

Een simpele rechtsvraag

Kan de onderhuurder van een roerend goed een beroep doen op de bescherming van art. 2014, 1 BW/art. 3.4.2.3a (3:86) NBW wanneer de huurder hem dat goed door middel van een traditio brevi manu in eigendom tracht over te dragen? Ziedaar een ogenschijnlijk simpele rechtsvraag, waaromtrent bij oppervlakkige beschouwing zelfs een communis opinio schijnt te bestaan. Wie de tegenwoordig gezaghebbende zakenrechtelijke handboeken raadpleegt, vindt haar bevestigend beantwoord.¹ Niettemin was J. Drion, de annotator van het arrest dat over het algemeen wordt aangehaald ter ondersteuning van deze opvatting,² van een ander gevoelen: hij beantwoordde de zojuist gestelde vraag ontkennend! De vraag rijst waarom een meningsverschil heeft kunnen rijzen omtrent een, althans *prima facie*, zo eenvoudige vraag. Mij is gebleken dat de hierboven gestelde rechtsvraag, bij alle intellectuele energie die door het constitutum possessorium en - sinds kort- de traditio longa manu wordt verslonden, onderbelicht is gebleven. Zij blijkt verband te houden met art. 592 BW/art. 3.5.5 (3:111) NBW, een wetbepaling waarvan het belang sinds het SIO-arrest,³ sterk is toegenomen. De zojuist gestelde rechtsvraag dient als uitgangspunt voor enige rechtspolitieke beschouwingen over de verhouding tussen de in art. 3.5.9 (3:115) NBW geregelde leveringsvormen en het nieuwe 2014, art. 3.4.2.3a (3:86) NBW.⁴

1 Enige historische opmerkingen

Het is alleszins opmerkelijk dat het Corpus Juris de regel dat een houder de titel van zijn bezit niet voor zich kan wijzigen voornamelijk behandelt in verband met de traditio brevi manu en niet, zoals de Nederlandse lezer zou verwachten, met het

1 Zie Pitlo-Brahn, *Zakenrecht* (Zwolle 1987) blz. 195; Asser-Beekhuis-Mijnssen, *Zakenrecht, Algemeen Deel* (Zwolle 1985) blz. 366-367.

2 HR 25 september 1953, NJ 1954 no. 190.

3 HR 22 mei 1953, NJ 1954 no. 189 (I).

4 Beknopte rechtsvergelijkende beschouwingen hieromtrent vindt men ook bij J.G. Sauveplanne, *De bescherming van de derde verkrijger te goeder trouw van roerende lichamelijke zaken, Praeadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* (Deventer 1968).

constitutum possessorium. Het komt mij verhelderend voor één passage daaromtrent in haar context te plaatsen. Het gaat om D. 41,2,3,18-20

(18) Wanneer u zich een zaak die aan u in bewaring is gegeven hebt toegeëigend met de bedoeling om haar te stelen, houd ik op te bezitten, maar wanneer u die zaak niet hebt verplaatst en (slechts) de wil hebt om mijn recht tegen te spreken, dan stellen de meesten der ouden en zowel Cassius als Sabinus terecht dat ik bezitter blijf, omdat diefstal zonder een daad van toeëigening ondenkbaar is en diefstal niet slechts uit een bedoeling kan bestaan (19). Dit ook wordt door de ouden geleerd dat niemand zelf de titel van zijn bezit voor zich kan wijzigen (20). Maar indien degene die een zaak aan mij in bewaring of bruikleen heeft gegeven die zaak aan mij heeft verkocht of geschonken, dan schijn ik, die zelfs geen bezitter was, de titel van mijn bezit niet voor mijzelf te wijzigen.⁵

De tekst benadrukt allereerst dat het juridische bezit in beginsel corpore, dat wil zeggen door een feitelijk als zodanig herkenbare daad, moet worden verkregen; een enkel voornemen is daarvoor niet toereikend. Een houder die zich tot bezitter wil maken kan dit dus niet enkel *animo*, door de wil, doen, maar moet ook een *corpus* stellen; pas daarna verliest de juridische bezitter zijn *possessio*. Vervolgens wordt de bekende paroemie dat "niemand de titel van zijn bezit voor zichzelf kan wijzigen" naar voren gehaald, terwijl daaraan onmiddellijk wordt toegevoegd dat zij niet van toepassing is wanneer een goed door de eigenaar aan de houder wordt vervreemd: deze wijzigt de titel van zijn bezit niet voor zichzelf (*sibi ipse*),⁶ maar met de instemming van de juridische bezitter. Bovendien, verklaart de tekst verder, was de houder nog geen bezitter. Deze laatste opmerking houdt verband met het feit dat het verjaringsbezit naar Romeins recht werd gequalificeerd naar de titel op grond waarvan men dit juridische bezit had verworven. Zo bestond er een verjaringsbezit *pro emptore* (op grond van koop), *pro donato* (op grond van schenking), *pro legato* (op grond van een legaat) enz.⁷ Aan deze verschillende bezitstitels waren belangrijke verschillen in rechtsgevolg verbonden. Zo kon degene die in het (verjarings-) bezit was van goederen die tot een nog niet aanvaarde nalatenschap behoorden (*possessio pro herede*) reeds na afloop van een jaar eigenaar worden van die goederen en zulks zelfs ongeacht of het roerende dan wel onroerende goederen

5 (18) Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere, sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur. (19) Illud quoque a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse. (20) Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

6 Zie voor deze zinsnede ook nog D. 41,2,19,1 en 41,5,2,1.

7 D. 41,4-10.

betrof,⁸ terwijl bijvoorbeeld de verjaringsbezitter *pro emptore* (op grond van koop) een langere termijn had te doorlopen. Gezien dit gegeven ligt het voor de hand dat de regel werd opgesteld dat niemand de titel van zijn (verjarings-)bezit zo maar voor zich kan wijzigen. Het ging dus bij de toepassing van onze regel aanvankelijk niet om houders, maar om bezitters! Naar analogie hiervan paste men hem echter óók toe op houders. Dit blijkt onder meer uit D. 41,5,2,1:

Wanneer in het algemeen wordt gesteld dat niemand de titel van zijn bezit voor zichzelf kan wijzigen, dient men dit zo op te vatten dat daaronder niet alleen het burgerlijk, maar ook het natuurlijk bezit wordt begrepen.⁹

Zo ontwikkelde zich de rechtsregel dat een houder zich niet door enkele wilswijziging ten koste van de juridische bezitter tot bezitter kan maken. De *traditio brevi manu* vormde geen uitzondering op deze regel omdat de houder zich in dit geval niet door zijn enkele wilswijziging (*sibi ipse*) van houder tot bezitter maakte, maar dit deed in overeenstemming met de juridische bezitter. Wat echter wanneer de *traditio brevi manu* niet geschiedde door een juridische bezitter, maar door een houder die het goed op die wijze aan een "onder-houder" wenste te vervreemden? Is dit niet een geval waarin men wel degelijk in conflict komt met de regel, inhoudende dat houders de titel van hun bezit niet voor zichzelf kunnen wijzigen? De *tradens* immers, die zich van de *traditio brevi manu* wenst te bedienen, is niet juridisch bezitter.¹⁰ De gedachte ligt voor de hand dat hij zich door bezitsinterventie van houder tot bezitter moet verheffen om aldus aan de *accipiens* het bezit te kunnen verschaffen en dat hij zodoende op ontoelaatbare wijze de titel van zijn bezit voor zichzelf wijzigt.¹¹

8 Gaius 2,53 c.v.

9 Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur.

10 Ter vermijding van misverstanden zij er op gewezen dat een houder die door daadwerkelijke overgifte een zaak aan een derde levert aan deze het bezit verschaft, dat dientengevolge door de eigenaar/juridisch bezitter wordt verloren. Zie slechts D. 41,3,33,4: "Degene die een zaak in pand heeft gegeven, blijft verjaren zolang de zaak zich bij zijn crediteur bevindt: als de crediteur het bezit aan een ander heeft overgedragen, zal de verkrijgende verjaring worden gestuit: en voor wat betreft de verkrijgende verjaring is het evenzo gesteld met degene die een zaak in bewaring of bruikleen heeft gegeven, van wie het evident is dat zij ophouden te verjaren als de in bruikleen of bewaring gegeven zaak aan een ander is geleverd door degene die in bruikleen of bewaring heeft ontvangen" (Qui pignori rem dat, usucapit, quam diu res apud creditorem est: si creditor eius possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio: et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei qui quid deposuit vel commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit).

11 Zie voor deze gedachtengang J. Drion in zijn noot op HR 25 sept. 1953, NJ 1954 no. 190, waarover aanstonds nader in de tekst.

De beantwoording van onze rechtsvraag wordt gecompliceerd door het feit dat het Romeinse recht - evenals overigens het huidige en het toekomstige Nederlandse recht - het mogelijk achtte dat het juridische bezit door middel van verschillende houders en "onder"-houders in stand kon worden gehouden.¹² Ik heb op het belang en de rechtsgevolgen van deze curiositeit al eens uitvoerig in dit magazijn gewezen¹³ en zal het daarom op deze plaats kort houden. Wanneer A zijn goed in bruikleen afstaat aan B en deze geeft het vervolgens, op zijn beurt, in bruikleen aan C, dan blijft A juridisch bezitter, zelfs wanneer C niet weet dat B niet voor zich, maar voor A houdt. De complicatie die nu optreedt in verband met het onderwerp dat ons bezighoudt, bestaat hierin dat het zojuist geschetste mechanisme slechts dan functioneert wanneer de onderhuur of onderbelening, of welke andere detentiefiguur dan ook, niet in strijd was met de zorgvuldigheidsplicht die de houder jegens de juridische bezitter, zijn contractspartij in eerste instantie, in acht diende te nemen. Wanneer daarom uit de aard der gebruiksovereenkomst tussen de juridische bezitter en de houder voortvloeide dat de houder een hoogstpersoonlijk detentierecht had, dan kon deze het hem toevertrouwde goed niet met instandhouding van het juridisch bezit van de eigenaar aan een onderhouder afstaan en wanneer hij zulks toch deed, maakte hij zich naar Romeins recht schuldig aan verduistering (*furtum*).¹⁴ Verduistering nu vooronderstelt, althans naar Romeins recht, een *contrectatio*,¹⁵ een handeling die als vorm van inbezitneming dient te gelden. Hieruit vloeit voort dat de juridische bezitter reeds ophoudt te bezitten wanneer zijn houder een aan deze toevertrouwd goed in strijd met het karakter van de detentieovereenkomst afstaat aan een "onder"-houder. Wanneer de mala fide houder dezelfde zaak nadien aan de "onder"-houder vervreemdt en levert door middel van een traditio brevi manu is daarom geen sprake van een bezitsverschaffing die in strijd is met de regel dat niemand zich door enkele wilsverklaring van houder tot bezitter kan maken, aangezien de vervreemder reeds bezitter was toen hij de zaak vervreemde! Zo beschouwd kon het door ons aan de orde gestelde probleem zich naar Romeins recht alleen dan voordoen wanneer een houder die, daartoe bevoegd zijnde, een goed aan een derde in detentie heeft gegeven nadien alsnog het hem geschonken vertrouwen schendt door die zaak aan de "onder"-houder te vervreemden. Alléén in

12 Zie D. 41,2,30,6 en D. 41,2,25,1, alsmede art. 3.5.1, lid 4 (3:107, lid 4) NBW.

13 *Groninger Opmerkingen & Mededelingen* VI (1989) blz. 93 e.v.

14 Men zie bijvoorbeeld D. 47,2,55(54),1: "Er is gesteld dat degene die iets ten gebruike heeft ontvangen en het aan een ander in bruikleen heeft gegeven, kan worden aangesproken met de (onrechtmatige daads-)actie op grond van verduistering" (Eum, qui quod utendum accepit ipse alli commodaverit, furti obligari responsum est).

