

ENIGE MEDEDELINGEN OVER DE VERKRIJGENDE VERJARING VAN ONROEREND GOED EN DE OVERSCHRIJVING

Is er eigendomsverkrijging door verjaring mogelijk van een onroerend goed dat zonder overschrijving van een akte in de openbare registers is verkregen?

1. Inleiding

De overdracht van een onroerend goed is een kostbare zaak. De notaris immers brengt de kosten van een transportakte in rekening en de staat wenst overdrachtsbelasting te ontvangen. Het zal dan ook niemand verbazen dat er zo nu en dan een onroerend goed wordt 'overgedragen' zonder dat er enige opmaking en overschrijving van een transportakte plaatsvindt. Zo ook meende de heer Van den Bogaert, te Hulst, 'dat het nu welletjes was met die dure notariële acten' en liet hij zich een perceeltje tuingrond 'leveren' door een geschrift in de vorm van een kwijting, daar 'men ten plattelande nu eenmaal van oordeel is, dat het onnodig is bij elke te slaken zucht een notariële acte te betalen'(1). Het 'geleverde' onroerend goed was vanzelfsprekend niet in eigendom overgegaan op Van den Bogaert en een beroep op eigendomsverkrijging door verjaring in een jaren later gevoerde procedure, werd door de Rechtbank Middelburg op 21 mei 1952 afgewezen met de overweging 'dat Van den Bogaert heeft geweten geen eigenaar van de strook te zijn geworden en dat bij hem goede trouw in de zin van artt. 587 en 2000 BW heeft ontbroken'.

Inderdaad zal hij die een onroerend goed 'geleverd' krijgt zonder overschrijving van een akte in de daartoe bestemde registers meestal niet te goeder trouw zijn, omdat hij weet, althans behoort te weten, dat hij zo doende geen eigenaar wordt. Desondanks bestaat de mogelijkheid dat een dergelijke verkrijger wel te goeder trouw is, bijvoorbeeld wanneer de notaris heeft verzuimd om de overschrijving te doen plaatsvinden zonder dat de verkrijger dit weet(2). Wanneer nu een verkrijger van een onroerend goed te goeder trouw is ten aanzien van de juridische levering die in werkelijkheid niet heeft plaatsgevonden, rijst de vraag of hij alsnog door verkrijgende verjaring eigenaar kan worden. Meer in het algemeen gesteld luidt de vraag aldus: welke rol speelt de overschrijving bij de verkrijgende verjaring van onroerend goed?

Het BW geeft op de hier gestelde vraag geen uitdrukkelijk antwoord. Art. 2000 BW dat de verkrijgende verjaring van onroerend goed regelt somt daartoe een aantal vereisten op, maar laat de vraag of, en zo ja, in welke vorm de overschrijving een vereiste is zelf onbeantwoord. Het artikel maakt de bezitter te goeder trouw na dertig jaar tot eigenaar en de bezitter te goeder trouw die zich bovendien op een wettige titel kan beroepen reeds na

1. NJ 1953, 178.

2. Vgl. Asser-Beekhuis I (1985), nr.567.

twintig jaar. In het systeem van de verkrijgende verjaring zou de overschrijving dus op drie plaatsen een rol kunnen spelen, namelijk bij 1. de *bezitsverschaffing*(3), 2. de *goede trouw*, of 3. de *wettige titel*.

Van deze drie vereisten kan, zoals reeds is gezegd, het tweede, dat van de goede trouw, al aanstonds buiten beschouwing worden gelaten omdat het een subjectief vereiste is, terwijl het al of niet plaatsvinden van de overschrijving een objectief gegeven is: hij die meende en mocht menen dat overschrijving had plaatsgevonden is te goeder trouw, ook wanneer de overschrijving in werkelijkheid niet heeft plaatsgevonden(4). De twee andere vereisten daarentegen zijn beide objectief van aard en kunnen derhalve wel met de overschrijving in verband worden gebracht.

De Hoge Raad nu heeft in een recent arrest, d.d. 13 maart 1981 (NJ '82, 57)(5), beslist dat de twintigjarige verkrijgende verjaring zonder overschrijving in de openbare registers niet mogelijk is:

... het middel <stelt> de vraag aan de orde of sprake kan zijn van verkrijging van een onroerend goed "uit kracht van eenen wettigen titel" als bedoeld in art. <2000, eerste lid BW>(6) in een geval waarin het goed is verkregen krachtens een koopovereenkomst met een verkoper die bevoegd was over het goed te beschikken maar zonder dat is voldaan aan het voor een geldige levering van dat goed gestelde vereiste van overschrijving van een desbetreffende akte in de daarvoor bestemde openbare registers.

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. De verkorte verjaringstermijn die ... art. 2000 eerste lid BW, op twintig jaren stelt, strekt ter bevordering van de rechtszekerheid in geval van een verkrijging te goeder trouw, waarvan kan worden bewezen dat zij tevens op in beginsel regelmatige wijze is tot

3. Het bezit van onroerend goed kan behalve door bezitsverschaffing (*traditio*) ook worden verkregen door inbezitneming (*occupatio*). Omdat een onroerend goed echter nooit zonder eigenaar is (art. 576 BW verklaart in laatste instantie de Staat tot eigenaar van onroerende goederen die geen andere eigenaar hebben), is eigendomsverkrijging van een onroerend goed door middel van inbezitneming niet mogelijk. Hij die een onroerend goed in bezit neemt is dan ook te kwader trouw en kan niet door verjaring alsnog eigenaar worden: een beroep op rechtsdwaling zal hem niet baten. In de tekst kan ik me dus beperken tot de bezitsverschaffing.

4. Vgl. echter i.v.m. het NBW § 5.

5. Vgl. over dit arrest A.J.H. Pleysier, *Enige dogmatische en historische beschouwingen over de vereisten voor verkrijgende verjaring in het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, in: *Conservare Jura, Actes des journées internationales d'histoire du droit et des institutions*, ed. P.L. Nève et O. Moorman van Kappen, Deventer 1988, p. 151-165 en W.F. de Gaay Fortman, *De Hoge Raad en de rechtspositie van onroerend goed op Sint Maarten (NA)*, in: *Goed en Trouw*, Bundel Van der Grinten, Zwolle 1984, p. 3-10.

6. De zaak speelde zich af op de Antillen en betrof derhalve het met art. 2000 BW overeenkomende artikel van het Antilliaanse BW.

stand gekomen. Daarmee strookt niet om, waar voor deze verkrijging publicatie in de openbare registers met het oog op de rechtszekerheid was voorgeschreven, aan te nemen dat de verkorte verjaringstermijn ook geldt, als aan de eis van deze publicatie niet is voldaan.

De overschrijving speelt dus inderdaad een rol bij de verkrijgende verjaring van onroerend goed en lijkt door de Hoge Raad in de vorm van het titelvereiste te worden gesteld(7). De formulering van de Hoge Raad suggereert enerzijds dat zonder overschrijving de dertigjarige verjaring, waarvoor immers geen titel vereist is, wel mogelijk zou zijn; anderzijds lijkt uit het argument dat de Hoge Raad hanteert voor zijn beslissing, namelijk de rechtszekerheid, te volgen dat ook voor de dertigjarige verjaring publicatie in de registers een vereiste is: zou de rechtszekerheid die publicatie in de registers na twintig jaar nog wel verlangen, maar na dertig jaar niet meer? Bovendien stelt zich de vraag of de Hoge Raad voor de twintigjarige verjaring nu een andere titel eist dan voor een geslaagde levering. De titel immers die voor een geslaagde levering is vereist, kan worden omschreven als de rechtsgrond die aan de levering ten grondslag ligt en deze rechtvaardigt(8) - bijvoorbeeld een geldige koopovereenkomst -, maar omvat niet de overschrijving in de openbare registers. Integendeel, de levering zelf geschiedt volgens art. 671 BW door overschrijving.

De vraag naar de rol van de overschrijving bij de verkrijgende verjaring van onroerend goed is door 's Hogen Raads arrest dus niet op ondubbelzinnige wijze beantwoord en een nader onderzoek van het titelvereiste in verband met de leveringswijze van onroerend goed lijkt gerechtvaardigd.

2. De wettige titel en de Code civil

De beslissing van de Hoge Raad is genomen in overeenstemming met de conclusie van de Advocaat-Generaal. Deze nu beroept zich voornamelijk op een betoog van Asser-Beekhuis, die ter beantwoording van de vraag naar de rol van de overschrijving bij de verkrijgende verjaring van onroerend goed een vergelijking trekt met de aan ons wetboek ten grondslag liggende Code civil(9).

In het Franse recht dan geschiedt, zoals bekend is, de eigendomsoverdracht niet door levering, maar door wilsovereenstemming (*solo consensu*), dat wil zeggen door de overeenkomst, waaruit de verplichting tot levering voortvloeit(10). Zo wordt bijvoorbeeld de koper reeds eigenaar van de gekochte

7. De Hoge Raad heeft zijn beslissing nog eens herhaald op 20 februari 1987 (*NJ* 1987, 1002), maar hier betrof het een zaak waarbij overschrijving wel plaats had gevonden, doch in werkelijkheid meer was geleverd dan in de akte stond vermeld. Vgl. hierover Van Velten, in: *Kwartaalbericht NBW* 1987/3, p. 92-93.

