: that they are valid only against those who for some special reason are bound to respect them. But let the Herr Professor say what he likes, so many people are bound to respect these rights that practically they are almost as valuable as if they were *dominium*' (curs. in orig.).

Alleen met deze *bottom-up*-redenering is men in staat om bij elkaar te plaatsen wat bij elkaar hoort, namelijk de als 'zakelijk' te kwalificeren rechten omdat deze in beginsel jegens iedereen kunnen worden afgedwongen. In het Engelse recht is men bereid om deze weg te volgen. Het onderscheid tussen *rights in personam* en *rights in rem* vormt daarbij ook voor het Engels recht een goed uitgangspunt. Wanneer is sprake van een recht waarbij de afdwingbaarheid onafhankelijk is van de persoon van wie men afdwingt (dus een *right in rem* is)? Lord Wilberforce zegt:[80]

> 'Before a right or interest can be admitted into the category of property, or of a right affecting property, it must be definable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence or stability'.

Zo laat de categorie zakelijk recht zich opvullen aan de hand van wat in de praktijk ge-

78. Deze visie past in moderne opvattingen over 'dephysicalization' van het eigendomsrecht. Zie bijv. Charles A. Reich, 'The New Property', *Yale LJ* 73 (1964), p. 733 v.
79. F.W. Maitland, *Collected Papers*, Vol. III, 1911, p. 349.
80. National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth [1965] AC 1175, p. 1247-1248.

beurt.[81]

Wanneer men nu in het verbintenissenrecht gewoon is de vraag te stellen of een gesloten overeenkomst aan derden ten voor- of nadele kan strekken, is dat — met deze methodische herformulering — precies dezelfde vraag als die naar de al dan niet geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Meijers, sprekend over het karakter van het zakelijk recht, schreef dit reeds:[82]

> 'Het komt slechts daarop aan, of men een recht een meer uitgebreide werking wenscht toe te kennen, dan de gewone uit een overeenkomst voortvloeiende verbintenis heeft.'

Een *zeitgemässes* privaatrecht heeft behoefte aan een dogmatiek waarin verbintenissen- en goederenrecht op één noemer zijn teruggebracht zodat ten principale de vraag kan worden gesteld wanneer men jegens wie gebonden is.[83] Dat dat voor het verbintenissenrecht uitgemaakt zou worden door het objectieve recht, maar voor het goederenrecht door de binnen wettelijke grenzen toegelaten partijwil, is immers een anomalie die niet langer stand kan houden. Dit vergt wel een wederom nieuwe interpretatie van de numerus clausus, ingegeven door de idee dat aan de hand van uniforme maatstaven wordt uitgemaakt of een recht zakelijk of persoonlijk is. Daartoe wordt een visie op het zakelijk recht *an sich* verwoord, maar wordt ook de vraag beantwoord of enig rechtsstelsel bestaat waaraan inspiratie kan worden ontleend.

6 *Het Zuid-Afrikaanse recht en 'gesplitste eigendom'*

In de dogmatiek van de zakelijke rechten zoals die sinds Donellus is ontwikkeld, staat de absolute handhaafbaarheid van het zakelijk recht voorop. Donellus was in de zestiende eeuw de eerste die onderscheid maakte tussen enerzijds *dominium* en anderzijds beperkte rechten.[84] Omdat die laatste waren *afgeleid* van de eigendom, konden zij net als deze jegens iedereen worden afgedwongen. Hugo de Groot bouwde daarop voort door het ene recht (*gebreckelicke eigendom*) van meer waarde te achten dan de *gerechtigheid* die daarvan is afgeleid.[85] De Pandektisten konden deze indeling vervolmaken door de zakelijke rechten te kwalificeren als subjectieve rechten die de gerechtigde in staat stellen zijn