15 Zie D. 41,2,3,18, hierboven in de tekst geciteerd.

dit geval immers blijft het juridische bezit van de eerste hand ook na de tweede detentieovereenkomst in stand en rijst de vraag of de houder door een enkele overeenkomst bezit kan verschaffen. De gedachte lijkt dan voor de hand te liggen dat noch B noch C zich door een enkele wilsverklaring, zelfs niet een tweezijdige (de *traditio brevi manu*), tot bezitter kunnen maken aangezien zij in deze situatie beiden houden voor A. Nochthans was dit niet de conclusie van het gemene recht dat zich sinds de middeleeuwen op basis van het *Corpus Iuris* heeft ontwikkeld en dat ten grondslag ligt aan onze codificaties.

Bartolus de Sassoferrato (1314-1357), met Savigny wellicht de meest invloedrijke jurist aller tijden, stelt in zijn *Digestencommentaar* de algemene regel op dat een houder door een levering die niet gepaard gaat aan feitelijke overgifte (een zgn. *traditio ficta*) aan de juridische bezitter zijn bezit niet kan ontnemen¹⁶ en illustreert deze algemene stelling aan de hand van het *constitutum possessorium*.¹⁷ Het vermoeden lijkt nu voor de hand te liggen dat voor een levering middels een *traditio brevi manu* hetzelfde geldt als voor een levering *constituto possessorio*. Toch was dit niet het geval.

De Justiniaanse *Digesten* bevatten twee schijnbaar tegenstrijdige bepalingen over het bezitsverlies van roerende goederen. De eerste is die van D. 41,2,3,18, welke wij in het begin van deze paragraaf citeerden; zij benadrukt, naar daar reeds werd opgemerkt, dat het bezit in beginsel niet enkel door een wilsverklaring (*animo*), maar *animo et corpore*, dat wil zeggen door een wilsverklaring die bestaat uit een feitelijk als zodanig herkenbare daad wordt verkregen. Een houder kan zich dus nimmer door een enkele wilsverklaring tot bezitter maken: hij moet ook een *corpus* stellen. Nu schijnt D. 41,2,47 uitdrukkelijk iets anders te bepalen, namelijk dat een houder zich wel degelijk door een enkele wilsverklaring tot bezitter kan maken. De tekst luidt als volgt:

16 Bartolus, *Commentarius in primam Digesti Novi partem* (ed. Lyon 1552) f. 103 verso, l. kol. (ad D. 41,2,32,1): "Een andere wijze van levering dan door feitelijke overgifte van de pachter, doet de eigenaar het bezit niet verliezen" (*Ficta traditio coloni, non privat dominum possessione*).

17 Bartolus, a.w. f. 92 verso l. kol. (ad D. 41,2,3,6 e.v.): "Mijn pachter ontnemt mij het bezit door werkelijk aan een derde te leveren: maar door op andere wijze dan door middel van feitelijke overgifte te leveren, zoals door middel van een *constitutum possessorium*, ontnemt hij mij door te huren (d.w.z. van de derde) niet het bezit" (*Colonus meus tradendo alteri vere, privat me possessione: sed tradendo ficte, ut constituendo se pro alio possidere. Item conducendo me non privat possessione* (volgt een verwijzing naar D. 41,2,32,1)). Vgl. ook reeds de gl. *Quamvis* op D.41,2,32,1 en de gl. *Cum nemo* op C.7,32,5. De lezer zij er met nadruk op gewezen dat Bartolus deze regel uitdrukkelijk niet baseert op D. 41,2,3,19, waaraan ons art. 592 BW/3:111 NBW is ontleend, maar enkel op het feit dat de concrete, feitelijke bezitsverhoudingen niet zijn veranderd ten gevolge van het *constitutum possessorium* door de houder!

Indien u besloten hebt een roerend goed dat aan u in bewaring of in bruikleen is gegeven te bezitten en niet terug te geven, dan is er gesteld, dat ik, ook wanneer ik daarvan niets wist, terstond het bezit verlies.¹⁸

Hier wordt uitdrukkelijk medegedeeld dat de burgerlijk bezitter van roerende goederen zijn bezit terstond (*confestim*) verliest wanneer de houder heeft besloten die niet terug te geven. Sinds de glossatoren las men de beide teksten evenwel complementair. In D. 41,2,3,18 zou sprake zijn van een enkel voor de buitenwereld niet waarneembaar voornemen van de houder om de goederen in bezit te nemen, terwijl in D. 41,2,47 sprake zou zijn van een op dit voornemen volgende daadwerkelijke inbezitneming, zodat in het eerste geval niet en in het tweede geval wel sprake zou zijn van verduistering (*furtum*). Naar wij hierboven reeds zagen kon een dergelijke verduisteringsdaad, die het bezitsverlies van een juridische bezitter met zich meesleepte, reeds zijn gelegen in een door de houder met een derde gesloten detentieovereenkomst. Laten wij echter eens aannemen dat het sluiten van een dergelijke tweede detentieovereenkomst niet gepaard gaat aan onmiddellijk bezitsverlies, hetgeen eveneens tot de mogelijkheden behoorde (en naar huidig Nederlands recht zelfs de hoofdregel is). In hoeverre dan werd vóór onze codificaties een verband gelegd tussen de regel dat houders de titel van hun bezit niet voor zich kunnen wijzigen en de traditio brevi manu door een beschikkings-onbevoegde houder aan een "onder"-houder?

Het is alleszins opmerkelijk dat onze rechtsvraag reeds in de middeleeuwen leidde tot een scheiding der geesten. De onenigheid werd veroorzaakt door een ongelukkige greep van Justinianus zelf. In C. 7,32,12 namelijk besliste Justinianus een naar zijn eigen zeggen oude rechtsvraag over het bezitsverlies tengevolge van een gedraging van de houder. Hij stelt in deze constitutie in tamelijk algemeen gekozen bewoordingen vast dat afstand van de feitelijke heerschappij door een houder het juridisch bezit van de eigenaar niet (!) verloren doet gaan. De vraag rees nu wat men onder "afstand van de feitelijke heerschappij" door de houder diende te verstaan: diende men daaronder ook het geval te vatten waarin een houder een zaak aan een derde had geleverd, of zag de constitutie uitsluitend op het geval waarin de houder een aan hem toevertrouwde zaak had gederelinqueerd. De vraag is gedurende de gehele periode waarin het Romeinse recht als gemeen Europees recht subsidiaire rechtskracht heeft gehad, omstreden gebleven.¹⁹ De controverse is

18 Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi (commodatam) possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est.

19 In de middeleeuwen was Baldus, *Commentaria in VII, VIII, IX, X & XI Codicis libros* (ed. Turijn 1576) fol. 27 verso, r. kol. van mening dat de constitutie zowel betrekking had op de derelictie als ook de levering door een houder; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* I (Frankfurt a.M. 1900) § 157, n. 4 was van eenzelfde gevoelen. De glossator Joannes (gl. Generetur op C. 7,32,12)

opmerkelijk omdat zij een dogmatisch onderscheid veronderstelt tussen levering enerzijds en derelictie gericht op een daaropvolgende occupatie anderzijds. Dit onderscheid, dat uiteraard slechts gemaakt werd door degenen die van mening waren dat Justinianus' constitutie alleen op de derelictie, niet echter ook op de levering door de houder sloeg, werd in de hand gewerkt doordat de Justiniaanse Digesten er geen twijfel over laten bestaan dat een realiter geschiede levering door de houder leidde tot bezitsverlies bij de eigenaar.²⁰ Deze vaststelling gaf aanleiding tot de gevolgtrekking dat de constitutie derhalve slechts het oog zou hebben op een derelictie door de houder. Ik heb de indruk dat dit gevoelen kort voor onze codificaties door de meeste schrijvers werd gedeeld.²¹ Zo kon in het juridisch onderbewustzijn de gedachte postvatten dat er een leerstellige distinctie moet worden aangebracht tussen levering ("bezitsoverdracht") ener- en derelictie en occupatie ("bezitsverschaffing") anderzijds. Die schrijvers nu die van mening waren dat C. 7,32,12 geen betrekking had op de levering door een beschikkingsonbevoegde houder,²² zagen zich vervolgens voor de vraag gesteld of ook een andere wijze van levering door de houder dan die welke door daadwerkelijk feitelijke overgifte geschiedde, leidde tot bezitsverlies bij de eigenaar. Naar wij zagen beantwoordde de meest gezaghebbende hunner - Bartolus - deze vraag voor het constitutum possessorium ontkennend, niet omdat de houder de titel van zijn bezit niet ten gunste van een derde zou mogen wijzigen, maar omdat in de concrete machts-

als ook niemand minder dan Bartolus (t.a.p. n. 16) waren echter de opvatting toegedaan dat de constitutie slechts betrekking zou hebben op derelictie door de houder; Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* I (Marburg/Leipzig 1863) § 209, Anm. 2 deelde dit gevoelen. Er zij bovendien nog opgemerkt dat een groot aantal voorstanders van een ruime interpretatie van C. 7,32,12 haar in het licht van D. 41,2,47 beperkte tot onroerend goed. Het een en ander illustreert welk een "ungodly jumble" de bezitsleer van het Corpus Iuris is en hoe moeilijk het is geweest daaruit een enigszins samenhangende leer te destilleren.

20 Men zie slechts D. 41,3,33,4, hierboven in n. 10 geciteerd.

21 Zie bijv. Joh. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 41,2,12, die bij zijn bespreking van de meergenoemde constitutie slechts rept over derelictie door de houder. Als deze ook reeds Zoesius, *Commentaria ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis Libros L* (ed. Leuven 1645) ad D. 41,2, no. 27. Dit standpunt lijkt mij ook vanuit een louter historisch oogpunt gezien juist: twist bestond vóór Justinianus' codificatie inderdaad slechts over de rechtsgevolgen van derelictie, een leerstuk dat ook in meer algemene zin tussen Proculianen en Sabinianen omstreden was.

22 Het behoeft wel geen betoog dat de door ons aan de orde gestelde vraag voor de school die een ruime toepassing wenste te geven aan C. 7,32,12 nauwelijks problematisch was: naar haar gevoelen bracht deze constitutie met zich mee dat de houder het juridisch bezit van de eigenaar nauwelijks kon beïnvloeden, niet door derelictie, niet door levering, laat staan door een *traditio ficta*. Zie voor dit standpunt Iacob. Menochius, *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione commentaria* (ed. Keulen 1614), *De recup. poss. rem.* XIV, n. 17, ad. C. 7,32,12.

verhoudingen niets veranderde.²³ In het geval ener traditio brevi manu echter werd iets anders aangenomen. De gedachtengang lijkt de volgende te zijn geweest.

De bekende rechtsregel dat houders de titel van hun "bezit" niet door een een- of meerzijdige wilsverklaring kunnen wijzigen kende in zijn meest uitgebreide formulering een uitzondering, te weten het geval waarin de enkele wilswijziging gepaard ging aan "een van buiten komende oorzaak" (*extrinsecus accedente causa*).²⁴ Men zag nu in de traditio brevi manu door de houder aan de "onder"-houder een daad van verduistering (*furtum*), op dezelfde wijze als in sommige gevallen, naar wij hierboven reeds opmerkten, alleen reeds het sluiten van een detentieovereenkomst door de houder met een derde als een *furtum* werd gezien dat het juridisch bezit van de eerste hand teniet deed gaan. Wanneer nu een detentieovereenkomst door de houder met een derde was gesloten die het juridisch bezit van de eerste hand in stand hield en deze werd gevolgd door een vervreemdingshandeling van de houder aan de "onder"-houder door middel van een traditio brevi manu, dan werd dus deze laatste handeling gezien als een verduistering waardoor het bezit van de eerste hand van rechtswege teniet ging; zij vormde, met andere woorden, een voldoende "van buiten komende oorzaak" om de meergenoemde regel buiten werking te stellen.²⁵ De regel dat niemand de titel van zijn bezit voor zichzelf kan wijzigen was dus ook niet van toepassing op de traditio brevi manu door een beschikkingsonbevoegde houder aan een "onder"-houder, daar de houder niet meer in de feitelijke heerschappij stond van het goed dat hij vervreemde. Een traditio brevi manu door de houder aan een "onder"-houder snijdt, om kort te gaan, de laatste band door die het juridische bezit van de eigenaar in stand houdt: de detentieovereenkomst tussen houder en "onder"-houder.