8. Asser-Beekhuis I, nr. 302. Vgl. ook Hartkamp, *WPNR* 5267/68 en aldaar aangehaalde literatuur over de definitie van het begrip 'titel'.

9. Asser-Beekhuis I (1985), nr. 573.

10. Art. 711 en 1138 Cc.

zaak door het sluiten van de koopovereenkomst. Het is dan ook niet verwonderlijk dat men in het Franse recht onder de voor de verkrijgende verjaring vereiste 'juste titre' slechts verstaat de rechtshandeling die tot levering verplicht. 'Le juste titre est un acte juridique(11) qui aurait transféré la propriété ... s'il était émané du véritable propriétaire', zo formuleert het handboek van Marty-Raynaud het vereiste(12). De met de onze vergelijkbare Franse verjaring van 10 of 20 jaar vindt derhalve slechts plaats, 'indien verkregen is van een beschikkingsonbevoegde, maar overigens aan de vereisten voor eigendomsovergang is voldaan', aldus Asser-Beekhuis(13). Men bedenke daarbij dat het Franse recht weliswaar een register-stelsel kent met betrekking tot onroerend goed, doch dat de publicatie niet noodzakelijk is voor de eigendomsoverdracht zelf, maar slechts voor de derdenwerking van de eigendomsoverdracht. Marty-Raynaud merkt dan ook nog op: 'La publicité du titre translatif, si elle conditionne son opposabilité aux tiers, n'est pas une condition du transfert de propriété entre les parties; le défaut de publicité ne prive pas le titre de sa valeur translatrice, et donc de sa qualité de juste titre, au sens de l'article 2265'(14). De inschrijving van de titel die eigendom heeft doen overgaan is derhalve geen vereiste voor de geldigheid van die titel zelf. Asser-Beekhuis betoogt verder 'dat in ons recht de overdracht van onroerend goed op een geheel andere wijze geregeld is dan in het ... Franse recht, doordat de levering niet kan plaats vinden zonder overschrijving van een akte in de openbare registers (art. 671) ... Wil men hetzelfde resultaat als de Franse schrijvers bereiken, nl. dat de korte verjaring slechts toepassing kan vinden in het geval, dat het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid van de voorganger moet worden geheeld, dan dient men het begrip 'wettige titel' op een andere wijze te omschrijven, nl. als een door de wet erkende wijze van verkrijging van iemand, die niet beschikkingsbevoegd is'(15). Het verschil in systeem van eigendomsoverdracht tussen het Franse en het Nederlandse recht zou derhalve met zich meebrengen dat het titelbegrip van art. 2000 BW anders zou moeten worden geformuleerd dan het titelbegrip van art. 639 BW.

Dat in het Franse recht de eigendom reeds overgaat enkel en alleen door de overeenkomst die tot levering verplicht, oftewel 'solo consensu', wordt door de Franse schrijvers doorgaans in alle toonaarden bezongen als een 'triomphe du pouvoir de la volonté'(16), 'la volonté, ... toute-puissante pour opérer, sans aucune formalité ni tradition, transfère des droits réels'(17). Zelfs de doorgaans nuchtere Portalis weet zich niet te beheersen wanneer hij opmerkt dat 'la volonté de l'homme, aidée de toute la puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles et devient

11. 'Negotium et non instrumentum', verduidelijkt Marty-Raynaud t.a.p. (nt. 12).

12. *Droit civil, Les biens*, 2^e ed., Parijs 1980, nr. 200, p. 256.

13. I, nr. 572.

14. Vgl. nt. 12, p. 257.

15. I, nr. 573.

16. Marty-Raynaud (nt. 12) nr. 52, p. 59.

17. Mazeaud-Mazeaud-Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, Biens, 6^e ed., Parijs 1984, nr. 1612, p. 302.

présente partout comme la loi même'(18). Mazeaud verwoordt zeer treffend, waarom het principe van de eigendomsoverdracht *solo consensu* door de Franse juristen zelf zo bewonderd wordt: 'Le principe du transfert *solo consensu* est, sur le plan philosophique, préférable au principe romain, puisqu'il fait produire à la volonté l'effet le plus complet, et dissocie le droit abstrait de propriété de la chose sur laquelle il porte'(19). Maar na al deze breed uitgemeten loftuitingen volgt dan doorgaans de bijna achteloos geplaatste opmerking dat 'ce principe fondamental ... comporte toutefois certaines précisions et limitations ... dans son application à l'égard des tiers'(20). Wat nu is het geval?

Wanneer twee partijen door middel van een overeenkomst de eigendom van een zaak van de één op de ander doen overgaan, dan is deze eigendomsoverdracht voor derden meestal niet waarneembaar. Zolang immers een verkochte zaak zich nog onder de verkoper bevindt, bestaat er voor een derde geen enkele aanwijzing dat de zaak eigendom is van een ander dan de bezitter. Indien de derde dan vertrouwt op de schijn die het bezit wekt, namelijk dat de bezitter eigenaar is, en zich de zaak laat verkopen, dan verkrijgt hij in werkelijkheid van een niet-eigenaar en zou derhalve zelf geen eigenaar zijn geworden: hij zou moeten wijken voor een hem onbekende eigenaar. Teneinde de belangen van derden niet al te zeer in het gedrang te laten komen, heeft men zich in het Franse recht dan ook genoodzaakt gezien een aantal beperkingen aan de werking van de eigendomsoverdracht door overeenkomst te stellen. Deze beperkingen houden in dat de eigendomsoverdracht door overeenkomst slechts tussen partijen werkt, maar eerst 'tegenstelbaar'(21) is aan derden wanneer dezen van de eigendomsoverdracht kennis hebben kunnen nemen. '... Au regard des tiers, l'opposabilité du transfert de propriété est subordonnée, lorsqu'il s'agit d'une vente immobilière, à la publicité foncière, lorsqu'il s'agit d'une vente mobilière, à la mise en possession de l'acquéreur et, lorsqu'il s'agit d'une cession de créance, aux formalités de l'article 1690 du code civil.'(22). Tegen derden werkt dus de eigendomsoverdracht pas wanneer voldaan is aan de vereisten die bij ons aan de levering gesteld zijn, in art. 667 BW voor roerende goederen, in art. 668 BW voor vorderingen en in art. 671 BW voor onroerende goederen. 'Les tiers peuvent d'ailleurs convenir qu'à leur égard le transfert de propriété est déterminé par d'autres règles ...'(23). Voor onroerend goed bepaalt de wet van 23 maart 1855 dat de eigendomsoverdracht

18. P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Parijs 1827, t. 14, p. 113; vgl. ook p. 112: 'Dans les principes de notre droit français le contrat suffit, et ces principes sont à la fois plus conformes à la raison et plus favorables à la société.'

19. Vgl. nt. 17, nr. 1619, p. 307.

20. Marty-Raynaud (nt. 12), nr. 52, p. 61.

21. Het begrip 'tegenstelbaarheid' wordt gehanteerd door de Belgische rechtsgeleerden. Vgl. bijv. Derine-Van Neste-Vandenberghe, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, V, Zakenrecht, dl. 1,A, Antwerpen 1974, p. 53.

22. Encyclopédie Dalloz, *Répertoire de droit civil*, 2^e ed. 1987, t. VIII, nr. 37.

23. Ibidem.

pas werkt tegen derden vanaf het moment van inschrijving(24). Wanneer een onroerend goed bijvoorbeeld tweemaal wordt verkocht en de tweede koper laat zijn koopovereenkomst het eerst inschrijven, dan wordt hij toch eigenaar, ondanks het feit dat hij heeft verkregen van een beschikkingsonbevoegde (omdat de eerste koper al door de enkele overeenkomst ten opzichte van de verkoper eigenaar was geworden). Naar Nederlands recht zou het resultaat precies hetzelfde zijn. Wat dan is juist het verschil tussen het Franse en het Nederlandse systeem? Dit verschil betreft voornamelijk de categorie derden aan wie de eigendomsoverdracht door overeenkomst niet 'tegenstelbaar' is. Deze categorie is namelijk beperkter dan men zou verwachten op grond van het algemene begrip 'derden', waaronder doorgaans worden verstaan al diegenen die geen partij zijn bij de overeenkomst. Onder deze categorie vallen echter naar Frans recht met name niet de schuldeisers van de verkoper en de koper: tegen hen werkt de eigendomsoverdracht door overeenkomst wel, ook al heeft inschrijving nog niet plaatsgevonden(25). Dit rechtsgevolg zou niet goed verklaarbaar zijn indien de eigendomsoverdracht door overeenkomst alleen tussen partijen zou werken en derhalve in feite alleen een persoonlijk recht voor de koper zou scheppen. Strikt geredeneerd zou men echter kunnen volhouden dat de eigendomsoverdracht door overeenkomst niet tegen derden werkt, waarbij de schuldeisers niet als derden worden gezien, en dat dus het verschil tussen het Franse en het Nederlandse systeem betreft een verschil in de definitie van het eigendomsrecht samenhangend met een verschil in definitie van het begrip 'derden'(26).