81. Vgl. Kevin Gray, *Elements of Land Law*, 2nd. ed., London etc. 1993, p. 46: 'It is not impossible that a purely personal right may undergo a slow juristic metamorphosis, qualifying eventually for full recognition as a proprietary interest'.
82. o.c., p. 25.
83. Zie ook J.M. van Dunné, 'Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen)', in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer 1991, p. 45 v. en J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu*, oratie Tilburg 1980, Deventer 1980, p. 95 v.
84. Feenstra, Nicholas-bundel, o.c., p. 111 v.
85. *Inleidinge* 2, 33, 1. In *De jure belli ac pacis* (I, I, 5) heet dit *dominium plenum* en *dominium minus pleno*.

wil jegens anderen te handhaven.[86] De eigenaar had de volledige macht en de mogelijkheid op te treden tegen iedereen (absoluutheid) indien enige aantasting (exclusiviteit) dreigde. De beperkt gerechtigde kon hetzelfde ten aanzien van het onderdeel van het volledige recht waartoe en de periode waarin hij gerechtigd was.

Het huidige model kent hiermee een *ongefragmenteerd* eigendomsbegrip: behoudens mede-eigendom kan eigendom slechts bij één eigenaar en een zakelijk recht slechts bij één gerechtigde berusten. Maar dit kan anders: denkbaar is dat meerdere personen tegelijkertijd rechthebbende zijn van een specifiek gedeelte van de eigendomsbevoegdheid en dus *allebei* eigenaar zijn. Zo'n splitsing van de eigendom betekent bijv. dat de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van een zaak bij de 'formele' eigenaar blijft, maar dat de bevoegdheid van genot bij een ander berust. Die laatste kan 'vruchtgebruiker' zijn, maar dat behoeft niet: hij kan ook feitelijk de macht over een zaak uitoefenen en om die reden worden beschouwd als iemand met een gedeelte van de eigenaarsbevoegdheid.

Een dergelijke conceptie van 'gesplitste eigendom', gebaseerd op het onderscheid tussen *dominium directum* en *dominium utile* van de glossatoren,[87] is in Nederland nooit erkend.[88] De geschetste ontwikkeling die leidde tot de gedachte van volle eigendom met daarvan afgeleide beperkte rechten is daarmee immers strijdig. Wie aanvaardt dat een beperkt gerechtigde een recht van geheel eigen aard heeft, komt er niet toe om diens recht als een soort 'eigendom' voor een bepaald doel te kwalificeren. Bestond dan ook vóór (grofweg) Donellus een onderscheid tussen de eigenaar van de grond (met dominium directum) en de gebruiker van die grond (met dominium utile), ná hem hadden zij allebei een apart recht verkregen, nl. de een *dominium minus plenum* en de ander *usus*.[89]

Alvorens de vraag te stellen of dit model wellicht goede diensten kan bewijzen bij onze queeste naar een nieuwe interpretatie van de numerus clausus, lijkt het aangewezen om eerst nog enige rechtsvergelijkende notities te maken. Inspiratie zou immers kunnen worden geput uit een rechtssysteem waarin de Savignyaanse invloed niet zo groot is geweest als in de meeste landen van continentaal Europa. Men kan dan denken aan enig land uit de Anglo-Amerikaanse traditie, ware het niet dat — met name in het Engelse recht — het onderscheid tussen common law en equity het recht daar een zodanige struc-

86. Zie bijv. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8. Aufl. (bearb. Kipp), Frankfurt am Main 1900, 1, 2, par. 38, maar ook Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 6. Aufl. (Biermann), Berlin 1900, Bd. I, Buch 2, p. 54 v. Over de directe lijn van Grotius naar de Pandektisten zie men R. Feenstra, 'Historische aspecten van de private eigendom als rechtsinstituut', *RMTh* 1976, p. 273.

87. Zie voor de historische ontwikkeling het heldere overzicht bij A.J. van der Walt en D.G. Kleyn, 'Duplex Dominium: The History and Significance of the Concept of Divided Ownership', in: D.P. Visser (ed.), *Essays on the History of Law*, Cape Town 1989, p. 213 v. (alwaar veel verdere literatuur), alsmede G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom*, 2de dr., Deventer 1988, p. 35 v.