De hierboven geschetste gedachtengang is tot de moderne codificaties gemeengoed gebleven; zo vindt men haar nog in het grote Digestencommentaar van Johannes Voet.²⁶ Zij leidt, voor wat betreft het probleem dat ons bezighoudt, tot de volgende conclusie.

23 Zie ook Andreas Tiraquellus (André Tiraqueau), *Tractatus de jure constituti possessorii* (het eertijds meest gezaghebbende boek over het constitutum possessorium), Pars III, limitatio 14, no. 1, in: *Opera Omnia* dl. IV (Frankfurt 1597) blz. 151, die zich op Bartolus beroept.

24 C. 7,32,5: "Daar niemand de titel van zijn bezit voor zich kan wijzigen en gij naar voren brengt dat uw pachter, zonder dat er sprake is van een van buiten komende oorzaak, is vervallen tot het euvel van een ongerechtvaardigde verkoop, zal de provinciegouverneur, na te hebben onderzocht of u werkelijk de eigenaar bent, niet toestaan dat het recht wordt ondermijnd". (Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri domini tui ius convelli non sinet).

25 Zie voor het een en ander de glossen Amisisse bij D. 41,2,47 en Manere bij D. 41,2,3,18, alsmede Bartolus, a.w., f. 104-105 (ad D. 41,2,47).

26 *Commentarius ad Pandectas* 41,2,13.

Conclusie

De regel dat houders de titel van hun bezit niet voor zichzelf kunnen wijzigen, werd van oudsher niet van toepassing geacht op de *traditio brevi manu*, daar de houder de titel van zijn bezit niet voor zichzelf (*sibi ipse*) wijzigt, doch in overeenstemming met de juridische bezitter. Slechts wanneer de *traditio brevi manu* geschiedt door een houder aan een "onder"-houder rijst de vraag of de regel van toepassing is en ook alleen nog maar dán, wanneer het sluiten van een tweede detentieovereenkomst door de houder met een "onder"-houder niet, zoals het gemene recht dikwijls aannam, werd gezien als een handeling die van rechtswege leidde tot bezitsverlies bij de eerste hand, de juridische bezitter. Ook echter in het geval waarin het burgerlijk bezit van de eerste hand na het sluiten van een tweede detentieovereenkomst door de houder met een derde in stand bleef, was men van oordeel dat een *traditio brevi manu* - een wijze van levering die bestaat uit een enkele wilsverklaring - door de houder aan de derde niet in strijd was met de regel dat houders (de houder en de "onder"-houder) de titel van hun bezit niet voor zichzelf kunnen wijzigen. Men zag in een dergelijke handeling van de houder een vorm van verduistering die naar gemeen recht automatisch, van rechtswege, bezitsverlies bij de eigenaar/burgerlijk bezitter impliceerde. De overeenkomst tussen houder en "onder"-houder (de *traditio brevi manu*), volgend op een overeenkomst krachtens dewelke de houder de feitelijke heerschappij over het hem toevertrouwde goed had afgestaan aan een derde, vormden met andere woorden, voldoende "van buiten komende oorzaken" om de *traditio brevi manu* te onttrekken aan de werking van de meergenoemde regel. Door deze overeenkomst werd tevens de van rechtswege bestaande band tussen "onder"-houder en burgerlijk bezitter verbroken en verkreeg de eerste langs originele weg het bezit dat de laatste had verloren. Zo wordt duidelijk welk een verschil er is gelegen tussen de *traditio brevi manu* en het *constitutum possessorium* door een beschikkingsonbevoegde houder: terwijl in het laatste geval de wilswijziging van de houder niet leidde tot bezitsverlies bij de juridische bezitter, had de eerstgenoemde leveringsvorm wel dat rechtsgevolg, zulks tengevolge van het feit dat de feitelijke machtsverhoudingen in beide gevallen totaal verschillend zijn. Hierin is de "van buiten komende oorzaak" gelegen die de *traditio brevi manu* door de beschikkingsonbevoegde houder onttrekt aan de werking van de regel dat houders de titel van hun bezit niet door middel van een één- of meerzijdige rechtshandeling kunnen wijzigen. Het Europese gemene recht knoopte, om kort te gaan, het hier aan de orde zijnde vragencomplex uitdrukkelijk niet vast aan het dogma dat een houder de titel van zijn bezit niet kan wijzigen, maar aan de

concrete bezitsverhoudingen!²⁷ Zo wordt ook begrijpelijk waarom niemand op de gedachte kwam het constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde houder in verband te brengen met de meergenoemde stelregel, zoals de Hoge Raad ten onzent sinds 1953 (het SIO-arrest) doet: het constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde houder ging niet gepaard aan een verandering in de feitelijke machtsverhoudingen en leidde alléén hierom niet tot bezitsverlies bij de juridische bezitter.²⁸

Tot slot van deze paragraaf dient nog op één, uiterst gewichtig detail te worden gewezen. Het verdient namelijk te worden opgemerkt dat de verkrijger het door middel van een traditio brevi manu verworven goed naar gemeen recht nimmer in eigendom kon verkrijgen door verjaring, zelfs niet wanneer hij te goeder trouw was en krachtens een geldige titel had verkregen, aangezien het *jus commune* geen verkrijgende verjaring van *res furtivae* tolereerde.²⁹ Onder *res furtivae* nu verstond men ook verduisterde zaken,³⁰ zodat het klassieke "2014-geval" -de verkrijging door een derde van een mala fide houder - zich, op een enkele hier niet ter zake doende uitzondering na, in het gemene recht nimmer voordeed.³¹ Dit verklaart de geringe belangstelling der Romeinse en gemeenrechtelijke auteurs voor het hier aan de orde zijnde probleem. Het wordt voornamelijk behandeld omdat de juridische bezitter door een dergelijke handeling bezitsverlies leed waaraan enige nadelige rechtsgevolgen waren verbonden; zo kon hij, bijvoorbeeld, een door hem aangevangen verkrijgende verjaring niet voltooien daar deze door het bezitsverlies

27 Ter vermijding van misverstanden, zij er op gewezen dat men in het gemene recht nergens zal vinden opgemerkt dat een beschikkingsonbevoegde houder met succes door middel van een traditio brevi manu bezit kan verschaffen aan een "onder"-houder: het enige waar het in het gemene recht in dit geval op aan kwam was de vaststelling dat in zo een geval de juridische bezitter zijn possessio verloor en dat de "onder"-houder dit verkreeg. Dit was van belang, niet de vraag of in zo een geval wel of niet sprake was van een geslaagde levering, een vraagstelling die eerst in het moderne recht van gewicht is geworden.

28 Zie hierboven n. 17. Ik vond alléén in de gl. Cum nemo op C. 7,32,5 de onmogelijkheid van een constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde houder aan een derde in verband gebracht met de regel dat een houder zich niet door een enkele wilswijziging van houder tot bezitter kan maken. Ook daar echter wordt slechts bedoeld dat de houder zich niet door een enkele wilswijziging *ten behoeve van zichzelf* tot bezitter kan maken. De gedachte werd overigens in het gemene recht niet uitgewerkt en wel om de eenvoudige reden dat D. 41,2,32,1 met zoveel woorden stelt dat een houder niet constituto possessorio aan een derde kan leveren: "Indien een huurder een (aan hem verhuurde) zaak heeft verkocht en haar van de koper huurt ... behoudt de eerste verhuurder terecht zijn bezit middels de huurder" (Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit ... prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet).

29 Zie bijv. Inst. 2,6,2-6.

30 Inst.: l.c.

31 Zie voor het gemene recht bijv. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 6,1,12.

werd gestuit. De revindicatie (of, indien hij verjaringsbezitter was, de *actio Publiciana*) tegen de derde-verkrijger bleef de gedeposseedeerde eigenaar (resp. de verjaringsbezitter) echter onder alle omstandigheden behouden!

Het komt mij verhelderend voor om, alvorens een enkele opmerking te wijden aan het Nederlandse recht, te wijzen op een tweetal rechtsstelsels dat het hier aan de orde zijnde probleem op een rigoreuze wijze uit de wereld heeft geholpen, te weten dat van het Duitse BGB en het Zwitserse ZGB.

2 Het huidige Duitse en Zwitserse recht

Het hierboven geschetste probleem wordt veroorzaakt doordat het gemene recht een onderscheid maakte tussen burgerlijk bezit en houderschap, tussen *possessio civilis* en *possessio naturalis*. Aangezien nu aan de kwaliteit van bezitter en die van houder verschillen in rechtsgevolg waren verbonden, ligt het voor de hand de regel op te stellen dat een houder zich niet door een enkele wilswijziging tot bezitter kan maken. De hieruit voortvloeiende juridische verwickelingen hebben het Duitse recht gecompliceerd tot aan de invoering van het BGB.³² Nadien zijn zij echter goeddeels obsoleet geworden en wel omdat het BGB definitief heeft gebroken met het oude, door Savigny bestendigde, onderscheid tussen burgerlijk bezit en detentie.

Het BGB bevat in zijn uiteindelijke versie³³ een bezitsleer die tot basis heeft dat bezit in juridische zin en feitelijke heerschappij zoveel mogelijk dienen samen te vallen. In het geval waarin naar de gemeenrechtelijke leer de feitelijke heerschappij voor de juridische bezitter door een detentor wordt uitgeoefend, zijn naar het nieuwe systeem van het BGB zowel de "burgerlijk" bezitter als ook de detentor bezitters: de laatste is "unmittelbarer Besitzer", de eerste "mittelbarer Besitzer".³⁴ Dit plaatst de hier aan de orde zijnde rechtsvraag in een geheel ander daglicht.

Allereerst vloeit uit de nieuwe bezitsregeling in het BGB voort dat van een eigenlijke "traditio brevi manu" in de traditionele gemeenrechtelijke zin in het nieuwe Duitse recht eigenlijk geen sprake meer is.³⁵ Weliswaar vindt men de in §

32 De belangstellende lezer zij gewezen op een meesterwerkje der negentiende-eeuwse pandektistiek: *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes*, 2 dln (Leipzig 1885/1888), van Leo Graf Pininski.

33 Anders nog het zgn. "Erster Entwurf", dat de oude gemeenrechtelijke bezitsleer bevatte; vgl. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum BGB, Sachenrecht* (Berlijn 1899) blz. 502 e.v.

34 Zie § 868 BGB; de enige uitzondering op deze regel betreft de onbelangrijke randgroep der zgn. "Besitzdiener" van § 855 BGB; zie daarover hieronder n. 38.

35 Zo reeds Kipp in Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* I (Frankfurt a.M. 1900) blz. 690. Hetzelfde geldt voor het constitutum possessorium: ook deze rechtsfiguur bestaat in het BGB niet meer in de voor de Nederlandse jurist zo vertrouwde gemeenrechtelijke constructie krachtens dewelke een juridisch bezitter zich tot houder voor een ander degradeert die daardoor tot

929, Abs. 2³⁶ geregelde wijze eigendomsoverdracht nog zo aangeduid,³⁷ maar zij mist de eigenschappen van de traditionele brevi manu-levering. Deze immers veronderstelt een scherpe scheiding tussen juridisch bezit en detentie doordat zij een overeenkomst noodzakelijk acht teneinde de houder tot (juridisch) bezitter te verheffen. Dáár nu waar, zoals in het BGB, de "houder" reeds bezitter is, is voor een traditio brevi manu in de gemeenrechtelijke zin, d.w.z. *als wijze van bezitsverschaffing*, eigenlijk geen ruimte meer.³⁸ Het BGB heeft deze consequentie ook voorzien door hetgeen men, kennelijk om traditionele redenen, "traditio brevi manu" wil blijven noemen³⁹ niet te regelen in de titel over het bezit en de wijze waarop dit wordt verkregen maar uitsluitend *als wijze van eigendomsoverdracht*. Par. 929 BGB namelijk luidt als volgt:

Zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigentums.