24. Vgl. bijv. Marty-Raynaud (nt.12), nr.54, p.64.

25. Vgl. bijv. Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e ed., t. 1, Parijs 1946, nr. 3281, p. 1070. Art. 3 van de wet van 1855 bepaalt immers dat "Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes ... ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois". Vgl. ook Marty-Raynaud (nt. 12), nr. 182, p. 242 ('les tiers prétendant avoir un droit sur le même immeuble') en Mazeaud (nt. 17), nr. 1625, p. 313 ('A dater de la publication, le droit de l'acquéreur est opposable aux tiers, c'est-à-dire aux acquéreurs tenant leurs droits du même aliénateur, et qui n'ont pas eux-mêmes procédé à la publication. Ainsi, entre acquéreurs successifs du même aliénateur est préféré non pas le premier acquéreur, mais celui qui a publié le premier (sauf le cas de fraude)').

26. Vgl. Planiol-Ripert-Boulanger (nt. 25), nr. 3282, nt. 2, p. 1071 (ad: 'La solution du droit français s'est ainsi très notablement rapprochée de celles que donnent les législations étrangères.'): 'La loi hypothécaire belge de 1851 permet aux créanciers chirographaires d'opposer le défaut de transcription (art. 1^{er}). Le Code espagnol (art. 606) permet d'une façon générale aux tiers d'opposer le défaut de transcription, ce qui englobe nécessairement les créanciers (Voy. la thèse de M^{lle} Le Pelley, *La notion des tiers dans la loi hypothécaire espagnole*, Toulouse, 1931). Il semble bien aussi que tel soit le système du Code néerlandais, dans lequel la convention de donner ne transfère pas la propriété, le transfert résulte seulement d'une tradition faite sous la forme d'une transcription (art. 638 (lees: 639), 671, 1271 et

Het verschil tussen beide systemen is weliswaar groot in theorie, maar minder groot in de praktijk, indien men de resultaten van beide stelsels vergelijkt. Ook het Franse recht kan het niet stellen zonder leveringshandelingen die de eigendomsoverdracht 'tegenstelbaar' maken.

Reeds Saleilles had bezwaren tegen het 'système idéaliste du droit français, qui s'en tient à la convention pure et simple, donc à la convention occulte, uniquement par respect, et par un respect, il faut le reconnaître, absolument excessif, du principe de l'autonomie de la volonté'(27). Ook Planiol-Ripert-Boulanger onderkent de beperkte praktische betekenis van het principe van eigendomsoverdracht door overeenkomst: 'En définitive, il ne subsiste apparemment à peu près plus rien du principe posé par l'art. 1138. L'aliénateur (lees: acquéreur) ne peut guère opposer son droit qu'à l'aliénateur lui-même, ce qui apparente son droit à un droit de créance. Ce que le contrat transfère, pourrait-on dire, ce n'est plus la propriété mais simplement les risques de la chose'(28). De waarde van het Franse systeem voor andere wetgevingen acht hij dan ook gering: 'Théoriquement, l'art. 1138 a réalisé un grand progrès technique. Il est l'affirmation la plus éclatante du principe de l'autonomie de la volonté: le contrat ne crée pas seulement des obligations, il transfère la propriété. La volonté s'est dégagée des formes dont elle avait jusque-là subi la contrainte.

Cette conception serait pleinement justifiée si le transfert de la propriété n'intéressait que les parties au contrat; mais il intéresse la communauté juridique et la nature du droit transmis exige autre chose que le simple accord des volontés. Pour les meubles corporels, la tradition est pratiquement nécessaire. Pour les immeubles, il a fallu céder à la nécessité d'organiser la publicité et, en fait, l'acquéreur doit employer des formes beaucoup plus compliquées que sous l'ancien droit pour rendre son droit opposable.

Aussi s'explique-t-on que des législations postérieures au Code aient écarté la règle de l'art. 1138. Le *Code néerlandais* (art. 639 et 1271) ... rédui<t> l'effet de la promesse de donner à la création d'une obligation et exige la tradition pour le transfert de propriété.'(29)

Het eigendomsrecht kan wat betreft zijn werking niet geheel worden geabstraheerd van de zaak waar het op rust zonder de belangen van derden al te zeer te schaden en het kan slechts effectief worden overgedragen met deze zaak. De idealistische theorieën van het natuurrecht hebben het hier moeten afleggen tegen de praktische beginselen van het Romeinse recht. Hoe graag men het ook anders zou willen zien, ook het Franse recht staat nog steeds onder invloed van de beroemde bepaling uit de Codex van

1273).

Cependant le *Code civil italien* a suivi le système français: son art. 1942 exige que les tiers << aient des droits sur l'immeuble >> pour opposer le défaut de transcription.'

27. *De la possession des meubles*, Parijs 1907, p. 114.

28. (nt. 25) nr. 2900, p. 955.

29. (nt. 25) nr. 2901, p. 955.

Justinianus die zegt dat de eigendom van zaken wordt overgedragen door de levering en niet door de enkele overeenkomst(30).

Men hoede zich dus voor een al te grote benadrukking van het theoretische verschil tussen het Franse en het Nederlandse recht ter verklaring van veronderstelde - verschillen tussen beide rechtsstelsels(31). Zo ook in de hier behandelde kwestie: moet onder het begrip 'titel' in art. 2000 BW iets anders worden verstaan dan onder het begrip 'juste titre' in art. 2265 Cc? De Franse schrijvers verstaan onder het begrip 'juste titre' bij de verkrijgende verjaring hetzelfde als wij onder het begrip 'titel' bij de levering in art. 639 verstaan(32). Het verschil in systeem tussen beide rechtsstelsels zou echter volgens Beekhuis met zich meebrengen dat bij ons het titelbegrip van de verkrijgende verjaring anders moet worden geformuleerd om tot hetzelfde resultaat te kunnen komen als in het Franse recht(33).

Kan men dan in het Franse recht alleen door verkrijgende verjaring eigenaar van een onroerend goed worden, indien men verkregen heeft van een beschikkingsonbevoegde, terwijl overigens aan de vereisten van de eigendomsoverdracht is voldaan? Het antwoord op deze vraag moet ontkennend luiden. Stel immers dat B een onroerend goed heeft gekocht van A die eigenaar was. B wordt dan ten opzichte van A eigenaar. Vervolgens echter verkoopt A het goed nogmaals, aan C, en deze laat zijn titel als eerste inschrijven in het register. C is dan toch eigenaar geworden hoewel hij verkreeg van een beschikkingsonbevoegde, A, die zijn eigendomsrecht reeds had overgedragen aan B. Maar zolang B zijn verkrijging niet heeft gepubliceerd in het register kan hij zijn eigendomsrecht niet tegenwerpen aan de derde, C. B verliest zijn eigendomsrecht aan C doordat deze als eerste zijn titel publiceert(34). Indien echter B door A reeds in het bezit van het onroerend goed was gesteld, en deze situatie enige tijd voortduurt, dringt zich als vanzelf de vraag op of B nu door verkrijgende verjaring de eigendom kan herwinnen. Deze vraag heeft de Cour de Cassation bevestigend beantwoord in een arrest van 26 oktober 1953:

30. C. 2,3,20: Traditionibus ... dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. De ontwikkeling van de eigendomsoverdracht door overeenkomst in het Franse recht wordt bijzonder helder uiteengezet door Olivier Martin, *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes; six cours professés en mars 1925 à l'Université d'Utrecht*, Parijs 1925, p. 62-66. Sprekend over ons BW merkt hij op: 'Votre Code, au contraire, est revenu, je crois bien, à l'idée romaine que le contrat n'engendre qu'une action personnelle ... Et je crois qu'il a bien fait, ... malgré Grotius et son droit naturel!' (p. 66). Vgl. hieronder § 4 p. 27 en nt. 94.

31. Vgl. Bregstein, *WPNR* 3572, p. 271, i.v.m. het *constitutum possessorium*: 'Zoo is er zelfs tusschen het Fransche stelsel ... en het onze ... geen werkelijk principieel verschil'

32. Vgl. bijv. Marty-Raynaud, (nt. 12), nr. 200, p. 256; zie p. 5.

33. Vgl. nt. 9.

34. Vgl. Mazeaud, gecit. in nt. 25.

" - Vu l'art. 2265 c.civ.;

- Attendu que pour admettre l'acquisition d'un immeuble par la prescription de dix ans, fondée sur l'existence d'un juste titre, il importe que les documents produits à ce sujet soient de nature à préciser, par leur teneur et les circonstances qu'ils relatent, si le transfert de propriété créant la bonne foi a pu se réaliser, *sans qu'il y ait lieu de distinguer si le double transfert de propriété a été ou non consenti par le même aliénateur*;

- Attendu que les consorts Ouanes, prétendant avoir acquis de Reber, en 1929, deux lots de terrain dont ils auraient joui pendant dix ans, ont demandé la résiliation de la vente des mêmes lots consentie par le même Reber au profit de Sai Aki par acte du 6 avr. 1944 régulièrement transcrit; que les consorts Reber ont invoqué à cet effet, comme juste titre, deux lettres, l'une du 31 mars 1937, l'autre du 31 juill. 1939, adressées à leur auteur, la première par Reber, la seconde par le notaire chargé de dresser l'acte de vente; ... "(35).