88. Vgl. G.H.A. Schut, 'Naar een pluriforme regeling van het eigendomsrecht', *RMTh* 1981, p. 329 v. en vooral Van Maanen, o.c., p. 37 v. en p. 150 v. Zie ook Asser-Beekhuis, II, 12de dr., Zwolle 1990, nr. 14.

89. Van der Walt en Visser, o.c., p. 244. Mijn formulering is nogal dramatisch: in werkelijkheid ging de receptie van Donellus' inzicht natuurlijk veel minder snel.

tuur geeft dat vergelijking moeilijk is.[90] Gekozen wordt daarom voor een land dat én de continentale traditie bezit én in veel mindere mate is gebouwd op Pandektistisch gedachtengoed dan de Europese landen, namelijk Zuid-Afrika. Het daar bestaande Rooms-Hollands recht wordt in Nederland te weinig beschouwd als inspiratiebron in een periode waarin de negentiende-eeuwse invullingen van de civielrechtelijke begrippen niet langer voldoen. Het (verder ontwikkelde) Rooms-Hollands recht (en de discussie over de vraag wat dit precies inhoudt) kan Europa een spiegel voorhouden hoe aan die begrippen een nieuwe invulling te geven valt. De kans dat men bij bestaande problemen terugvalt op het roemrijke verleden van het Rooms-Hollands Recht,[91] is daar immers veel groter dan in Nederland.

Hoe beziet men de zakelijke rechten in Zuid-Afrika? Een numerus clausus ontbreekt er.[92] Op het voetspoor van het oorspronkelijke Rooms-Hollands recht, onderscheidt men tussen de traditionele Romeinsrechtelijke rechten als ook neergelegd in de pentarchie en andere, uit de praktijk van het zeventiende en achttiende-eeuwse Holland en Zuid-Afrika zelf, alsmede uit wetten afkomstige rechten. Al met al kent men zo de eigendom, servituten (waaronder de erfdienstbaarheden), het pandrecht, verband (de Afrikaanse benaming voor het zekerheidsrecht hypotheek), erfpacht, 'huurpag', huur van grond, de typisch Zuid-Afrikaanse mineraalrechten, huur (voor zover notarieel gevestigd) en wettelijke zakelijke rechten op grond van de Wet op Deeltitels. Onder de servituten worden ook de zogenaamde *servitutes irregulares* gevat; deze worden ten gunste van een bepaalde persoon gevestigd en niet ten voordele van de zaak zelf. Dit betekent dat zij met de dood van de gerechtigde ook verdwijnen en bovendien onvervreemdbaar zijn. En waar in de Romeinse tijd het stelsel van deze persoonlijke dienstbaarheden gesloten was,[93] bestaat in het huidige Zuid-Afrikaanse recht een veelheid van dit soort rechten. Naast het meest belangrijke vruchtgebruik, zijn dat bijv. de rechten van gebruik en bewoning, de agrarische rechten van *weiding* en *veesuiping* en van *trekpad* en *uitspan*, maar ook het recht om kabels e.d. op en onder de grond van een ander te mogen houden.[94]

Is nu enige registratie vereist, willen deze rechten een zakelijk karakter verkrijgen? De Registratie van Aktes Wet (Deeds Registries Act) uit 1937 bepaalt slechts dat inschrij-

---

90. Het Engelse stelsel wordt ook gesloten geacht: partijen zelf kunnen een zakelijk recht niet in het leven roepen; niet de wetgever, maar de rechter moet de *equitable* rechten erkennen.

91. Zie voor een methodische uitwerking van die stelling mijn *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden 1995, p. 71 v.