De slotzin van § 929 BGB bevat een uitzondering op de in de hoofdzin neergelegde hoofdregel voor de eigendomsoverdracht van roerende goederen: wanneer de verkrijger reeds bezitter is behoeft geen bezit meer te worden verschaft en gaat de eigendom over indien voldaan is aan de overige vereisten van de aanvangszin van § 929, te weten de zgn. "Einigung" (Savigny's "dinglicher Vertrag", dit is de zakelijke overeenkomst) en de beschikkingsbevoegdheid van de tradens. Het door ons aan de orde gestelde probleem of de huurder van een roerend goed aan de onderhuurder het bezit kan verschaffen bestaat derhalve niet in het moderne Duitse recht: zowel

juridisch bezitter wordt verheven. Naar het systeem van het BGB is iedere houder bezitter. Het constitutum possessorium bestaat daarom uit de wilsverklaring van een "unmittelbarer Besitzer" een ander tot "mittelbarer Besitzer" te willen maken: zie § 930 BGB.

36 Zie hieronder in de tekst.

37 Zie, bijvoorbeeld, Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts* (München 1983) blz. 464.

38 Alleen in de zeldzame gevallen waarin degene die de feitelijke heerschappij voor een juridische bezitter uitoefent zonder zelf bezitter te zijn, d.w.z. in het geval der zgn. "Besitzdiener" (zie noot 34), heeft de gemeenrechtelijke constructie een, oneigenlijke, plaats behouden: op dit geval is § 854, Abs 2 van toepassing. De bepaling luidt als volgt: "Die Einigung des bisherigen Besitzes und des Erwerbers genügt zum Erwerbe (scl. des Besitzes), wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben". De bepaling, die op het eerste gezicht de klassieke traditio brevi manu lijkt te bevatten, is echter niet van toepassing op "houders" daar deze naar het systeem van het BGB reeds bezitters zijn, zodat dit hen niet meer op de in § 854, Abs 2 BGB aangegeven wijze behoeft te worden verschaft, zie *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgericht und des Bundesgerichtshofes* (RGRK) III, 1 (12. Aufl.) ad § 854, Abs. 2 Rdnr 14 (Kregel).

39 Zie ook Kregel, t.a.p.

de huurder als de onderhuurder zijn reeds bezitter. Een andere vraag echter is, of de huurder aan de onderhuurder de eigendom kan verschaffen van de aan hem toevertrouwde goederen.

Naar hierboven reeds is opgemerkt,⁴⁰ was het probleem waarmee wij ons bezighouden voor de gemeenrechtelijke schrijvers van ondergeschikt belang: de houder kon weliswaar bezit verschaffen aan een derde, maar de eigendom kon de laatste nimmer verkrijgen, daar verduistering werd gezien als een species van het genus *furtum* ("diefstal") en het gemene recht verkrijgende verjaring van *res furtivae* verbood, terwijl de "nemo plus-regel"⁴¹ aan een onmiddellijke eigendomsovergang in de weg stond. Dit alles werd anders met de invoering van het BGB. In § 932 BGB werd, niet dan na enige strijd, het algemene beginsel opgenomen dat de verkrijger te goeder trouw de eigendom verkrijgt van de roerende goederen die hem door een beschikkingsonbevoegde "houder" zijn geleverd:

(1) Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929, Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

Het komt mij overbodig voor de details van "het Duitse 2014" hier te bespreken. Het enige dat vermelding verdient, is het volgende.

Het BGB heeft op voorbeeldig systematische wijze de alternatieven welke het in de §§ 929, 930 en 931 voor een daadwerkelijke bezitsverschaffing aangeeft ("traditio brevi manu", "constitutum possessorium" en de situatie welke in het Nederlandse recht als "traditio longa manu" pleegt te worden aangeduid) herhaald bij § 932. De vraag rijst immers hoe zich de daar, voor de normale eigendoms-overdracht opgesomde leveringsalternatieven verhouden tot de in § 932 geregelde wijze van eigendomsverkrijging.

Het is interessant vast te stellen dat het BGB elk der drie bekende leveringssurrogaten niet alleen afzonderlijk, maar ook verschillend in verband met § 932 regelt. Zo bepaalt het in § 932 zelf dat wanneer door een beschikkingsonbevoegde is geleverd door middel van wat wij met onze oosterburen ook maar "traditio brevi manu" zullen blijven noemen, de eigendom overgaat *indien de verkrijger het bezit van*

40 Zie blz. 88.

41 D. 50,17,54.

de vervreemder had verkregen. Deze zinsnede bevat niet de platitude die zij op het eerste gezicht lijkt te behelzen. De volgende casuspositie moge de door haar tot uitdrukking gebrachte rechtsregel verduidelijken.

A geeft bepaalde goederen waarvan hij géén eigenaar is in bewaring in het pakhuis van B. Hij draagt vervolgens deze goederen d.m.v. een constructie die wij als *traditio longa manu* zouden bestempelen over aan C, die evenwel (ondanks § 934 BGB) géén eigenaar wordt omdat hij te kwader trouw is. Vervolgens verkoopt C de door A aan B in bewaring gegeven goederen aan B en levert deze door middel van een *traditio brevi manu*. B wordt nu, ondanks zijn goede trouw, niet beschermd door § 932 omdat hij zijn "*unmittelbarer Besitz*" niet van C, maar van A afleidt!⁴²

Voor het geval van een *constitutum possessorium* door een beschikkingsonbevoegde bepaalt § 933 BGB dat de verkrijger eerst dán eigenaar wordt wanneer de vervreemder hem de zaak feitelijk heeft overgedragen. Een bepaling die, door haar heldere eenvoud, art. 3.4.2.5 lid 2 (3:90, lid 2) NBW in het civielrechtelijke limbo doet wegzinken. Het *constitutum possessorium* door een beschikkingsonbevoegde "houder" mist, als in het oude gemene recht, in principe ieder rechtsgevolg. Eerst wanneer de tradens zich volledig heeft ontdaan van het "*unmittelbarer Besitz*" en de accipiens het bezit heeft verworven⁴³ verkrijgt deze, mits hij op dat moment te goeder trouw is, de eigendom.⁴⁴

Wanneer een roerend goed dat zich onder een derde-houder bevindt door een beschikkingsonbevoegde wordt vervreemd, wordt, indien de derde het "*unmittelbarer Besitz*" uitoefent krachtens een rechtsverhouding tot de beschikkingsonbevoegde vervreemder, de verkrijger reeds eigenaar op het moment van het sluiten van de overeenkomst waarbij de vordering tot afgifte die de tradens jegens de derde-"houder" heeft, aan de accipiens is gecedeerd:⁴⁵ § 934 BGB. De reden waarom hier niet, zoals bij het *constitutum possessorium* door een beschikkingsonbevoegde, een daadwerkelijke bezitsverschaffing aan de accipiens is

42 BGB-RGRK t.a.p.; zie ook Warneyer, *Rechtsprechung des Reichsgerichts* 1929, no. 182.

43 Het is niet noodzakelijk dat de accipiens het "*unmittelbarer Besitz*" verwerft: § 933 is ook van toepassing wanneer de tradens de feitelijke heerschappij - het "*unmittelbarer Besitz*" - verschaft aan iemand die dit uitoefent krachtens een rechtsverhouding met de accipiens, zodat deze dus slechts "*mittelbarer Besitz*" verwerft. Waar het om gaat, is dat de tradens zich van het bezit moet hebben ontdaan.

44 Zie, voor een beknopt exposé, Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts* (München 1983) blz. 486 e.v.

45 Eigendomsoverdracht van roerende goederen die zich onder een derde bevinden kan, ingevolge § 931 BGB, plaatsvinden d.m.v. cessie van de vordering tot afgifte. Cessie van vorderingen geschiedt naar het BGB geheel vormloos, d.w.z. zonder dat een daartoe strekkende akte of mededeling aan de debitor cessus is vereist: vgl. § 398 BGB.

vereist, is gelegen in het feit dat in het onderhavige geval, anders dan bij het *constitutum possessorium*, het "unmittelbarer Besitz" zich reeds niet meer bij de *tradens* bevindt.⁴⁶

Wij kunnen samenvatten. Het BGB heeft, door de introductie van een andere theorie omtrent het bezit, veel problemen geëcarteerd die eigen zijn aan de traditionele, gemeenrechtelijke theorie. Tegelijkertijd introduceerde het een rechtsfiguur die het gemene recht niet kende: de correctie van een door de beschikkingsonbevoegdheid van de *tradens* mislukte levering, inhoudende dat de verkrijger te goeder trouw de eigendom wordt toegekend, mits er is voldaan aan de overige vereisten welke aan de eigendomsoverdracht zijn gesteld (§§ 932-934 BGB). Dit doet de vraag rijzen naar de verhouding tussen de door het BGB in de §§ 929, 930 en 931 opgesomde alternatieven voor de feitelijke bezitsverschaffing bij de gewone eigendomsoverdracht en het door § 932 BGB tot uitdrukking gebrachte beginsel. Het BGB heeft dit probleem voor ieder der drie bekende alternatieven op verschillende wijze in de §§ 932, 933 en 934 BGB opgelost, al naar gelang de "Besitzlage" van *tradens* en *accipiens*, om welke drie bepalingen zich inmiddels een rijk geschakeerde casuïstiek heeft ontwikkeld.

Wij kunnen ons nu wenden tot het Zwitserse ZGB dat voortbouwt op het BGB; het heeft namelijk dezelfde bezitsleer overgenomen door niet meer het traditionele onderscheid te maken tussen (juridische) bezitters en houders.⁴⁷ Tegelijkertijd kent het in de artt. 714, lid 2 en 933 de bescherming van een derde verkrijger te goeder trouw aan wie door een beschikkingsonbevoegde is geleverd. De eigendomsoverdracht van roerend goed vindt naar huidig Zwitsers recht plaats door bezitsverschaffing op grond van een geldige titel van eigendomsoverdracht,⁴⁸ afkomstig van een beschikkingsbevoegde. Naast de feitelijke bezitsverschaffing kent het Zwit-

46 Zie Baur, a.w. blz. 489.

47 Art. 920 ZGB: "Hat ein Besitzer die Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen, so sind sie beide Besitzer".

48 Het Zwitserse recht hanteerde oorspronkelijk in navolging van het BGB het abstracte stelsel van eigendomsoverdracht (zie bijv. nog Rossel & Mentha, *Manuel du droit civil Suisse* II, 2e éd, n. 1332); sinds 1929 huldigt het Zwitserse Bundesgerichtshof evenwel de causale leer (BGE 55 II blz. 306 e.v.). Zie hierover uitvoerig *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* IV. B., 1. Teil, *Sachenrecht* (Zürich 1948) (Haab, Simonius) ad art. 714 Rdnr. 16 e.v. In het bijzonder de Rdnr's 36 e.v. zijn aanbevolen literatuur voor degenen die ten onzent naast de *causa* nog de aanwezigheid van een op eigendomsovergang gerichte zakelijke overeenkomst verlangen! Men heeft zich namelijk in Zwitserland de vraag gesteld of het, na de aanvaarding van de causale leer, nog zin had om - zoals tot dan gebruikelijk - de zakelijke overeenkomst (de "Einigung") als afzonderlijk vereiste voor de geldigheid van de eigendomsoverdracht te stellen. Deze vraag werd, uiteraard, ontkennend beantwoord!

serse recht, uiteraard, óók de drie bekende alternatieven: de traditio brevi manu, het constitutum possessorium en een traditio solo animo voor het geval zich het te leveren goed bij een derde bevindt die het voor de vervreemder onder zich heeft (art. 924).⁴⁹ Hoe nu verhouden zich deze tot de regeling van de eigendomsverkrijging door een derde-te goeder trouw? Het is op dit punt dat het Zwitserse recht een, vanuit rechtspolitiek oogpunt bezien, bijzonder interessant verschil met het BGB vertoont.