Mazeaud-Mazeaud-Chabas merkt naar aanleiding van dit arrest op: *'Il faut dire que le juste titre conduisant à l'usucapion peut émaner du véritable propriétaire, lorsque son inefficacité tient au défaut de publication; la possession décennale de bonne foi répare l'absence de publicité; elle rend le droit de l'acquéreur opposable à tous'*(36).

Dezelfde vraag die de Hoge Raad in zijn arrest van 13 maart 1981 had te beantwoorden is hier in tegengestelde zin door de Cour de Cassation beantwoord: de verkorte verkrijgende verjaring is mogelijk voor de bezitter te goeder trouw krachtens geldige titel - i.c. een koopovereenkomst -, die verkregen heeft van de eigenaar, maar wiens verkrijging niet is gepubliceerd. Het kenmerkende verschil tussen beide beslissingen betreft de opvattingen omtrent het titel-vereiste. Terwijl de Cour de Cassation op traditionele wijze onder de titel vereist voor de verkrijgende verjaring hetzelfde verstaat als onder de titel vereist voor eigendomsoverdracht, hanteert de Hoge Raad voor de verkrijgende verjaring een ander titelbegrip dan voor de eigendomsoverdracht. Volgens Beekhuis was dit verschil in titelbegrip nu juist noodzakelijk omdat het Franse systeem van eigendomsoverdracht zozeer zou afwijken van het Nederlandse dat, om hetzelfde resultaat bij de toepassing van de verkorte verjaring te bereiken als in Frankrijk, de titel van de verkrijgende verjaring een andere zou moeten zijn dan die van de eigendomsoverdracht. Het blijkt echter dat het verschil in systeem praktisch nauwelijks betekenis heeft en dat in het Franse recht die verkorte verkrijgende verjaring wel mogelijk wordt geacht in het geval dat Beekhuis voor ons recht wilde uitsluiten.

De Hoge Raad evenwel neemt het betoog van Beekhuis - en dat van zijn AG - niet met zoveel woorden over, maar komt tot hetzelfde resultaat langs een andere weg. De Hoge Raad immers beroept zich voor zijn beslissing op de rechtszekerheid die gediend wordt door de eis van publicatie voor de

35. *Recueil Dalloz* 1954, Jurisprudence, p. 24.

36. (nt. 17) p. 226.

levering van onroerend goed. Deze rechtszekerheid is in het geding indien de verkrijgende verjaring met een verkorte termijn van twintig jaar kan plaatsvinden zonder dat publicatie heeft plaatsgehad. Om dit gevolg te vermijden eist de Hoge Raad 'een verkrijging te goeder trouw, waarvan kan worden bewezen dat zij tevens op in beginsel regelmatige wijze is tot stand gekomen'. Indien hieruit een nieuw titelbegrip voor de verkrijgende verjaring moet worden afgeleid, een titelbegrip dat - althans mede - de publicatie omvat, naast het traditionele titelbegrip van de levering, dan impliceert dit dat de dertigjarige verkrijgende verjaring zonder publicatie wel plaats kan vinden: het verschil tussen de twintigjarige en de dertigjarige verjaring schuilt immers in het titelvereiste dat bij de korte verjaring wel wordt gesteld, maar bij de lange verjaring niet(37). Maar het belang van de rechtszekerheid, dat de Hoge Raad zo benadrukt, wordt wellicht beter gediend indien deze laatste mogelijkheid ook wordt uitgesloten. Dit nu zou kunnen indien men aanneemt dat de bezitsverschaffing van onroerend goed slechts kan plaatsvinden door overschrijving(38). Wellicht laat het arrest, hoewel het lijkt te zijn toegesneden op de titel vereist voor de twintigjarige verjaring, enige ruimte voor een dergelijke interpretatie. Behalve dat het praktische belang van de rechtszekerheid daarmee gediend zou zijn, zou daarnaast het begrip 'titel' zijn leerstellige zuiverheid behouden, die toch in dit gezamenlijk niet misstaat(39).

3. Het Grondboek en het Duitse recht

In verband met de rechtszekerheid van de openbare registers is met name in de vorige eeuw een heftige discussie gevoerd omtrent de vraag of deze

37. Vgl. echter hieronder § 5 over de verhouding tussen de korte en de lange verjaring.

38. Zie hieronder § 4.

39. Vgl. t.a.v. de titel Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, dl. VI, Groningen 1886, p. 457: 'Art. 2000a spreekt van een wettigen titel. En wat de wet daarmede vordert, betreft den titel zelve; wat buitendien noodig is om de levering of overdracht krachtens dien titel tot eene geldige wijze van eigendomsverkrijging te maken, behoort niet tot het begrip van wettigen titel, zoals de wet hier bedoelt.' Vgl. HR 16-3-1917, *NJ* 1917, 452; Van Oven, *De titel der verjaring*, *NJB* 1928, p. 777-783 en 809-815, i.h.b. p. 780; Hofmann, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, 1944, p. 206; De Gaay Fortman, (nt. 5) p. 9; Pleysier, (nt. 5) p. 156; Pleysier, p. 158 spreekt van 'een besmetting van het ene vereiste voor de verjaring (de titel) met een ander vereiste (de correcte leveringshandeling ...)'; hij juicht overigens 'het resultaat van de uitspraak van de HR ... toe. Het is ongewenst dat de openbare registers al te veel "vervuild" worden door verkrijgende verjaringen.' (p. 163) en zoekt de oplossing van het vraagstuk in het vereiste van de goede trouw: 'Wil me (lees: men) de registervervuiling niet, dan is de goede trouw het meest voor de hand liggende aangrijpingspunt. Daarop had de HR zijn pijlen moeten richten.' (p. 164). Vgl. hierover echter mijn betoog op p. 2 en 44. Als de HR en Asser-Beekhuis I, o.a. Pitlo-Hidma, *Bewijs en verjaring*, 1981, p. 220 (zie verder Asser-Beekhuis).

rechtszekerheid bij ons voldoende gewaarborgd zou zijn. Een verslag van deze strijd wordt door Cohen gegeven in het Gedenkboek BW(40). Eén van de meest opvallende strijdpunten was of bij ons het voorbeeld van de Pruisische wetgever moest worden gevolgd die in 1872 het zogeheten 'Grundbuch' invoerde. Al ras verschenen allerlei pamfletten die hiervoor pleitten(41). De desbetreffende Pruisische wetten werden zelfs in hun geheel vertaald en van commentaar voorzien(42). Een redacteur van het tijdschrift voor het notaris-ambt nam zijn taak zelfs zo hoog op dat hij ter plaatse een onderzoek instelde en vanuit Pruisen in enige artikelen zijn ambtgenoten op de hoogte stelde van zijn bevindingen(43). Het hoogtepunt voor de voorstanders van dit Grondboek vormde in 1893 de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging waarop zij nogal wat medestanders troffen(44). Sommige voorstanders van het Grondboek bleven nog lang daarna hun grieven uiten tegen het hier te lande geldende onroerend goed-stelsel. Eén van hen, de jurist Boer, schreef zelfs een verhandeling over een geheel gefingeerde ramp, de Ramp van Heikamp, veroorzaakt door de feilen van ons register-stelsel(45). De ramp betrof de nalatenschap van een boer, een nalatenschap die was gescheiden en gedeeld en waaruit het onroerend goed was verkocht aan de gemeente waarin het lag om gebruikt te worden voor den aanleg van de nieuwbouwwijk Heikamp. Jaren later, nadat gehele woonwijken en omvangrijke fabrieken waren verrezen, meldde zich echter een

40. *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, red. P. Scholten en E.M. Meijers, Zwolle 1938, p. 365-392; I.B. Cohen, *Het stelsel van onroerend goed in het BW van 1838*. Vgl. Pleysier, *Iets over het notariaat en de transportakte sinds 1 oktober 1838*, in: *Notariaat en 150 jaar BW, Ars Notariatus XXXVIII*, Deventer 1988, p. 89-98.

41. De meest geestdriftige bestrijder van ons negatieve stelsel is geweest I. Boer Hz., *Verkrijging van Onroerende Zaken, Beginselen van het Negatieve -, het Torrens- en het Grondboekstelsel*, 's-Gravenhage, 1890, die nog in 1929 meende te moeten wijzen op de nadelige gevolgen van ons stelsel in een werk getiteld: *De ramp van Heikamp*. Zie verder in de tekst.