92. Zie C.G. van der Merwe, *Sakereg*, 2de dr., Durban 1989, p. 58 v. en p. 215, M.J. de Waal, 'Servitudes', in: R. Feenstra en R. Zimmermann (hrsg.), *Das römisch-höllandische Recht; Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin 1992, p. 567 v. en Reinsma, o.c., p. 141. Zie ook Derek van der Merwe, 'Property in Mixed Legal Systems: South Africa', in: Van Maanen en Van der Walt (eds.), *Property Law on the Threshold of the 21st Century* (verschijnt in 1996/97). Voor een overzicht van eigendomstheorieën in Zuid-Afrika zie men bijv. de artikelenreeks van A.J. van der Walt, *TSAR* 1995, p. 15 v., 322 v. en 493 v., alsmede dez., Marginal notes, o.c.

93. Zie bijv. Peter Stein, *Legal Institutions*, London 1984, p. 144 v.

94. Van der Merwe, o.c., p. 506 v.

ving van persoonlijke rechten ten aanzien van grond niet mogelijk is[95] en laat onverlet dat een zakelijk recht ook buiten inschrijving om kan bestaan. Zo wordt aangenomen dat iemand die voor een korte periode grond huurt, een zakelijk recht verkrijgt door de grond in bezit te nemen (wie voor langere tijd huurt, dient te registreren en heeft om die reden reeds een zakelijk recht). In een nogal omstreden beslissing uit 1974 heeft het Zuid-Afrikaanse Hooggerechtshof zelfs aangenomen dat een door een grondeigenaar aan een derde verleende toestemming om gedurende twintig jaar 'klip, gruis en sand' van de grond te verwijderen, een zakelijk servituut was, ook al was de overeenkomst niet ingeschreven omdat de wet van 1937 dit verbood.[96] De registratie of registrabiliteit *schept* dus niet het zakelijk recht, maar is een *gevolg* van die kwalificatie. Vandaar ook dat de discussie in Zuid-Afrika praktisch meestal gaat over de vraag of een recht registreerbaar is, waarmee dan vaststaat dat dit absoluut werkt en ook toekomstige eigenaars bindt.[97]

Aan welke vereisten moet dan zijn voldaan, wil het recht dit zakelijk karakter verkrijgen? Twee criteria worden gehanteerd: degene die het recht in het leven roept, moet de bedoeling hebben om niet alleen de huidige eigenaar te binden, maar ook diens rechtsopvolgers en bovendien moet in het leven roepen van het recht een zg. 'subtraction from the dominium' betekenen.[98] De eerste eis is duidelijk: de contractant moet de wil uiten de eigenaar van de grond in zijn kwaliteit van eigenaar en niet in zijn persoonlijke hoedanigheid te binden, moet met andere woorden een zakelijk recht willen vestigen. Aldus hebben ook diegenen die dezelfde kwaliteit bezitten als de huidige eigenaar het recht in kwestie.

Essentieel is daarnaast een tweede eis, die sinds 1893 in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak wordt gesteld: het als zakelijk te beschouwen recht moet zijn afgesplitst van de volle eigendom. Achterliggende gedachte is dat wanneer het volle eigendomsrecht zakelijk is, een ander recht dit alleen maar kan zijn wanneer het daarvan is afgeleid. Dat de eigenaar dus door het beperkte recht in zijn goederenrechtelijke bevoegdheden moet worden beperkt, vloeit voort uit de aanvaarding van De Groots onderscheid tussen volle en 'gebreckelicke' eigendom. Bij een enkele verplichting van een grondeigenaar om jaarlijks een bepaald bedrag te betalen, is aan die eis in beginsel niet voldaan. Illustratief is de zaak Adinvale (Pty) Ltd. v. Warmbaths Town Council.[99] De gemeente had in 1960 een persoonlijk servituut verkregen om boven een 'plaas' (boerderij) elektriciteitsdraden te spannen. In de (geregistreerde) overeenkomst was bepaald dat de eigenaar tegen een bepaald (laag) tarief van elektriciteit zou worden voorzien. Wanneer de boerderij wordt