Naar wij zojuist zagen, behandelt het BGB de drie bekende *traditiones solo animo* zowel bij de normale eigendomsoverdracht door een beschikkingsbevoegde als óók bij de eigendomsverkrijging te goeder trouw van zaken die door een beschikkingsonbevoegde zijn geleverd; wij zagen tevens dat in het laatste geval voor elk der drie alternatieven voor de reële bezitsverschaffing een eigen regeling in het BGB werd opgenomen. Deze tamelijk casuïstische benadering is niet die van het moderne Zwitserse recht dat in dezen een belangrijke stap voorwaarts heeft gezet. Wat dan is het geval?

De bescherming van een derde-verkrijger te goeder trouw wordt zowel in het Duitse als in het Zwitserse recht geregeld in verband met de levering: zowel de §§ 932 e.v. BGB, als de artt. 714, lid 2 en 933 ZGB bevatten een regeling die uitsluitend is bedoeld als een heelmiddel van een ten gevolge van de beschikkingsonbevoegdheid van de tradens mislukte eigendomsoverdracht. Nu kan de eigenaar zijn goederen overdragen ofwel door feitelijke overgifte, ofwel door middel van één der drie meermaals genoemde surrogaten. Men kan zich daarom de vraag stellen of het niet voor de hand ligt hetzelfde aan te nemen voor de levering door een beschikkingsonbevoegde. Het Zwitserse recht heeft zich deze vraag gesteld en haar bevestigend beantwoord. *Dit betekent dat iedere wijze van bezitsverschaffing die eigendom doet overgaan wanneer zij is geschied door een beschikkingsbevoegde óók eigendom doet overgaan wanneer zij is geschied door een beschikkingsonbevoegde mits natuurlijk de verkrijger te goeder trouw is en de bezitsverschaffing geschiedt ter uitvoering van een geldige titel!*

Voor wat betreft de levering brevi manu door een beschikkingsonbevoegde wordt deze beslissing gerechtvaardigd middels de vaststelling dat de legitimerende werking van het bezit, waarop óók in het Zwitserse recht de rechtvaardiging van de eigendomsverkrijging door de derde-te goeder trouw is gebaseerd, evenzeer aanwezig is bij de traditio brevi manu als bij de levering van hand tot hand.⁵⁰ Hierbij

49 De traditio brevi manu is in het ZGB niet met zoveel woorden geregeld omdat een afzonderlijke regeling als overbodig, want vanzelfsprekend, werd gezien: *Berner Kommentar zum ZGB* IV,3,1 (Bern 1984) art. 924, Rdnr 79 (Stark).

50 *Berner Kommentar*, t.a.p., Art. 933 Rdnr. 82.

verdient nog te worden opgemerkt dat de beperking die het BGB in § 929 I, Satz 2 aanbrengt, namelijk dat de verkrijger zijn onmiddellijk bezit direct van de vervreemder moet hebben afgeleid, in het Zwitserse recht niet wordt gemaakt.⁵¹

In het geval van een constitutum possessorium door een beschikkings-onbevoegde treedt het meest in het oog vallende verschil tussen het Duitse en het Zwitserse recht naar voren: terwijl het BGB in § 933 aan een dergelijke wijze van bezitsverschaffing ieder rechtsgevolg ontzegt, is men in Zwitserland van mening dat óók hier de vervreemder gelegitimeerd is door zijn bezit.⁵² Deze oplossing wordt bovendien gerechtvaardigd door de overweging dat een eigenaar, die zijn zaak vrijwillig afstaat, het risico op zich neemt dat zij aan een derde-te goeder trouw wordt vervreemd.⁵³

Indien de door een beschikkingsonbevoegde geleverde zaak zich ten tijde van de bezitsverschaffing onder een derde bevindt,⁵⁴ is er weliswaar in veel mindere mate dan bij het constitutum possessorium of de traditio brevi manu sprake van een legitimerende werking uitgaande van het bezit van de vervreemder (dat immers bevindt zich feitelijk niet bij hem, maar bij degene die voor hem houdt), maar óók hier kiest men voor een bescherming van de verkrijger-te goeder trouw! De ratio hiervan ligt in de overweging dat de verkrijger slechts dan door middel van een "Besitzanweisung" het bezit verkrijgt van de vervreemder wanneer de "houder" inderdaad voor de vervreemder houdt. Wanneer degene die de daadwerkelijke heerschappij over het goed uitoefent in het geheel niet voor de vervreemder, of voor een ander dan de vervreemder houdt, is immers van bezitsverschaffing door de

51 *Berner Kommentar*, t.a.p. Rdnr. 83.

52 In het Zwitserse recht zijn de tanden uit het constitutum possessorium gerukt door de bepaling van art. 717 ZGB: "Bleibt die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräußerer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist. Der Richter entscheidet hierüber nach seinem Ermessen(!)" De bepaling bevat het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid door middel van constitutum possessorium: zie hierover nader *Berner Kommentar* IV,2,5 (Bern 1982), *Systematischer Teil* Rdnr. 1408 en ad art. 884 ZGB Rdnr. 719.

53 *Berner Kommentar* t.a.p. (n. 49) blz. 285-286 en Art. 933 Rdnr 84.

54 De levering van een goed dat zich onder een derde bevindt die het voor de vervreemder onder zich heeft, geschiedt naar Zwitsers recht middels een zgn. "Besitzanweisung", d.w.z. door een constitutum possessorium dat eerst werkt tegen de houder wanneer het hem is medegedeeld: zie art. 924 ZGB en daarbij *Berner Kommentar*, t.a.p. ad art. 924 Rdnr. 22. Ter vermijding van misverstanden zij er met nadruk op gewezen dat de mededeling *niet* nodig is voor de bezitsverschaffing en de eigendomsverkrijging die daarvan in de regel het rechtsgevolg is: het bezit wordt ook zónder mededeling aan de verkrijger verschaft. De rechtsgevolgen daarvan werken echter eerst *tegen de houder* wanneer de overdracht hem is medegedeeld.

vervreemder in het geheel geen sprake.⁵⁵ Zo biedt het Zwitserse recht een originele oplossing voor het probleem van de bezitsverschaffing door een beschikkingsonbevoegde: alle vormen van levering die eigendom doen overgaan wanneer zij zijn geschied door een beschikkingsbevoegde, doen óók eigendom overgaan wanneer zij zijn geschied door een beschikkingsonbevoegde, mits de verkrijger te goeder trouw is en hij krachtens een geldige titel heeft verkregen.⁵⁶ Hetzelfde systeem treft men aan in Oostenrijk.⁵⁷ Deze benadering van het hier aan de orde zijnde probleem maakt de voor de hand liggende gevolgtrekking uit het stelsel waarin de eigendomsverkrijging door een verkrijger te goeder trouw uitsluitend wordt benaderd vanuit het geval waarin een eigendomsoverdracht is mislukt tengevolge van de beschikkingsonbevoegdheid van de tradens. Een dergelijke benadering leidt er inderdaad welhaast dwingend toe alle leverings-surrogaten (*traditio brevi manu*, *constitutum possessorium* en "*traditio longa manu*") naast de feitelijke overgave toe te laten. Zij geeft, voor zover ik heb kunnen overzien, in de beide genoemde landen, nauwelijks aanleiding tot problemen.

3 Het Nederlandse recht

Niet alleen het huidige, maar zelfs het toekomstige Nederlandse recht staan, voor wat de bezitsleer betreft, nog steeds op het traditionele, gemeenrechtelijke standpunt, inhoudende dat het bezit in juridische zin dient te worden onderscheiden van feitelijke detentie. Het opschrift van de vijfde titel van het nieuwe boek 3 NBW - Bezit en Houderschap - laat hieromtrent aan duidelijkheid niets te wensen over. Het NBW codificeert in art. 3.5.1, lid 4 (3:107, lid 4) zelfs de oude romeinsrechtelijke subtiliteit dat het (civiele) bezit door middel van een keten van houders en "onder"-houders in stand kan worden gehouden.⁵⁸ Dit brengt ons wederom op de

55 *Berner Kommentar*, t.a.p. Rdnr. 86.

56 Zie ook nog Gutzwiller, Hinderling e.a., *Schweizerisches Privatrecht* V/1 (Basel 1977) blz. 327.

57 Zie Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* I (Wenen 1983) ad § 367 (Spielbüchler) Rdnr. 3. Er moet hier bovendien nog gewezen worden op het feit dat in het Oostenrijkse recht, evenmin als in het Franse en Zwitserse recht, geen fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid door middel van *constitutum possessorium* naast het *vuistpand* is toegelaten. Men ziet hierin een ontoelaatbare ontduiking van het voorschrift van § 451 ABGB, inhoudende dat het *pand* uit de macht van de *pandgever* moet worden gebracht: zie Rummel, a.w. ad § 451, Rdnr. 3 (Petrasch).

58 H. Drion heeft in een belangwekkend artikel (*WPNR* 4941-4943) voorgesteld het oude, gemeenrechtelijke onderscheid tussen bezit en houderschap te laten vallen. Ik zou dit inderdaad hebben toegejuicht. Het oude onderscheid bleef echter ook in het NBW gehandhaafd; zie hierover *Parlementaire Geschiedenis*, boek 3 blz. 423 e.v.

vraag die wij tot het uitgangspunt onzer beschouwingen hadden genomen: kan de onderhuurder van een roerend goed aan wie een goed door de huurder middels een *traditio brevi manu* is geleverd, een beroep doen op de bescherming van art. 2014, lid 1 BW/art. 3.4.2.3a(3:86) NBW?

Het lijkt mij verstandig aan de beantwoording van deze rechtsvraag een opmerking te laten voorafgaan, die het probleem aanzienlijk kan inperken.

Naar wij hierboven naar aanleiding van het oude gemene recht reeds opmerkten, werd lang niet altijd als regel aangenomen dat het juridisch bezit in stand blijft wanneer de houder het hem toevertrouwde goed aan een "onder"-houder afstaat: wanneer uit de aard van de detentie-overeenkomst tussen bezitter en houder voortvloeide dat de laatste hiertoe niet bevoegd was, verloor de eerste van rechtswege het bezit wanneer de houder hiertoe toch overging. Is dit het geval, dan is de hier aan de orde zijnde rechtsvraag nauwelijks problematisch! Immers: door het sluiten van een detentie-overeenkomst met een "onder"-houder, wordt de eerste houder van rechtswege bezitter en uiteraard kan een juridische bezitter een roerend goed middels een *traditio brevi manu* aan zijn houder leveren. Dit lijkt mij niet alleen juist voor het gemene recht maar óók voor het huidige en toekomstige Nederlandse recht. Problematisch is het slechts wanneer de tradens geen bezitter, maar *houder* is, hetgeen zich dus slechts kan voordoen wanneer het sluiten van een detentie-overeenkomst door de houder met een derde niet, zoals dikwijls zal moeten worden aangenomen, leidt tot automatisch bezitsverlies bij de juridische bezitter. Dit brengt ons op het arrest dat pleegt te worden aangehaald teneinde de stelling te onderbouwen dat de onderhuurder die door middel van een *traditio brevi manu* van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen een beroep kan doen op de bescherming van 2014,1 BW (3:86 NBW).