42. J.C. Bouman, *Beschouwingen over het recht betreffende onroerende goederen in Nederland, benevens vertaling van de Pruisische Grondboekwetten*, Almelo 1891.

43. Armand Sassen, *Het Pruisische Grondboek-Stelsel*, in: *Regt en Wet. Tijdschrift voor het Notaris-ambt*. 's-Gravenhage dl. 25 (ns 18) 1873, p. 115-133; dl. 26 (ns 19) 1874, p. 1-23, p. 206-226; dl. 27 (ns 20) 1875, p. 81-114.

44. *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1893, 24^e jg, 's-Gravenhage. Cohen (nt. 35) merkt op: 'Begrijpelijk is ook, dat de Heer BOER een der praeadviseurs was.' Vgl. o.a. hierboven nt. 41.

45. I. Boer Hz., *De ramp van Heikamp, populaire schets van de noodlottige economische en juridieke gevolgen van onze verouderde rechtsinstelling op de verkrijging en bezwaring van onroerend goed, en de weg ter ontcoming, met een woord vooraf van Prof.mr. M.W.F. Treub*, Haarlem, 1929. Treub begint zijn woord vooraf aldus (p. 7): 'Mijn oude vriend Boer, dien ik sinds bijna een halve eeuw ken, heeft, hoewel hij in den omgang een zeer prettig en beminnelijk man is, één eigenschap gemeen met een bulldog. Wat hij eenmaal vast heeft, laat hij niet los'.

vergeten neef uit Zuid-Afrika die de nalatenschap kon opeisen en het voortbestaan van Heikamp ernstig bedreigen(46). Het thema voor dit verhaal ontleende Boer hoogstwaarschijnlijk aan de hoogleraar B.J. Gratama, die reeds in 1870 een *Hervorming van ons zakelijk regt aan grond en bodem* bepleitte(47). Gratama namelijk verhaalt daarin het volgende: 'Ik herinner mij uit een proces, waarin ik werkzaam was, de volgende feiten. Een zoon van den eigenaar van twee wijken land in een onzer veenkoloniën, was met Napoleon naar Rusland getrokken. In den beginne van den oorlog krijgsgevangen gemaakt, was hij ver naar het binnenland opgezonden, en bleef daar ook na den vrede. Hij trouwde daar twee malen, kreeg van beide vrouwen kinderen, en stierf na eenige jaren. Een der dochters der eerste vrouw trouwt met een Pruis, meen ik, krijgt kinderen en sterft. Later trekt de Pruis met zijn minderjarige kinderen naar Nederland, doet onderzoek, en bevindt dat na doode van den grootvader zijner vrouw, de overige kinderen, in het vast vertrouwen dat hun naar Rusland getrokken broeder, die nooit taal of teeken van zich deed horen, het lot van zoo vele duizenden had gedeeld, en omgekomen was, de vaste goederen alle hadden verkocht, en de opbrengst onder zich gedeeld. Op hen en hun afstammelingen was niets te verhalen. De twee wijken land, dadelijk in perceelen verkocht, waren voor het grootste gedeelte reeds in de vierde of vijfde hand. Tegen deze bezitters besloot men voor de quota pars de revindicatie instellen, maar liet hun tevens weten, dat men tegen een aan de quota pars geëvenredigde som van den eisch wilde afzien. Na lang pleiten eindelijk vonnis van den Hove, dat den eisch toewees ... Met ijver heb ik voor de afstammelingen gepleit, maar zelden meer gevoeld het grievende van het summum jus, summa injuria. En de lieden, die betalen moesten, zullen het zeker dieper nog hebben gevoeld, dan de advocaat van de winnende partij. Bij hen, in hun kring, moet het vonnis van den Hove als een groot onregt zijn beschouwd, hun regtsgevoel hebben beleedigd, hun vertrouwen op het regt hebben geschokt. En de uitdrukkingen daarvan waren soms niet zacht.'(48)

46. Het curieuse werk van de heer Boer eindigt met hoofdstuk XVI: 'Het bestuur der vereeniging Heikamp aan het Nederlandsche volk: Een kreet om recht!'. Cohen, (nt. 40) p. 391 merkt droogjes op: 'De ramp van Heikamp heeft voor zoover ik kan zien, het Nederlandsche volk vrijwel onbewogen gelaten'.

47. Groningen, 1870, p. 29-31.

48. Ik heb getracht het arrest waarover dit verhaal gaat in de archieven van het Hof Drenthe dan wel van het Hof Groningen, waar deze veenkoloniale zaak gespeeld moet hebben, te achterhalen, maar tevergeefs. Waarschijnlijk echter is mijn vluchtige onderzoek te onnauwkeurig geweest en is dit verhaal niet te wijten aan wat Huizinga over de hoogleraar vertelt, namelijk dat 'de gevolgen van een val op het hoofd hem af en toe het werken beletten.' (Gratama aan Groen van Prinsterer 31 Aug. 1886) J. Huizinga, *Geschiedenis der Universiteit gedurende de derde eeuw van haar bestaan*, in: *Academia Groningana MDCXIV-MCMXIV*, Groningen, 1914, p. 172. Ook te vinden in Huizinga's *Verzamelde werken*, deel 8, Haarlem 1951, p. 257.

Vanzelfsprekend gingen vooral de notarissen de feilen van het onroerend goed-stelsel ter harte. De notaris Tydeman pleitte dan ook voor de invoering van het Grondboek bij ons. Hij onderkende weliswaar dat 'het bezwaar der uitvoering als een groot struikelblok op den weg geworpen zal worden', maar vond dat deze uitvoering het best aan de notarissen overgelaten kon worden 'vooral indien daaraan eene vergoeding van minstens f 1200 's jaars ware verbonden'(49).

Het Grondboek is desondanks niet bij ons ingevoerd, maar de zorg voor het reeds bestaande stelsel is uiteindelijk toch terechtgekomen in de handen van de notarissen, die zich geheel in de geest van Tydeman hebben 'verzekerd van een wettelijk gegarandeerde bron van welstand'(50). Desalniettemin kan een vergelijking met het Pruisische recht terzake van het 'Grundbuch', waarop het geldende Duitse recht is gebaseerd, verhelderend werken(51).

Wat nu behelzen de regelingen die de Pruisische wetgever uitvaardigde toen hij overging tot de invoering van het zogeheten 'Grundbuch' op 1 oktober 1872? In tegenstelling tot de bepalingen van het ALR(52) die in overeenstemming met het Justiniaanse recht eenvoudige bezitsverschaffing voorschreven voor de eigendomsoverdracht van onroerend goed(53), werd nu een bijzonder vormvereiste gesteld aan de eigendomsoverdracht van onroerend goed, namelijk de inschrijving in een register. Dit register nu is een zogeheten positief register, dit in tegenstelling tot het negatief register dat ons recht kent. Het verschil tussen beide is gelegen in de bescherming die het positief register biedt aan degene die te goeder trouw op de gegevens ervan afgaat. Derden die te goeder trouw zijn mogen namelijk de rechtstoestand, zoals die in het register is weergegeven, als juist beschouwen(54). Een

49. Bruno Tydeman, *Het grondboek*, in: *Regt en Wet, Tijdschrift voor het notaris-ambt*, dl.28 (ns 21) 1876, 's-Gravenhage 1878, p.37 en 39.

50. W.J. Zwolve, *De klassieke propedeuse van de jurist*, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, III, 1986, p.11, i.v.m. art.671a BW.

51. Vgl. bijv. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 2^e Bd. *Sachenrecht*, Leipzig 1905, p.289: 'Den für die Zukunft enscheidenen Schritt tat Preussen durch die Gesetzgebung vom 5. Mai 1872. Sie wurde endlich die Grundlage für die Ordnung des Liegenschaftsverkehrs im neuen bürgerlichen Recht (B.G.B. § 873-902)'. Vgl. ook H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, 3^e Bd. *Das Sachenrecht*, Halle 1901, p. 97.

52. *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, 1794.

53. ALR I.10 par. 1: "Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert, ausser dem dazu nothigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben". Vgl. bijv. Dernburg, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, 1^o Bd., Halle 1875, p. 521: 'Bis zum 1. October 1872 wird Eigenthum durch Titel und Tradition erworben.' en Dernburg/Hinrichs, *Das Preussische Hypothekenrecht*, Leipzig 1877, p. 21. Daarnaast was inschrijving in een register vereist om bepaalde beschikkingshandelingen te kunnen verrichten, met name het vestigen van een hypotheek (par. 6). Vgl. Gierke (nt 51) p. 283 en Dernburg's *Lehrbuch* (hiervoor aangehaald), p. 397.