95. Art. 63 luidt: 'Geen akte, of voorwaarde in 'n akte, wat 'n persoonlike reg in verband met onroerende goed heet te vestig of waarin so 'n reg uitgedruk staan, en geen voorwaarde wat nie die eiendomsreg in verband met onroerende goed beperk nie, is vir registrasie vatbaar nie'.
96. Secretary for Inland Revenue v. Bozzone & Others, 1974 3 SA 826.
97. Tenzij het recht ten onrechte is geregistreerd. Zie het Hooggerechtshof in Lorentz v. Melle & Others, 1978 3 SA 1050.
98. Van der Merwe, o.c., p. 70 v.
99. 1981 3 SA 516.

overgedragen aan een nieuwe eigenaar, wil de gemeente hem slechts elektriciteit leveren tegen het gebruikelijke tarief. Vraag is nu of de bewuste bepaling in de overeenkomst ook geldt voor de nieuwe eigenaar (en dus zakelijke werking heeft). Het Hooggerechtshof meent van niet omdat het lagere tarief niet een tegenprestatie voor het mogen spannen van de draden is en het recht van de boer daarmee naar zijn aard niets anders dan een persoonlijk recht is dat de goederenrechtelijke bevoegdheden van de gemeente niet beperkt.

In de recente zaak Pearly Beach Trust v. Registrar of Deeds[100] was dezelfde vraag aan de orde. Overeengekomen was dat een derde partij van de eigenaar of diens rechtsopvolgers een derde van de netto opbrengst zou krijgen van o.a. 'the grantee of any option or rights to prospect for minerals on the property'. Duidelijk was dat daarmee de wil een zakelijk recht te vestigen aanwezig was, maar de registrerend ambtenaar weigerde inschrijving omdat de bepaling volgens hem slechts verplichtte een percentage te betalen zonder dat daarmee enig recht van de opvolgende eigenaars werd beperkt nu geen verplichting bestond iemand daadwerkelijk een concessie mineralen te winnen te geven. Er was dus geen beperking van het beschikkingsrecht van de (opvolgende) eigenaar. Het Hooggerechtshof was het daarmee niet eens. Het overweegt dat de financiële verplichting niet alleen op de huidige eigenaar rust, maar ook op diens rechtsopvolgers en dus is 'a charge (...) which qualifies the right of an owner to enjoyment of the jus disponendi'.[101]

Het is moeilijk om aan te geven waardoor het verschil in uitkomst tussen beide uitspraken wordt veroorzaakt.[102] Men is geneigd om de eis van 'subtraction from the dominium' dan ook niet te beschouwen als een zeer relevant criterium: er is aan voldaan wanneer een goederenrechtelijke bevoegdheid van de eigenaar wordt beperkt, maar de vraag is nu juist *wanneer* dat dan het geval is. De test bestaat uit een cirkel: een recht is zakelijk wanneer het een last legt op de zaak zelf en niet op de persoon en dat is het geval wanneer sprake is van 'subtraction from the dominium'.

Nu verbaast dit ook niet: de 'subtraction from the dominium'-toets past typisch in de benadering van *beperkte* zakelijke rechten als door Savigny vervolmaakt. De reden waarom bestudering van het Zuid-Afrikaanse recht toch vruchtbaar is, is nu echter dat juist naar aanleiding van dit falen van deze theorie, men de vraag heeft gesteld of niet het concept van gesplitste eigendom goede diensten kan bewijzen.[103] En dat lag ook voor de hand omdat in het Rooms-Hollandse arsenaal van mogelijke oplossingen (de befaamde 'civiele traditie') zowel de gesplitste eigendom als de absolute eigendom aanwezig

100. 1990 4 SA 614. Zie over deze zaak A.J. van der Walt, 'Personal rights and limited real rights: an historical overview and analysis of contemporary problems related to the registrability of rights', *THRHR* 55 (1992), p. 170 v.

101. p. 618.

102. Vgl. voor dit bezwaar ook J.C. Sonnekus, 'Saaklike regte of vorderingsregte? — Tradisionele toetse en 'n petitio principii', *TSAR* 1991, p. 179.