Op 25 september 1953 deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak Helmer-Schoolderman. Helmer was, zo werd althans gesteld, door naturalisatie Duits onderdaan geworden. Ingevolge het Besluit Vijandelijk Vermogen (E 133) was zijn vermogen in mei of juni 1945 onder beheer genomen door het Nederlands Beheersinstituut (NBI), dat enige daartoe behorende roerende goederen nog dezelfde zomer in bruikleen gaf aan Schoolderman en die vervolgens op 27 januari 1948 aan Schoolderman verkocht. Helmer, die betwistte ooit "Duitser of vijandelijk onderdaan" te zijn geweest, vorderde de aan Schoolderman geleverde roerende goederen op; Schoolderman beriep zich op de bescherming van 2014,1 BW. De Hoge Raad wees het verzoek om cassatie van het arrest van het Hof te Arnhem waarin de vordering van Helmer was afgewezen, af, onder meer overwegend "dat de omstandigheid dat het bezit ener roerende zaak is verkregen zonder dat een overgave dier zaak heeft plaatsgehad, aan een beroep op het bij het eerste lid van art. 2014 BW bepaalde niet in den weg staat". Op deze rechtsoverweging is de

stelling gebaseerd dat ook met vrucht een beroep op 2014,1 BW kan worden gedaan, wanneer aan een derde is geleverd door middel van een traditio brevi manu. Er is echter een aantal redenen een dergelijke verstrekkende gevolgtrekking uit het genoemde arrest af te wijzen. Ten eerste is de rechtsoverweging van de Hoge Raad zo algemeen geformuleerd dat zij zelfs het constitutum possessorium mede lijkt te willen omvatten, iets dat de HR in het voorgaande nummer in de kolommen van de Nederlandse Jurisprudentie van 1954 (het SIO-arrest) nu juist had ontkend! Ten tweede is de casus Helmer-Schoolderman volstrekt a-typisch voor het normale 2014,1-geval, waarin als regel door een beschikkingsonbevoegde *houder* pleegt te zijn geleverd. Het NBI namelijk hield niet voor Helmer toen het de door de Staat in beslag genomen goederen eerst aan Schoolderman in bruikleen gaf en vervolgens aan deze vervreemde. Het Hof nam terecht aan dat Helmer zijn bezit verloren had op het moment dat de Staat zijn goederen in beslag had genomen. Het NBI beheerde de door de Staat in beslag genomen goederen niet ten behoeve van Helmer maar voor de Staat en het verkocht de litigieuze goederen aan Schoolderman als vertegenwoordiger van de juridische bezitter, te weten de Staat. Het Hof verbond hieraan de juridisch volstrekt onproblematische gevolgtrekking dat de levering door het NBI aan Schoolderman geldig was, dat Schoolderman dientengevolge bezitter was geworden en met vrucht een beroep kon doen op de bescherming van 2014 BW. Het stelde voorts dat Helmer géén beroep kon doen op de bescherming van 2014,2 BW (onvrijwillig bezitsverlies) omdat de bescherming die dit artikel aan de eigenaar biedt na drie jaar vervalst. Het Hof had namelijk vastgesteld dat Helmer zijn bezit reeds in 1945 had verloren, zodat in 1950, het jaar waarin de zaak aanhangig was gemaakt, geen beroep meer op art. 2014,2 BW kon worden gedaan. De Hoge Raad heeft geen overwegingen gewijd aan het tijdstip waarop Helmer het bezit van zijn goederen verloor. Kennelijk is hij er van uitgegaan dat de Staat ten tijde van de levering door haar vertegenwoordiger (het NBI) aan Schoolderman reeds bezitter was. In zo een geval nu is, naar de lezer uit de hierboven geplaatste historische uiteenzetting weet, nimmer gesteld dat een traditio brevi manu in strijd is met de regel van 592 BW. Die vraag is pas aan de orde wanneer wordt geleverd door een houder (of zijn vertegenwoordiger). Dit nu was in het arrest van 25 september 1953 niet het geval, zodat het arrest niet of nauwelijks bruikbaar is voor de rechtsvraag die ons bezighoudt.

J. Drion heeft in zijn noot onder het arrest Helmer-Schoolderman een verband gelegd tussen het daaraan voorafgaande SIO-arrest - waarin de regel van 592 BW prominent figureert - en de traditio brevi manu. Hij stelt daarin de regel op dat een derde aan wie een roerend goed door een beschikkingsonbevoegde middels traditio brevi manu is geleverd alléén dan een beroep kan doen op de bescherming van 2014,1 BW wanneer de vervreemder, de tweede hand, bezitter was. Hij schrijft

daarom: "Zo kan de onderhuurder niet een beroep doen op art. 2014,¹ indien de huurder hem de zaak *brevi manu* leverde, *aangezien men door traditie alleen bezit verkrijgt als de tradens zelf bezitter was*".⁵⁹ Drion beantwoordt onze rechtsvraag dus ontkennend. Is een levering *brevi manu* door een beschikkingsonbevoegde houder, zo moet hij hebben gedacht, niet in strijd met de regel dat een houder de titel van zijn bezit niet voor zichzelf kan wijzigen? Bezitsinterversie door het sluiten van een enkele overeenkomst is bij het *constitutum possessorium* uitgesloten en lijkt daarom óók bij de *traditio brevi manu* uitgesloten.

Vanuit een iets anders georiënteerde gedachtengang moet men logischerwijze tot dezelfde gevolgtrekking geraken. Zo maakt Brahn in zijn *Zwaartepunten van het nieuwe vermogensrecht*, meer nog dan in zijn jongste bewerking van Pitlo's *Zakenrecht*, een onderscheid tussen *bezitsoverdracht*, en *bezitsverschaffing*.⁶⁰ *bezitsverschaffing* zou kunnen geschieden door ieder die de heerschappij uitoefent over een zaak. *Bezitsoverdracht* daarentegen zou slechts kunnen geschieden door een juridische bezitter of een *daartoe bevoegde detentor*.⁶¹ Het belang van dit leerstellige onderscheid zou zijn gelegen in een verschil in rechtsgevolg bij de drie leverings-surrogaten, waarbij Brahn, evenals Bartolus meer dan 600 jaren vóór hem, vooral denkt aan het *constitutum possessorium*.⁶² Een beschikkingsonbevoegde detentor kan, steeds volgens Brahn, wel bezit verschaffen, maar overdragen kan hij het niet. Kennelijk moet men aannemen dat de laatste onmogelijkheid wordt veroorzaakt doordat de beschikkingsonbevoegde detentor geen juridisch bezitter is. Wanneer men immers gebruik maakt van het begrip *bezitsoverdracht* suggereert men daardoor het bestaan van een "nemo plus"-regel, niet voor de eigendomsoverdracht, maar voor het bezit! Drion zegt het zelfs expliciet. *Bezitsverschaffing* door een beschikkingsonbevoegde detentor daarentegen is wel mogelijk, mits hij dit doet door daadwerkelijke verschaffing van de feitelijke heerschappij, waardoor hij aan de accipiens het bezit verschaft dat hij zelf niet heeft. De drie bekende leverings-surrogaten lijken daarom slechts geschikt als wijzen van *bezitsoverdracht*, zodat zij slechts lijken te kunnen geschieden door een juridische bezitter of een *daartoe bevoegde detentor*. Noch de *traditio brevi manu* immers, noch de leveringsvorm die wij ten onzent - ten onrechte - aanduiden als *traditio longa manu*, kunnen worden beschouwd als leveringen waardoor de tradens de accipiens corporeel de feitelijke heerschappij verschaft ("*bezitsverschaffing*"). Bij de *traditio longa manu* spreekt dit

59 Cursiveringen van mij.

60 A.w. (ed. Zwolle 1989) blz. 90 e.v.

61 T.a.p.

62 A.w. blz. 92: "Het is hier, bij het *constitutum possessorium*, dat wij het verschil tussen de "overdracht" en de "verschaffing" van het bezit zien".

voor zich, maar ook bij de traditio brevi manu is dit het geval: zij bestaat in ons geval uit een overeenkomst tussen een beschikkingsonbevoegde houder en een "onder"-houder krachtens dewelke de laatste ten detrimente van de juridische bezitter de titel van zijn bezit wijzigt! Zoals reeds werd opgemerkt, neemt het constitutum possessorium een centrale plaats in Brahns betoog in. Het kan echter ook worden toegepast op de beide andere *traditiones solo animo*, dat wil zeggen leveringen door middel van een *wilsverklaring*. Doet men dit, dan komt men tot de conclusie dat alléén een juridische bezitter of een beschikkingsbevoegde detentor door middel van traditio brevi manu het bezit kan *overdragen* en moet men stellen dat de accipiens géén beroep kan doen op de bescherming van art. 2014,1 BW (3:86 NBW) wanneer hem het bezit is "overgedragen" door een beschikkingsonbevoegde detentor: hij heeft niet alleen niet verkregen van een beschikkingsbevoegde, *maar óók de levering is mislukt!*⁶³

Er dient zich nu een opmerkelijke parallel aan tussen gedachten als die van Drion en Brahn en de gedachtengang van een aantal gemeenrechtelijke auteurs over het bezitsverlies tengevolge van een handeling van een detentor. Ook deze immers benadrukten in het bijzonder het constitutum possessorium en zagen de traditio brevi manu door een beschikkingsonbevoegde detentor niet als een wijze van levering, maar constateerden slechts dat de juridische bezitter hierdoor van rechtswege zijn bezit verloor en dat de "onder"-houder het bezit *op originaire wijze*, dat wil dus zeggen *anders dan door levering*, had verkregen.⁶⁴ De vraag was overigens in het gemene recht nauwelijks van belang omdat de eigenaar, waarop men ook de bezitsverkrijging door de accipiens baseert, altijd de mogelijkheid had zijn goederen onder de derde te revindiceren.⁶⁵ Naar huidig recht is het belang van deze vaststelling, door het bestaan van de regel van 2014,1 BW/3.4.2.3a (3:86) NBW, veel groter: alléén immers wanneer er sprake is van *een geldige levering* kan de bescherming van art. 2014,1 BW/3:86 NBW worden ingeroepen. De vraag rijst dan of een constitutum possessorium, of een traditio brevi manu, door een beschikkingsonbevoegde detentor een geldige levering is. Ziet men de traditio brevi manu door een beschikkingsonbevoegde detentor, mét de gemeenrechtelijke auteurs die

63 In zijn *Zakenrecht* (blz. 195) merkt Brahn, met een verwijzing naar HR 25 september 1953, NJ 1954 no. 190, op dat degene die brevi manu geleverd heeft gekregen van een beschikkingsonbevoegde detentor wel een beroep kan doen op de bescherming van art. 2014,1 BW. Uiteraard leert hij sinds het arrest van 1 mei 1987, NJ 1988, 852 voor de traditio longa manu hetzelfde. Waarom voor deze wijzen van bezitsoverdracht iets anders zou moeten worden aangenomen dan voor het constitutum possessorium blijft onduidelijk. Of is de leerstellige onderscheiding tussen bezitsverschaffing en bezitsoverdracht soms alléén bruikbaar bij het constitutum possessorium?

64 Zie hierboven blz. 84-85.

65 Zie hierboven blz. 87.

dachten vanuit hetzelfde leerstellige kader als bijv. Drion en Brahn niet als een wijze van levering, maar als een originaire wijze van bezitsverkrijging, dan kan van een beroep op art. 2014,1 BW/3:86 NBW inderdaad geen sprake zijn. De verkrijger is, zo moet bij deze beschouwingwijze de gedachtengang zijn, *niet door levering maar door occupatie* bezitter geworden en men kan niet door occupatie eigenaar worden van goederen die door een beschikkingsonbevoegde detentor zijn gedere-linqueerd; het betreft immers niet een *res nullius*!