54. Vgl. over positieve en negatieve registers bijv. Asser-Beekhuis I, nr 429; Pitlo, *Praeadvies voor de Broederschap der Notarissen 1953*, Correspondentie-Blad 56^e deel. 7^e afl., p. 227-301.

negatief register nu biedt deze bescherming niet. In ons negatief register wordt weliswaar ook de levering van onroerend goed ingeschreven, maar deze inschrijving garandeert niets aan derden te goeder trouw. Wanneer bijvoorbeeld in ons rechtsstelsel een zaak wordt geleverd op grond van een nietige titel dan gaat door deze levering de eigendom van de desbetreffende zaak niet over op de verkrijger. Ook wanneer de titel na de levering vernietigd wordt, blijkt de eigendom van de zaak niet te zijn overgegaan. De vernietiging van de titel immers werkt terug tot op het moment waarop deze tot stand kwam. De titel blijkt achteraf nimmer geldig te zijn geweest waardoor de eigendomsoverdracht is mislukt. Dit automatisme, dat de eigendomsovergang doet mislukken wanneer de titel wegvalt, is kenmerkend voor een causaal stelsel van levering. De door dit automatisme teweeggebrachte veranderingen in de eigendom van het geleverde onroerend goed blijken evenwel niet uit het register waarin de mislukte levering is ingeschreven. Lang niet iedere inschrijving doet dan ook eigendom overgaan. Het automatisme van het causale stelsel van levering kan er dus op niet onaanzienlijke wijze toe bijdragen dat de werkelijke rechtstoestand en de in 'het register weergegeven toestand niet met elkaar overeenkomen. Een positief register nu pretendeert zoveel mogelijk de werkelijke rechtstoestand weer te geven. Wanneer derhalve het aantal gevallen waarin de registertoestand afwijkt van de werkelijke rechtstoestand zoveel mogelijk beperkt moet blijven, dan dient een ingeschreven levering voorzover mogelijk geldig te zijn. Wanneer aan deze levering naderhand de titel komt te ontvallen, dan dient de desbetreffende inschrijving te worden hersteld door een nieuwe inschrijving, teneinde de zuiverheid van het register zoveel mogelijk te bewaren. De geldigheid der inschrijving dient in dat streven zo weinig mogelijk afhankelijk zijn van andere factoren dan de inschrijving zelf. Een positief registerstelsel dat dit streven ernstig neemt en dus de gevallen van bescherming van derden te goeder trouw zo beperkt mogelijk wil houden, kan derhalve slecht samengaan met een causaal stelsel van eigendomsoverdracht en zijn automatisme(55). Een positief register is met andere woorden positiever in combinatie met een abstract stelsel van levering. In een abstract stelsel van levering immers heeft het ontvallen van de titel aan de levering niet automatisch ten gevolge dat de inschrijving niet meer overeenstemt met de werkelijke rechtstoestand. De inschrijving is juist totdat deze gewijzigd wordt. De Pruisische wetgever was derhalve consequent toen hij voor de overdracht van onroerend goed het tot op dan

55. Een positief register in combinatie met een causaal stelsel van levering vereist dus een veel grotere mate van bescherming van derden te goeder trouw. Een dergelijk stelsel kent het Oostenrijkse recht. Vgl. bijv. Lubbers, *Rechtsvergelijkende notities omtrent eigendomsoverdracht van onroerend goed*, in: *Onroerend goed*, Deventer 1968, p. 163-205 en m.n. p. 184 e.v.

geldende causale stelsel(56) van levering veranderde in een abstract stelsel(57)!

Wat nu zijn de rechtsgevolgen wanneer na 1 oktober 1872, de datum van inwerkingtreding van de 'Grundbuch-Ordnung', de eigenaar van een onroerend goed dit verkoopt en deze rechtshandeling niet inschrijft in het register maar volgens de oude methode slechts het bezit van het onroerend goed verschaft aan de koper? De verkrijger wordt dan vanzelfsprekend geen eigenaar; daarvoor zijn immers 'Auflassung' (opdracht, afstand; een zakelijke overeenkomst tussen vervreemder en verkrijger) en 'Eintragung' (inschrijving door de 'Grundbuchrichter') noodzakelijk(58). Wel wordt de verkrijger bezitter en wel een zogeheten 'vollständiger Besitzer'(59). Een 'volledig' bezitter dan kan zich tegen een ieder doen gelden alsof hij eigenaar is, behalve tegen de - ingeschreven - eigenaar(60). Nu rijst de vraag of een dergelijk bezit op de wijze der *usucapio a domino*, de verkrijgende verjaring van een van de eigenaar verkregen zaak, tot eigendomsverkrijging kan leiden(61). De Pruisische wetgever van 1872 heeft deze vraag onderkend. Hij beantwoordt haar ontkennend:

56. ALR I.2 par. 133: Die Erwerbung eines Rechts auf fremde Sachen setzt bey dem Erwerbenden ein vorhergehendes Recht zur Sache voraus.

Par. 134: Dieses persönliche Recht, aus welchem durch die hinzukommende Erwerbungsart ein Recht auf die Sache entsteht, heisst der Titel dieses dinglichen Rechts.

57. Par. 46 abs. 2 Grundbuch-Ordnung: Mängel des Rechtsgeschäfts, welches der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung zu Grunde liegt, berechtigen nicht, die beantragte Eintragung oder Löschung zu beanstanden. Vgl. bijv. Dernburg, *Lehrbuch* (nt. 53), § 186-2, p. 384-385. Vgl. voor wat betreft het BGB 'Die Motive' (Bd. 3, p. 7 (Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III. Band, Berlijn 1899, p. 4)): "Die sachenrechtlichen Geschäfte sind nothwendig abstrakter Natur".

58. Gesetz über den Eigenthumserwerb par. 1: Im Fall einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigenthum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuch erworben.

par. 2: Die Auflassung eines Grundstücks erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage. Vgl. bijv. Dernburg, *Lehrbuch* (nt. 53), § 240, p. 512. BGB § 873 en 925. alsmede F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München 1978, § 19B en 22.

59. Vgl. voor het volgende Dernburg, *Lehrbuch* (nt. 53), § 243, p.521 e.v. en *Dernburg Das bürgerliche Recht* (nt. 51), § 92, p. 266 e.v. Het BGB, § 872, spreekt hier van 'Eigenbesitz'.

60. ALR I.7 par. 175: Der vollständige Besitzer ist nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig.

Par. 176: Gegen jeden Andern hat er alle Rechte des Eigenthümers.

61. Vgl. over de *usucapio a domino*: Pleysier (nt. 5).

Gesetz über den Eigenthumserwerb, par.6 - Gegen den eingetragenen Eigenthümer findet ein Erwerb des Eigenthums an dem Grundstück durch Ersitzung nicht statt.

Zo zien wij dat verkrijgende verjaring van onroerend goed volgens het 'Gesetz über den Eigenthumserwerb' niet mogelijk is tegen een eigenaar die is ingeschreven in het 'Grundbuch'. Slechts indien van een bepaald onroerend goed geen eigenaar is ingeschreven is eigendomsverkrijging door verjaring nog mogelijk. Door de inwerkingtreding van § 6 van het 'Gesetz über den Eigenthumserwerb' werden de bepalingen uit het ALR die een eigendomsverkrijging van onroerend goed door verjaring kenden dus grotendeels buiten werking gesteld(62).

De bepalingen uit de wet over het 'Eigenthumserwerb' zijn erop gericht rechtsverkrijgers te dwingen tot inschrijving. Men bedenke dat voor iemand die een recht heeft op inschrijving steeds het gevaar dreigt dat een ander eigenaar wordt door daadwerkelijke inschrijving. Wanneer namelijk de verkoper van onroerend goed datzelfde onroerend goed nogmaals verkoopt, dan verwerft diegene de eigendom die het eerst inschrijft. In § 4 van de wet over het 'Eigenthumserwerb' wordt bovendien het volgende bepaald:

Gesetz über den Eigenthumserwerb, par. 4 - Die Kenntniss des Erwerbers eines Grundstücks von einem ältern Rechtsgeschäft, welches für einen Anderen ein Recht auf Auflassung dieses Grundstücks begründet, steht dem Eigenthumserwerb nicht entgegen.

Wij zien hier dat ook wanneer iemand een jonger recht wil laten inschrijven en weet dat een ander een ouder recht op inschrijving heeft, dit voor de 'Grundbuchrichter' geen reden is om inschrijving te weigeren(63). De 'Grundbuchrichter' moet tot inschrijving van het jongere recht overgaan. Die inschrijving nu biedt de ingeschreven eigenaar de volgende voordelen. Om de revindicatie te kunnen instellen kan hij ter legitimatie als eigenaar

62. Vgl. voor het BGB bijv. Dernburg, *Das bürgerliche Recht* (nt. 51), § 93, p.268: 'Ersitzung von Grundstücken findet nach dem B.G.B. nicht mehr statt.' en Baur (nt. 58) § 53h I 3 c), p. 526: '... das Gesetz will keine generale Ersitzung gegen das Grundbuch zulassen (also keine "Contratabularesitzung")'. Zie § 937 BGB.