103. Zie met name Van der Walt en Kleyn, o.c., p. 248 v. Toegegeven zij dat op dit punt ook het Engelse recht interessant is omdat in wezen iedere trustverhouding geslitste eigendom impliceert. Zie Gray, o.c., p. 34.

zijn.[104] Dat men thans de laatste aanhangt, is een betrekkelijk toevallig gevolg van de heersende liberale opvatting in het begin van deze eeuw[105] en neemt niet weg dat die kan worden vervangen door de eerste als men dat nodig acht. Kenmerk van codificatie is nu eenmaal dat met de wettelijke keuze voor de ene oplossing, een andere van het debat wordt uitgesloten; genoemde weg kan in Nederland dus veel minder snel worden gevolgd. Wat van de Zuid-Afrikaanse discussie kan worden geleerd, is daarmee of het concept van 'gesplitste' eigendom misschien ook voor Nederland goede diensten kan bewijzen.

7 *Naar een nieuwe interpretatie van de numerus clausus*

De hier geboden beschouwingen monden thans uit in een — met het voorafgaande historisch-vergelijkend gefundeerd — voorstel voor een nieuwe interpretatie van de numerus clausus. Wie de nadruk legt op de ontstaanswijzen van rechten die jegens al of niet vele anderen te handhaven zijn, heeft niets aan een eigendomsbegrip waarbij steeds weer wordt getracht om enig recht terug te voeren op het 'volle' eigendomsrecht. Wie dat wel doet, handhaaft de scheiding van goederen- en verbintenissenrecht: in een niet-Savignyaans model *weet* men nu immers juist niet op voorhand of een recht persoonlijk of zakelijk is. Daarmee is gegeven dat het concept van gesplitste eigendom ons thans de beste diensten kan bewijzen omdat daarmee de diverse (al dan niet 'zakelijke') rechten *op zichzelf* staan, dus niet afhankelijk zijn van enig moederrecht en *dus* op dezelfde voet als persoonlijke rechten worden behandeld.

Maar hoogst relevant is wel de vraag langs welke lijnen de opsplitsing plaats moet vinden. Men kan eigendom verdelen over verschillende eigenaars naar het doel waarmee iemand van het goed gebruik maakt (dat is een ander doel bij de pandhouder dan bij de vruchtgebruiker en weer anders bij de opstaller), maar ook (op minder klassieke wijze) naar de aard of functie van het goed. In dat laatste geval kan men bijvoorbeeld onderscheiden tussen eigendom van produktiemiddelen, eigendom van woonruimte en persoonlijke eigendom, elk met eigen regels.[106]

Een nieuwe interpretatie van de numerus clausus vanuit de idee dat slechts relevant is de (mate van) handhaafbaarheid van een recht jegens derden, zou nu uit kunnen gaan van een eigendomsbegrip waarbij wordt gesplitst *naar die handhaafbaarheid*: iemand bezit een bepaald deel van de eigendom omdat hij dat kan handhaven jegens een bepaald aantal personen. Jegens hen is hij eigenaar, jegens anderen niet. Zo kan een gerechtigde in staat zijn om het genot van een zaak jegens iedereen te handhaven omdat hij een traditioneel recht van vruchtgebruik heeft verkregen; in dat geval bezit hij een volledig

104. Zie daartoe vooral D.P. Visser, 'The 'Absoluteness' of Ownership: The South African Common Law in Perspective', *Acta Juridica* 1985, p. 39 v.

105. Zie bijv. Johannesburg Municipal Council v. Rand Townships Registrar, 1910 TPD 1314, waarover Van der Walt en Kleyn, o.c., p. 249.

106. Zie aldus, geïnspireerd door de socialistische eigendomstheorie, Van Maanen, o.c., p. 156.

'utilitair' recht. Maar de 'gewone' contractant kan zijn recht slechts handhaven jegens zijn wederpartij en jegens niemand anders;[107] hij heeft voor de handhaafbaarheid jegens die wederpartij een stukje van de eigendom, is met andere woorden *slechts eigenaar jegens hem.*[108] Dit oogt revolutionair, maar is de eenvoudige consequentie van de opheffing van het onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht.[109] Dat zo ook de onlichamelijke zaak (men moet thans wellicht spreken van een 'onlichamelijk goed') weer terug is, verbaast niet: die was immers door Meijers voor het nieuw BW juist geëlimineerd teneinde een 'zuiver' onderscheid tussen vorderingsrecht en zakelijk recht te creëren.[110] Waar dit onderscheid ter discussie wordt gesteld, schept men ruimte voor een terugkeer van dit oude begrip.