Zo zijn wij, dunkt mij, gekomen tot de kern van het probleem dat ons bezighoudt. Sinds het arrest Damhof - de Staat⁶⁶ staat vast dat de bezitter van een roerend goed die zich met succes wil beroepen op de bescherming van art. 2014, lid 1 BW/3:86 NBW het bezit moet hebben verworven door middel van een geldige levering. Sindsdien rijst de vraag of een levering anders dan door feitelijke overgifte is aan te merken als een geldige levering wanneer zij is geschied door een beschikkingsonbevoegde detentor. Deze laatste immers is géén bezitter, zodat het probleem rijst hoe hij aan een derde, anders dan door feitelijke overgifte, het bezit kan verschaffen dat hij zelf niet heeft. Het is verhelderend om, ter oplossing van dit vraagstuk, uit te gaan van het onderscheid tussen occupatie en levering.⁶⁷ Bij het constitutum possessorium wordt hierdoor enige duidelijkheid verkregen. Immers, zo kan men betogen, wanneer men anders dan door feitelijke overgifte bezit wil verschaffen, zal men bezitter moeten zijn. De houder nu kan zich niet door middel van occupatie, bestaande uit een enkele wilsverandering, tot bezitter maken (art. 592 BW) en hij kan dus evenmin door enkele wilsovereenstemming met een derde (het constitutum possessorium) bezit "overdragen". Ook bij de traditio brevi manu levert dit betoog enig soelaas op. Wij wezen er hierboven⁶⁸ al op dat dikwijls zal moeten worden aangenomen dat alleen al het sluiten van een detentieovereenkomst tussen de houder en een derde, leidt tot automatisch bezitsverlies bij de eigenaar/juridisch bezitter. Zolang de derde houdt voor zijn contractspartij bevindt zich dan het juridische bezit bij de voormalige houder: deze heeft zich - om in de gedachtengang van M. Scheltema te blijven - door occupatie het bezit verschaft. Is dit het geval, dan kan hij ook aan zijn houder door middel van een traditio brevi manu het bezit "overdragen". Er rijzen echter problemen wanneer het sluiten van een detentieovereenkomst door de houder met een derde *niet* leidt tot het automatisch bezitsverlies bij de eigenaar/juridisch bezitter; art. 3.5.1, lid 4 (3:107, lid 4) NBW dwingt ons een dergelijke mogelijkheid onder ogen te zien. Blijft men,

66 HR 5 mei 1950, NJ 1951,1.

67 Zie daarvoor M. Scheltema, 'Het constitutum possessorium door een houder in het geldende recht', in *Ars Aequi* XIV (1964) blz. 21 e.v.

68 Blz. 82 en 97.

de vruchtbare vingerwijzing van M. Scheltema volgend, het onderscheid tussen occupatie en levering in het oog houden, dan kan voor dit geval niet anders worden geconcludeerd dan reeds het gemene recht deed: de derde verkrijgt *door occupatie* het bezit! De tradens immers was géén bezitter en kan zich niet door enkele wilsverandering het bezit verschaffen, laat staan door een wijze van bezitsverschaffing die bestaat uit een enkele wilsovereenstemming. Ik acht dit resultaat onbevredigend. Het wordt in het leven geroepen door het ongelukkige gegeven dat óók het NBW is blijven vasthouden aan het traditionele onderscheid tussen bezit en houderschap, dat dwingt tot subtiele spitsvondigheden en distincties die aan de middeleeuwse scholastiek herinneren. In het bijzonder de stelling dat een "beschikkingsonbevoegde detentor" wel bezit kan verschaffen, doch het niet zou kunnen "overdragen" lijkt mij inderdaad niet meer dan een, door het in dezen ongelukkige woordgebruik van het NBW ingegeven woordenspel dat meer verwarring dan klaarheid schept, in zonderheid in verband met de problematiek rondom art. 2014 BW/ 3.4.2.3a (3:86) NBW. Men doet er beter aan dit vragencomplex langs een andere weg te benaderen.

4 De verhouding tussen de leveringsvormen van art. 3:115 NBW en de eigendomsverkrijging van art. 3:86 NBW nader beschouwd

Het NBW laat vanuit een systematisch oogpunt beschouwd een steek vallen, door de boven deze paragraaf aangeduide relatie niet uitdrukkelijk te regelen. Weliswaar regelt het in art. 3:115 NBW keurig de drie overbekende alternatieven voor de levering door middel van feitelijke overgifte, maar het laat na in aansluiting aan art. 3:86 NBW aan te geven op welke wijze die zich verhouden tot de daarin geregelde wijze van eigendomsverkrijging. Alléén het constitutum possessorium heeft enige aandacht gekregen in art. 3.4.2.5, lid 2 (3:90, lid 2) NBW, maar dit artikel ziet slechts - zo neemt men althans (nog) aan - op een levering door een beschikkingsonbevoegde bezitter, niet echter op een levering door een beschikkingsonbevoegde detentor.⁶⁹ De vraag hoe de levering door middel van de traditio longa manu zich verhoudt tot de eigendomsverkrijging van art. 3:86 NBW ("2014") trok eerst in 1987 (!) de aandacht van het grootste gedeelte van de juridische wereld door de beide geruchtmakende arresten van de Hoge Raad van dat jaar.⁷⁰ De Hoge Raad zag zich toen bij de beantwoording van deze rechtsvraag voor een legislatief vacuum geplaatst: zij was zelfs niet in het NBW voorzien! De vraag, tenslotte hoe zich de

⁶⁹ Zie, in plaats van anderen, Brahn t.a.p. blz. 93.

⁷⁰ HR 1 mei 1987, NJ 1988, 852 en HR 18 september 1987, NJ 1988, 983.

traditio brevi manu verhoudt tot het nieuwe "2014", wordt nauwelijks serieus aan de orde gesteld. Er zijn, naar het mij dunkt, slechts twee vruchtbare methodes om het hier aan de orde gestelde probleem in algemene zin op te lossen. De eerste is die van het Duitse BGB, de andere die van het Zwitserse en Oostenrijkse recht.

a De "Besitzlage" als grondslag

Wij hebben hierboven uiteengezet op welke wijze het BGB vorm geeft aan de relatie tussen de drie bekende leveringssurrogaten en de in § 932 ev BGB uitgewerkte eigendomsverkrijging van een beschikkingsonbevoegde. Daarin wordt de feitelijke bezitstoestand tot uitgangspunt genomen. Heeft de accipiens het goed reeds onder zich, dan is geen levering meer noodzakelijk en verwerft hij tevens de eigendom wanneer de vervreemder beschikkingsonbevoegd is, mits hij ten tijde van het sluiten der zakelijke overeenkomst te goeder trouw is én hij zijn bezit onmiddellijk van de vervreemder afleidt (§ 932). Blijft de vervreemder na de beoogde eigendomsoverdracht het goed onder zich houden, dan verkrijgt de accipiens eerst *dán* de eigendom van een beschikkingsonbevoegde vervreemder wanneer deze aan hem of zijn vertegenwoordiger de feitelijke heerschappij heeft verschaft, mits de verkrijger of zijn vertegenwoordiger te goeder trouw is (§ 933). Wanneer, tenslotte, het te vervreemden goed zich onder een derde bevindt die het krachtens een rechtsverhouding tot de onbevoegde vervreemder onder zich heeft, wordt de accipiens eigenaar zodra vervreemder en verkrijger het op de in § 931 BGB aangegeven wijze eens zijn geworden over de eigendomsoverdracht mits de verkrijger op dit tijdstip te goeder trouw is (§ 934). De reden waarom in het laatstgenoemde geval een van die bij het constitutum possessorium afwijkende oplossing is gekozen, is gelegen in het feit dat de vervreemder bij het constitutum possessorium in het feitelijk bezit van het goed blijft, terwijl dat zich in het andere geval niet meer bij hem, maar bij een derde bevindt.

De hier gekozen oplossing lijkt mij het meest in overeenstemming met hetgeen de Hoge Raad *praktisch* omtrent het een en ander leert. De jurisprudentie van dit college houdt immers in dat een verkrijger te goeder trouw wordt beschermd wanneer aan hem is geleverd op de in art. 3:5.9 sub c (3:115, sub c) NBW voorgescreven wijze ("traditio longa manu"). Hij wordt - althans naar huidig recht - niet beschermd indien is geleverd op de wijze van art. 3:5.9, sub a (3:115, sub a) NBW ("constitutum possessorium").

Wat echter wanneer een beschikkingsonbevoegde detentor middels een traditio brevi manu heeft geleverd? Ook hier zal, dunkt mij, de verkrijger moeten worden beschermd en wel omdat hij te goeder trouw het bezit heeft verworven. Teneinde

dit resultaat theoretisch bevredigend te kunnen funderen, dient een ander uitgangspunt te worden gehanteerd dan de Hoge Raad tot dusver heeft gedaan. De HR namelijk baseert de onmogelijkheid van een constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde detentor sinds het SIO-arrest voornamelijk op art. 592 BW/3.5.5 (3:111) NBW. Dit uitgangspunt komt mij ongelukkig voor; deze redenering kan immers óók worden toegepast in het geval van een traditio brevi manu door een beschikkingsonbevoegde houder en leidt daar tot onbevredigende resultaten. Veel beter is het, dunkt mij, om de concrete "Besitzlage" tot uitgangspunt der beschouwingen te nemen: degene aan wie door een beschikkingsonbevoegde wordt geleverd door middel van een andere leveringswijze dan door middel van feitelijke overgifte wordt slechts dan beschermd indien het feitelijk bezit zich niet meer bij de tradens bevindt.⁷¹ Dit is het geval wanneer de accipiens het goed reeds als houder onder zich heeft (traditio brevi manu), of wanneer een derde dit goed onder zich heeft krachtens een rechtsverhouding tot de onbevoegde vervreemder (traditio longa manu). Het constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde detentor tenslotte mist niet daarom ieder rechtsgevolg omdat art. 592 BW/3.5.5 (3:111) NBW zich daartegen verzet, maar enkel en alleen omdat de vervreemder de feitelijke heerschappij over het goed blijft uitoefenen. Men heeft zodoende een objectieve grondslag gegeven aan de verhouding tussen de in art. 3.5.9 (3:115) NBW opgesomde leveringssurrogaten en het nieuwe 2014 (art. 3.4.2.3a/3:86 NBW), waardoor iedere verwijzing naar subjectieve elementen wordt vermeden.

b De rechtspolitieke functie als grondslag

De Hoge Raad heeft in zijn beroemde arrest van 5 mei 1950 (NJ 1951, 1; Damhof - de Staat) de rechtspolitieke functie van het oude art. 2014,1 BW (3:86 NBW) ingrijpend gewijzigd. Vanuit een rechtshistorisch en rechtvergelijkend perspectief namelijk beschermde het genoemde artikel, dat is ontleend aan art. 2279 Cc, *ieder* feitelijk bezit dat te goeder trouw is verkregen.⁷² Sinds het genoemde arrest is die functie een geheel andere: het artikel heeft als enige functie⁷³ een eigendoms-

⁷¹ In deze zin ook Kisch, *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* no. 2 blz. 27.

⁷² Zie hierover, in plaats van anderen, Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de droit civil I* (Parijs 1946) no.'s 3389 e.v. en Weill-Terré-Simmler, *Droit Civil, Les Biens* (Précis Dalloz; Parijs 1985) no.'s 412 e.v., alsmede Meyers *WPNR* 4187, ook in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, 2e deel (Leiden 1955) blz. 169 e.v.

⁷³ De zogenaamde "processuele functie" van 2014,1 BW berust op een misverstand: zij had onder het oude recht evengoed, zo niet beter, kunnen worden toegekend aan de artt. 589 en 590 BW.

overdracht te helen die is mislukt tengevolge van de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Sindsdien staat vast dat aan het bezit van de derde een rechtgeldige titel van eigendomsoverdracht ten grondslag moet liggen en dat het bezit van dezelfde moet zijn verkregen *door levering*. Levering nu kan geschieden hetzij door feitelijke overgifte, hetzij door middel van één der drie leverings-surrogaten van art. 3.5.9 (3:115) NBW. Deze nieuwe functie van het oude 2014,1 BW die is gecodificeerd in art. 3.4.2.3a (3:86) NBW, brengt daarom in beginsel met zich mede dat iedere wijze van levering voldoende is voor een beroep op 3:86 NBW; óók dus die welke niet door middel van feitelijke overgifte, maar door middel van één der in art. 3:115 NBW geregelde zijn geschied!