63. Gesetz über den Eigenthumserwerb, par. 15 - Der Erwerb des eingetragenen dinglichen Rechts wird dadurch nicht gehindert, dass der Erwerber das ältere Recht eines Anderen auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechts gekannt hat, oder dass sich Letzterer bereits in der Ausübung dieses Rechts befindet. Vgl. Willenbücher, *Das Preussische Grundbuchrecht*, Berlin, 1893, p. 21 opm. 3 ad par. 4. De reeds een aantal malen vermelde 'Grundbuchrichter' verzorgt de inschrijving in het register en moet toezien op de geldigheid der inschrijving. - Onder het BGB is het evenwel mogelijk een recht op inschrijving in het 'Grundbuch' aan te tekenen, door middel van een zogeheten 'Vormerkung', waardoor beschikkingen die de verwerking van een zodanig recht op inschrijving zouden kunnen frustreren zonder rechtsgevolg blijven. § 883. Vgl. Baur (nt. 58) § 20 p.171 e.v.

volstaan met het aantonen van de inschrijving(64). Tegen zijn revindicatie is het voor de gedaagde zoals gezegd niet mogelijk het verweer te voeren, dat hij, daar hij het bezit had verkregen van de voordien ingeschreven eigenaar, door verkrijgende verjaring eigenaar zou zijn geworden(65). Voor het geval dat de revindicerende eigenaar zelf de zaak aan de gedaagde heeft verkocht en geleverd, is de gedaagde het hierop gebaseerd verweer, ook wel genaamd de *exceptio rei venditae et traditae*, ontzeggd(66).

Gesetz über den Eigenthumserwerb, par.7 - Der eingetragene Eigenthümer ist kraft seiner Eintragung befugt, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben, und verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigenthümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen.

Gegen seine Eigenthumsklage steht dem Beklagten die Einrede der Verjährung nicht zu(67). Hat der Beklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines dem Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz des Grundstücks erhalten, so sind die aus dem Rechtsgeschäft herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen.

Wanneer wij nu terugkeren naar het geval, waarin aan de koper het bezit van het gekochte onroerend goed door de ingeschreven eigenaar wordt verschaft, kan het volgende gesteld worden. De verkrijger kan tegen de verkopende eigenaar, of diens opvolger onder algemene titel(68), slechts van zijn recht uit koop gebruik maken door inschrijving te vorderen. Hij mag zich evenwel niet bij wege van exceptie in een door de vervreemder tegen hem ingestelde revindicatie beroepen op het feit dat de eiser de zaak aan hem verkocht en geleverd heeft (*exceptio rei venditae et traditae*). Wanneer in de door de koper tegen de verkoper aangespannen procedure tot inschrijving, de verkoper tot afstand ('Auflassung') van het onroerend goed wordt veroordeeld, vervangt deze veroordeling de wilsverklaring van de verkoper, inhoudende dat hij instemt met de inschrijving ('Auflassungserklärung') en kan de koper dus tot inschrijving overgaan(69).

64. Vgl. § 891 BGB.

65. Zie par. 6 Gesetz über den Eigenthumserwerb, hierboven p. 16.

66. Het BGB echter geeft de koper wel de *exceptio rei venditae et traditae*: § 986. Vgl. Dernburg, *Das bürgerliche Recht* (nt. 51) § 92, p. 267.

67. Verjährung: bevrijdende verjaring

68. Niet tegen de opvolger onder bijzondere titel van de verkopende en leverende eigenaar, dat wil zeggen de latere rechthebbende die door inschrijving eigenaar is geworden. Vgl. over deze interpretatie van de implicaties van het woord 'Rechtsvorgänger' in par. 7: Willenbücher, o.c. p. 28, opm. 6 ad par. 7.

69. Gesetz über den Eigenthumserwerb, par. 3 - Ein Erkenntniß, durch welches der eingetragene Eigenthümer eines Grundstücks zur Auflassung rechtskräftig verurtheilt ist, ersetzt die Auflassungserklärung desselben. Vgl. Dernburg/Hinrichs, *Das Preußische Hypothekenrecht*, 1^c Abt., Leipzig 1877,

Zo zien wij dat in het Duitse recht de rol van de inschrijving bij de verkrijgende verjaring van onroerend goed dermate groot is, dat gesteld kan worden dat wanneer van een bepaald onroerend goed een eigenaar is ingeschreven, verkrijgende verjaring van dat onroerend goed is uitgesloten. Hierdoor wordt het positieve register dat men in Duitsland kent zo positief mogelijk gehouden; het betreft hier dus eigenlijk een logisch gevolg van de keuze voor een positief register. Hoe nu dient de rol van de inschrijving in ons negatief register-stelsel ten aanzien van de levering van onroerend goed te worden opgevat?

4. De levering van onroerend goed, het gemene recht en het Nederlandse recht

Op welke wijze vindt de bezitsverschaffing van onroerend goed naar geldend Nederlands recht plaats? Levering van onroerend goed geschiedt, aldus art. 671 BW, door overschrijving van de akte tot levering in de daartoe bestemde openbare registers. De levering die geschiedt krachtens een geldige titel afkomstig van een beschikkingsbevoegde doet in het algemeen de eigendom van de geleverde zaak overgaan op de verkrijger, zo leert art. 639 BW. Bij roerende zaken dan geschiedt deze levering door bezitsverschaffing (art. 667 BW), zodat de verkrijger van een roerende zaak behalve eigenaar ook bezitter wordt. Bij onroerende zaken evenwel geschiedt deze levering, zoals gezegd, door de overschrijving. Moet nu worden aangenomen dat het vereiste van de bezitsverschaffing is vervangen door dat van de overschrijving en dat de verkrijger van een onroerend goed slechts eigenaar wordt en niet ook automatisch bezitter of geschiedt nu juist de bezitsverschaffing door de overschrijving?

In een recent opstel betoogt Lokin inderdaad dat de bezitsverschaffing van onroerend goed plaatsvindt door overschrijving van de akte tot levering in de openbare registers en dat daardoor de verkrijger van het onroerend goed behalve bezitter ook eigenaar wordt indien deze levering overigens voldoet aan de vereisten gesteld voor de eigendomsoverdracht⁽⁷⁰⁾. Met andere woorden, de juridische levering van onroerend goed doet, indien geslaagd, zowel bezit als eigendom overgaan. Evenals bij roerend goed geschiedt de eigendomsoverdracht van onroerend goed door bezitsverschaffing, maar anders dan bij roerend goed vindt deze bezitsverschaffing niet plaats door overgave van de zaak - hetgeen bij onroerend goed praktisch dan ook niet goed voorstelbaar is - doch door het vervullen van een formaliteit en wel de overschrijving. Deze opvatting nu wil ik in het onderstaande op een aantal punten uitwerken.

De eigendom van onroerend goed dan werd in het gerecipieerde Romeinse

p. 258.

70. *De overdracht van onroerend goed in het Romeinse recht*, in: *De levering van onroerend goed (Ars notariatus XXXII)*, Deventer 1985, p. 9-21, i.h.b. p. 21.

recht overgedragen door eenvoudige bezitsverschaffing, door *traditio*(71). Hoe nu geschiedt deze levering? *Tradere* betekent letterlijk overgeven, overhandigen. Nu laat zich dit van hand tot hand geven bij roerend goed gemakkelijk voorstellen. Maar bij onroerend goed is het uit de aard der zaak even duidelijk dat een *traditio* in deze letterlijke, dat wil zeggen lichamelijke, zin van het woord nooit mogelijk is. Men zal zich, omdat overhandiging van een onroerend goed nu eenmaal niet mogelijk is, altijd moeten behelpen met andere vormen van verschaffing van de zaak. De oudste vormen van bezitsverschaffing van een onroerend goed nu dragen alle nog een lichamenlijk element in zich, in die zin dat enig contact met de over te dragen zaak dient plaats te vinden. Zo wordt de verkrijger, de *accipiens*, door de vervreemder, de *tradens*, op het over te dragen grondstuk geleid, alwaar hem de grenzen worden getoond(72). Dit contact met de zaak is nog slechts oogcontact, wanneer het onroerend goed wordt overgedragen door de zogeheten *demonstratio ex turre*, waarbij de *tradens* vanuit een toren aan de *accipiens* de over te dragen zaak toont(73). Wanneer men aldus de zaak overdraagt door een afspraak in haar nabijheid, dan is het lichamenlijk element al nauwelijks meer waarneembaar. Tenslotte laat men ook de eis van nabijheid vallen en de zaak overdragen enkel door een afspraak tussen *tradens* en *accipiens* ten overstaan van een notaris, die ten bewijze van deze *traditio* een akte opmaakt(74). Deze wijze van bezitsverschaffing van onroerend goed vond uiteindelijk zelfs zo frequent plaats dat de vraag kon rijzen of bezitsverschaffing van onroerend goed slechts kan plaatsvinden door het opmaken van een desbetreffende akte.

C.7,32,2

Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuum possessionem eius, quod per procuratorem emisti, non sis inductus, cum ipse proponas diu te in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse. licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.