Aldus is men in staat om sommige 'verbintenisrechtelijke' figuren beter te duiden. Dat derden soms rechten aan een contract kunnen ontlenen (zoals bij het derdenbeding) zou niet langer strikt verbintenisrechtelijk worden beschouwd; de derde kan de belofte van de contractspartij beschouwen als een soort eigendom die hem in staat stelt de regel dat overeenkomsten alleen tussen partijen gelden te omzeilen.[111] Evenzeer kan degene die een uitlokker van wanprestatie aanspreekt op grond van onrechtmatige daad ter verkrijging van een bepaalde zaak jegens die uitlokker worden beschouwd als een 'gesplitst eigenaar' van die zaak. De verkoper die het reclamerecht inroept is dat ook jegens de koper van de roerende zaak, zoals een splitsing tussen degene die mag vertrouwen op beschikkingsbevoegdheid bij de vervreemder (en daarmee in beginsel zijn eigendomsrecht kan geldend maken) en degene bij wie goede trouw ontbeert, ook denkbaar is.

Is hiermee in grote trekken geschetst wat een vernieuwd eigendomsconcept kan inhouden, vraag is nog hoe in dit model uit te maken valt *wanneer* een recht bestaat. Duidelijk is dat van een persoonlijk of zakelijk recht *an sich* niet langer kan worden gesproken, maar evident is wel dat de elementen die traditioneel een rol spelen bij het oordeel dat een dergelijk afzonderlijk recht bestaat, thans *tezamen* zullen bepalen of *überhaupt* een recht bestaat. Deze nieuwe interpretatie van de numerus clausus impliceert dat men niet langer zou moeten spreken van bronnen van verbintenis, maar van bronnen

107. Op de consequenties van deze opvatting voor het causaal en abstract stelsel van eigendomsoverdracht wordt hier niet ingegaan.

108. De grondtrekken van deze benadering treft men aan bij J. Eggens, *Over de verhouding van eigendom en verbintenis*, Med. KNAW, Afd. Letterkunde NR dl. 23-7, Amsterdam 1960, p. 187 v.

109. Men zie ook Geoffrey Samuel, *The Foundations of Legal Reasoning*, Antwerpen 1994, p. 256, die de loftrompet steekt over deze redenering die terug gaat op Gaius, Inst. 2, 14.

110. PG Boek 3, Deventer 1981, p. 61 (TM) en reeds in *WPNR* 2104 (1910), p. 205-6: onlichamelijke zaken zijn een 'groote bron van verwarring'. Zie ook J.W. Tellegen, 'Roerende/onroerende rechten en het ius commune', in: *Tertium Datur* (Ankum-bundel), Tilburg 1995, p. 59 v., die tevens wijst op de door Meijers geïnspireerde 'verdinglijking' van het subjectieve recht.

111. Aldus daadwerkelijk het Engelse Court of Appeal in Beswick v. Beswick [1966] Ch 538, waarover Samuel, o.c., p. 256. Uit het befaamde Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd [1991] 2 AC 548 kan evenzeer worden afgeleid dat men eigenaar kan zijn van een schuld.

van rechten. Het is hier niet de plaats om nader uit te werken welke factoren bepalend zijn bij het oordeel dat dergelijke rechten bestaan, maar duidelijk is dat elementen als de wil van degene die het recht ten behoeve van een ander creëert en de mate waarin voor derden kenbaar is dat een recht op een zaak rust, een belangrijke rol zullen vervullen.