Dit lijkt mij de gedachte te zijn die verscholen gaat achter de algemeen gestelde rechtsoverweging van de Hoge Raad in het arrest Helmer-Schoolderman.⁷⁴ Vanuit dit licht bezien, liggen het SIO-arrest en het arrest Helmer-Schoolderman zelfs op één lijn. De Hoge Raad heeft immers in het SIO-arrest, naast het inmiddels overbekend geworden 592-argument, nóg een rechtsoverweging opgenomen, inhoudende dat óók een constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde in beginsel aan een beroep op 2014,1 BW niet in de weg staat, doch slechts kan worden gehonoreerd "indien en voor zover de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks betrokken zijn". Nu is het weliswaar juist dat de Hoge Raad deze, uitdrukkelijk niet op 592 BW gebaseerde rechtsoverweging in latere vergelijkbare gevallen niet meer heeft herhaald⁷⁵ en in één geval dit alternatief voor de 592-redenering zelfs "in zijn algemeenheid" heeft verworpen,⁷⁶ maar het lijkt mij niet onmogelijk dat deze overweging van de Hoge Raad uit het SIO-arrest, alsmede de algemene uitspraak uit het arrest Helmer-Schoolderman, ná de invoering van het NBW een nieuwe actualiteit zullen verkrijgen. Hierboven werd reeds opgemerkt dat het 592-argument niet zo sterk is om als grondslag te fungeren voor de afwijzing van het constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde houder en dat men daarvoor veel beter de concrete "Besitzlage" tot uitgangspunt kan nemen. Het is echter de vraag of ná de invoering van het NBW nog zoveel maatschappelijke behoefte zal bestaan aan een dergelijke afwijzing. Men bedenke dat de Hoge Raad de verhouding tussen het constitutum possessorium en art. 2014,1 BW vrijwel

74 HR 25 september 1953, NJ 1954, no. 190: "dat de omstandigheid dat het bezit ener roerende zaak is verkregen zonder dat een overgave dier zaak heeft plaats gehad, aan een beroep op het bij het eerste lid van art. 2014 BW bepaalde niet in de weg staat".

75 Zie de bekende arresten van 29 sept. 1961, NJ 1962, 14 (Picus-Smallingerland) en 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (Kamphuis-Nationaal Grondbezit).

76 HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 ("Pluvier"- of "Traffic"-arrest).

uitsluitend⁷⁷ heeft vorm gegeven *naar aanleiding van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid door middel van constitutum possessorium*!⁷⁸ Na de invoering van het NBW zal deze toepassing van het constitutum possessorium echter tot het verleden gaan behoren⁷⁹ en zal het constitutum possessorium door de invoering van het bezitloos pandrecht nog slechts van ondergeschikt belang zijn. Tengevolge van deze ontwikkeling lijkt er voor het toekomstige recht weinig bezwaar meer te bestaan tegen een keuze als door het Zwitserse en Oostenrijkse recht is gemaakt, te minder daar de artt. 3.4.2.5 lid 2/3:90 lid 2 en 3.2.11/3:45 NBW (de Pauliana) waken tegen misbruik van inzonderheid het constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde. Men bedenke voorts dat het Duitse recht de constructie van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid door middel van het constitutum possessorium tot één der hoekstenen van zijn stelsel van zekerheidsrechten heeft gemaakt. Een beperking van de rechtsgevolgen van het constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde lijkt binnen een dergelijk stelsel voor de hand te liggen. Zou het nu slechts een toeval zijn dat in rechtsstelsels als het Oostenrijkse of het Zwitserse waarin de eigendoms-overdracht ten titel van zekerheid door middel van constitutum possessorium praktisch is verboden,⁸⁰ geen bezwaar bestaat tegen de mogelijkheid dat óók degene die te goeder trouw en op grond van een geldige titel door middel van constitutum possessorium heeft verkregen, met vrucht een beroep kan doen op met art. 2014,1 BW/3:86 NBW vergelijkbare regelingen?

Rest nog slechts de vraag of het toekomstige art. 3.5.5/3:111 NBW (592 BW) zich niet, voor wat het constitutum possessorium betreft, tegen een dergelijke keuze verzet. Daaromtrent zij het volgende opgemerkt.

77 Een uitzondering vormt het arrest van 29 september 1961, NJ 1962,14 (Picus).

78 Vgl. uitvoerig Brahn, *Fiduciaire Overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud* (Zwolle 1988) blz. 77 e.v. Het verdient bovendien te worden benadrukt dat de Hoge Raad in zijn arrest van 6 maart 1970, waarin hij het meergenoemde alternatief voor de 592-redenering uit het SIO-arrest "in zijn algemeenheid" verwierp, zulks wederom deed in verband met een zekerheids-overdracht. Wie de jurisprudentie van de Hoge Raad enigszins afstandelijk beziet, kan zich niet aan de indruk onttrekken dat het college op twee benen heeft trachten te hinken: enerzijds zijn daar vrij algemeen gestelde rechtsoverwegingen, zoals die in het arrest Helmer-Schoolderman, waarin de HR als een geldige levering in verband met de toepassing van art. 2014, lid 1 naast de feitelijke overgifte ook de drie bekende surrogaten daarvan erkende, anderzijds schrok het college bij de eigendomsoverdracht tot zekerheid door middel van constitutum possessorium terug voor de consequenties van deze leer. Het feit dat de hier aan de orde zijnde problemen, die van algemene aard zijn, vrijwel steeds zijn behandeld binnen de bijzondere problematiek van de zekerheidsoverdracht is de duidelijkheid niet ten goede gekomen.

79 Zie art. 3.4.2.2, lid 3/3:84, lid 3 NBW.

80 Zie hierboven de noten 52 en 57.

De Hoge Raad heeft eerst sinds 1953, in het SIO-arrest, een dusdanig ruime interpretatie aan het oude artikel 592 BW gegeven dat daardoor de houder niet alleen - zoals tot dan toe werd aangenomen - de mogelijkheid werd ontzegd de titel van zijn bezit voor zichzelf te wijzigen, *doch ook ten behoeve van een derde*. Art. 3:111 NBW nu laat naar de letter eenzelfde restrictieve interpretatie toe als die welke vóór 1953 aan art. 592 werd verbonden; 66k de Toelichting bij het artikel verzet zich hiertegen niet.⁸¹ Interessant is bovendien dat het Oostenrijkse ABGB, dat op dezelfde traditionele gemeenrechtelijke basis is opgetrokken als het BW én het NBW, in zijn § 319 een met art. 592 BW/art. 3.5.5 (3:111) NBW corresponderende bepaling kent;⁸² zij wordt op precies dezelfde wijze uitgelegd als ten onzent art. 592 BW vóór 1953!⁸³ De duiding die sinds 1953 door de Hoge Raad aan art. 592 BW wordt verbonden valt bovendien slechts te verklaren vanuit de misvatting als zou het voortbestaan van het juridische bezit van degene die zijn goed vrijwillig aan een houder heeft afgestaan, afhankelijk zijn *van de wil van de houder*,⁸⁴ terwijl dat toch slechts verloren kan gaan doordat de houder feiten stelt (een *corpus*) waardoor een derde of hijzelf het juridische bezit verkrijgt. Het wordt tijd dat wij ons bevrijden van een au fond natuurrechtelijke wilsmystiek die dit deel van het Zakenrecht ontsiert. De ruime interpretatie van art. 592 BW/3:111 NBW is ingegeven door juridische beleidsoverwegingen waaraan na de invoering van het NBW de ratio goeddeels is ontvallen. *Cessante ratione, cesset interpretatio*.

5 Slotbeschouwing

Het NBW heeft nagelaten om aan te geven op welke wijze de in art. 3.5.9 (3:115) NBW geregelde leveringsvormen zich verhouden tot het nieuwe 2014,1 BW, art. 3.4.2.3a (3:86) NBW. Daardoor is op een toch voor de dogmatiek van het toekomstige Zakenrecht essentieel punt rechtsonzekerheid gecreëerd waaraan slechts door jurisprudentie een eind zal kunnen worden gemaakt. Vast schijnt op dit tijdstip te staan dat de Hoge Raad de derde te goeder trouw die door middel van een *traditio longa manu* heeft verkregen een beroep op het nieuwe 2014,1 BW (3:86 NBW) niet zal ontzeggen, mits uiteraard is voldaan aan de overige vereisten ener

81 Zie *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3, blz. 431-432.

82 De bepaling luidt, voor zover hier van belang, als volgt: "Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, der Grund seiner Gewahrsame (= houderschap) eigenmächtig zu verwechseln, und sich dadurch eines Titels anzumassen".

83 Zie Rummel t.a.p. (n. 57) ad § 319 ABGB, Rdnr 1.

84 Zie hierover uitvoeriger *Groninger Opmerkingen en Mededelingen VI* (1989), blz. 99 en 113.

geldige eigendoms-overdracht.⁸⁵ Het valt te verwachten dat de Hoge Raad in dezelfde zin zal beslissen wanneer de derde te goeder trouw heeft verkregen door middel ener traditio brevi manu. Omtrent het constitutum possessorium bestaat, gelet op de veranderde betekenis van deze rechtsfiguur na de invoering van het NBW, onzekerheid die, zolang het oude BW nog zijn vigueur behoudt, niet door de Hoge Raad zal kunnen worden opgeheven. Er zal na 1992 een duidelijke keuze moeten worden gemaakt. Er bestaan twee mogelijkheden: ofwel men kiest voor een stelsel dat de concrete feitelijke bezitsverhoudingen tot uitgangspunt neemt en dat er toe leidt dat alléén de derde te goeder trouw die door middel van constitutum possessorium heeft verkregen géén beroep kan doen op de regeling van 3:86 NBW, ofwel men kiest voor een stelsel dat de uiterste consequentie trekt uit de functie die sinds het arrest Damhof - De Staat aan art. 2014,1 BW/3:86 NBW moet worden toegekend en die met zich meebrengt dat iedere leveringsvorm die tot eigendoms-overgang zou hebben geleid indien zij zou zijn geschied door een beschikkings-bevoegde, óók eigendom doet overgaan wanneer zij is geschied door een beschikkingsonbevoegde, mits natuurlijk de verkrijger te goeder trouw is⁸⁶ en de bezitsverschaffing geschiedt ter uitvoering van een geldige titel. Het gaat, alles welbeschouwd, om een rechtspolitieke keuze die weliswaar - wil zij overtuigend zijn - leerstellig adequaat moet zijn onderbouwd, doch die niet alléén door dogmatische overwegingen wordt ingegeven.

W.J. ZWALVE

GRONINGEN

85 Zie HR 1 mei 1987, NJ 1988, 852.

86 Het is op het vereiste van de goede trouw van de verkrijger waarop bij deze zienswijze, die de mijne is, alle nadruk zal moeten vallen. Ik moge ter illustratie hiervan op het volgende wijzen. Indien een zaak middels constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde houder wordt geleverd verkrijgt de derde aan wie wordt vervreemd weliswaar naar Zwitsers recht de eigendom, maar indien hij de hem middels constitutum possessorium geleverde zaak niet heeft geïnspecteerd, zodat hem aanwijzingen (zoals eigendomsstempels in een boek) zijn ontgaan die bij hem het vermoeden hadden moeten doen rijzen dat de zaak geen eigendom van de vervreemder is, kan hij hiervan niet profiteren: zij worden geacht hem bekend te zijn geweest omdat hij er kennis van had kunnen nemen. Het betreft hier dus een wel zeer sterk geobjectiveerde goede trouw. Zie *Berner Kommentar* t.a.p. (noot 49) ad art. 933, Rdnr 85.