Het eerste element spreekt voor zich: schreef Savigny dat de contractsvrijheid voor het goederenrecht geen rol mag spelen, wie de scheiding met het verbintenissenrecht opheft, moet inzien dat niet alleen ten aanzien van de inhoud van het recht, maar ook wat betreft de totstandkoming ervan, de wil van partijen bepalend kan zijn. Wat de kenbaarheid aangaat: als argument tegen het 'vrij' vestigen van zakelijke rechten is steeds ingebracht dat het wettelijk systeem van openbaarheid der zakelijke rechten dan in het gedrang komt.[112] Dat zou leiden tot onzekerheid ten aanzien van onder meer het al dan niet kunnen vestigen van bepaalde zakelijke rechten (pand of hypotheek?), van de mogelijkheid van beslag, van de wijze van tenietgaan etc.[113] Terecht stelde echter reeds Telders dat dit geen werkelijk bezwaar is:[114] zolang men de oude eis van openbaarheid blijft stellen, ontstaat geen rechtsonzekerheid. Voor Telders viel deze openbaarheid samen met registratie van de titel, maar men vermag in het hier gepresenteerde stelsel niet in te zien waarom niet ook kenbaarheid van het recht voor alle daarbij betrokken personen voldoende zou zijn voor het aannemen van een traditioneel zakelijk recht.

8 *Van derden en 'pseudo-derden'*

Wie de balans opmaakt van de belevenissen die de pentarchie van Hahn sinds de zeventiende eeuw heeft ondergaan, moet concluderen dat de invulling steeds afhankelijk is geweest van enige meer algemene opvatting omtrent de gewenste systematiek van het privaatrecht. Thans lijkt de negentiende-eeuwse visie te hebben afgedaan. Wie vasthoudt aan een strikte scheiding van goederen- en verbintenissenrecht, weet immers geen raad met figuren die zich in het tussengebied bevinden, figuren die steeds meer de aandacht lijken te vragen. 'Derden-aansprakelijkheid', paardesprongen, derdenbedingen, kwalitatieve verbintenissen etc. dwingen ons thans tot een hernieuwde systematiek omdat zij noch in het stramien van het persoonlijk, noch in dat van het zakelijk recht kunnen worden gedwongen. Zolang die systematiek niet wordt ontwikkeld, moet men blijven spreken van (buiten het systeem staande) 'derden' van wie rechten kunnen worden afgedwongen of die zelf rechten kunnen afdwingen van iemand tot wie zij niet in een traditionele relatie staan.

Doel van deze bijdrage was niet om die nieuwe systematiek te ontwikkelen, doch slechts om aan te tonen hoe de huidige opvattingen over het stelsel van zakelijke rechten

---

112. Een ander argument, nl. dat de regel dat overeenkomsten alleen tussen partijen gelden en derden niet kunnen verplichten, er door wordt aangetast, gaat uiteraard niet op nu daarop toch al uitzonderingen bestaan (in het oude recht bijv. art. 1354 BW) en de vraag slechts is hoe ver deze reiken.

113. Zie in deze zin Meijers, o.c., p. 24.

114. B.M. Telders, 'Niet in het Burgerlijk Wetboek geregelde zakelike rechten', in: *VG* dl. VI, 's-Gravenhage 1949, p. 32.

zijn ontwikkeld en dat deze betrekkelijk 'toevallig' zijn. De weg waarlangs tot een nieuwe systematiek kan worden gekomen, werd daarbij methodisch verkend. Dat die weg vooral door het verleden voerde, was een uiting van de eigen gedachte dat juist daarin de meest vruchtbare oplossingen voorhanden zijn. Wie daar anders over denkt, vinde zijn arsenaal van oplossingen elders. Maar waar men zijn heil ook zoekt, vast staat dat de genoemde problematische rechtsfiguren in een nieuwe systematiek dienen op te gaan. Zal de 'derde' in het privaatrecht dan niet slechts een 'pseudo-derde' blijken te zijn?

J.M. SMITS MAASTRICHT

online publication GROM XIII (1996)