Hij is verkeerd ingelicht, die U bezorgd heeft gemaakt als zou U niet in het bezit zijn gesteld van dat, wat U door een tussenpersoon hebt gekocht, terwijl gij zelf stelt dat gij reeds lang in het bezit ervan bent en U in alles als een eigenaar gedragen hebt. Want ook al is in de akte niet vervat dat aan U het bezit is verschaft, toch hebt gij het in werkelijkheid

71. Vgl. voor het volgende Lokin (vorige nt.); voorts voor het Justiniaanse recht, M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, München 1975, § 242 IV, en voor de verdere ontwikkeling, J. Biermann, *Traditio ficta*, Stuttgart 1891.

72. D.41,2,3,1. Vgl. Lokin (nt. 71) p. 17.

73. D.41,2,18,2. Vgl. Lokin (nt. 71) p. 17.

74. In deze zin Dernburg, *Pandekten*, 1. Bd., Berlin 1884, § 178, p. 405 en nt. 16.

verkregen, indien gij met medeweten van de verkoper in het bezit bent geraakt.

Het keizerlijk rescript maakt duidelijk dat, hoewel het bezit van onroerend goed dikwijls wordt verschafft door het opmaken van een akte, het mogelijk blijft om het bezit op aloude wijze feitelijk te verschaffen⁽⁷⁵⁾. Men kan tenslotte de logische consequentie trekken uit het feit dat overhandiging van een onroerend goed nu eenmaal niet mogelijk is en voor onroerend goed een leveringswijze voorschrijven die evenals de overhandiging van roerend goed voor derden kenbaar is. Men moet immers 'zur Sicherheit des Verkehrs ein deutliches Merkmal geben ... Solches sei der Besitz; sei es nun ein körperlicher Besitz ... oder die Eintragung in die öffentlichen Bücher.'⁽⁷⁶⁾ Zo bepaalt bij ons dan ook art. 671 BW, dat de levering van onroerend goed geschiedt door overschrijving van de transportakte in de openbare registers. Slechts hij, die een akte heeft doen overschrijven, wordt bezitter van een onroerend goed door *traditio*⁽⁷⁷⁾.

De bezitsverschaffing van onroerend goed evenwel wordt in de heersende leer vrijwel als vanzelfsprekend verbonden aan het verkrijgen van de feitelijke macht over het goed⁽⁷⁸⁾. Dat zij enkel en alleen plaatsvindt door de formaliteit van de overschrijving wordt tegenwoordig door vrijwel niemand geleerd. Geheel anders was dit echter in het midden van de vorige eeuw, vlak na de invoering van ons Burgerlijk Wetboek in 1838⁽⁷⁹⁾. Er woedde destijds een hevige discussie over de vraag hoe de bezitsverschaffing van onroerend goed dient plaats te vinden. De discussie betrof vooral de vraag wat men onder de levering van art. 1511 dient te verstaan, een levering die de verkoper als hoofdverplichting is opgelegd en die wordt omschreven als een overdracht van het verkochte in de macht en het bezit van de koper. Wordt hiermee nu verwezen naar de levering die de artt. 667 e.v. (met name art. 671) vorderen voor de eigendomsoverdracht of heeft art. 1511 slechts betrekking op de bezitsverschaffing en moet bij onroerend goed van deze levering die van art. 671 streng worden onderscheiden? Men stelde de vraag ook wel aldus: is bij koop en verkoop van onroerend goed de verkoper tot een dubbele levering gehouden, te weten die van art. 1511 -de

75. Vgl. Lokin (nt. 71) p. 18 en Dernburg (vorige noot) nt. 16.

76. Aldus Von Zeiller, de geestelijke vader van het Oostenrijkse ABGB (vgl. Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen 1986, p.207), gecit. n. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Aufl. von Dr. H. Klang, 2. Bd., Wenen 1950, p. 88 nt. 4. Dit uitgangspunt van het ABGB schijnt de heersende leer overigens te hebben verlaten. Vgl. het 'Kommentar' t.a.p.

77. Vgl. hierboven nt. 3.

78. Vgl. Asser-Beekhuis I nr. 208 en 184. Anders echter Pitlo-Brahn, *Het Zakenrecht*, 9^e dr. 1987, p. 85 en 223, die evenwel nog een slag om de arm houdt door op te merken, 'dat ook in ons recht eigendomsoverdracht en bezitsoverdracht bij onroerende zaken voor een belangrijk deel samenvallen' (p. 223).

79. Vgl. voor het volgende A. de Pinto (A. Teixeira de Mattos), *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, 6^e dr. - 2^e ged., Zwolle 1885, § 870, p. 617 e.v.

feitelijke levering - en die van art. 671 - de juridische levering - of is hij slechts tot één levering gehouden, een levering die zowel feitelijk als juridisch is en dus zowel bezit als eigendom kan verschaffen?

De aanleiding tot deze discussie vormde een vonnis van de Rechtbank Leiden van 12 mei 1846 (W.740). De beslissing van de Rechtbank scheen de redactie van het Weekblad van het Regt zo merkwaardig toe dat zij het vonnis liet voorafgaan door enige opmerkingen, waaraan ik het volgende ontleen. 'De koper van een vast goed, aan wien het verkochte behoorlijk door overschrijving in de openbare registers geleverd is, wil zich stellen in het bezit van het gekochte, doch wordt daarin verhinderd door eenen beweerd huurder, die weigert hetzelfde te verlaten. De koper dagvaardt nu zijnen verkooper, die reeds geleverd heeft, nogmaals tot levering; en de Regtbank wijst deze vordering toe, op grond, dat de levering, zoo als de wet die kent, slechts zoude zijn eene *fictive* levering, en de verkooper bovendien nog gehouden is tot eene *feitelijke* levering.' De belangrijkste overweging van de Rechtbank luidde als volgt: 'O. dat, volgens art. 1511 BW, de levering is eene overdracht van het gekochte goed in de magt en het bezit van den koper; dat daaronder niets anders kan worden verstaan, dan de verplichting om den koper de heerschappij over de verkochte zaak te verschaffen, en alzoo niet enkel het regt van eigendom, maar ook het feitelijke bezit van de zaak; dat, door de enkele overschrijving van de koopacte, dit gevolg niet kan plaats hebben;'. Het commentaar van de redactie van het Weekblad van het Regt vervolgde aldus: 'Wij kennen die onderscheiding in de wet niet; wij kennen integendeel slechts ééne soort van levering, zoo als die bij art. 671 BW wordt voorgeschreven; en wij houden het er voor, dat hij, die eenmaal op die wijze behoorlijk en wettig geleverd heeft, onmogelijk andermaal tot levering kan worden aangesproken. De koper kan den onwettigen bezitter van zijn goed noodzaken tot ontruiming; hij kan, indien deze eenen wettigen titel te berde brengt, tegen zijnen verkooper procederen tot vrijwaring, tot schadevergoeding, tot ontbinding; maar geleverd kan niet worden, wat reeds geleverd is; zulk eene actie is in ons oog *onzin*. Wij meenen, om deze en andere redenen, dat dit vonnis, dat eene gewigtige en belangrijke vraag beslist, niet juist is geweest; en liever vereenigen wij ons met de wederlegging van hetzelfde door den heer OLIVIER in *Themis*, VII, 348-371.' De heer Olivier nu(80) was in deze zaak de pleiter voor de verkoper en schreef nadat deze door de Rechtbank in het ongelijk was gesteld een vlammend betoog in bovengemeld tijdschrift. Hierop volgde in hetzelfde tijdschrift (*Themis*, VII, 497-522) een reactie van Goudsmit(81); hij verdedigde de beslissing van de Rechtbank.

80. Olivier werd later minister van justitie en is tweemaal, zonder resultaat overigens, door de Tweede Kamer voorgedragen als raadsheer in de Hoge Raad. Vgl. P.J. van Koppen/J. ten Kate, *Tot raadsheer benoemd*, Arnhem 1987, p. 39 en 187 en *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988; Een portret*, Zwolle 1988, p. 38-39.

81. Goudsmit was destijds advocaat in Leiden en zou later aldaar hoogleraar in het Romeinse recht worden. In de laatste hoedanigheid schreef hij een slechts gedeeltelijk voltooid 'Pandecten-systeem' (Leiden 1866 en 1880), naar het voorbeeld van de Duitse 'Pandektenlehrbücher'.

De argumenten van Olivier voor zijn stelling dat de verkoper naar ons BW slechts tot één levering gehouden is, een levering die zowel de bezitsverschaffing als de eigendomsoverdracht in zich bergt, hebben in de eerste plaats betrekking op de betekenis van het woord levering.

Levering betekent bezitsverschaffing en doet indien zij geschiedt door een beschikkingsbevoegde krachtens een geldige titel eigendom overgaan op de verkrijger. Bij onroerend goed is deze levering, deze bezitsverschaffing, noodzakelijkerwijs fictief daar de overgave van een onroerend goed ondenkbaar is. De vorm van deze levering is daarom door de wetgever bepaald in art. 671: zij geschiedt door overschrijving. De gevolgen van de levering worden bepaald door art. 1511: zij doet bezit overgaan. Nog duidelijker kwam dit uit in het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland. Het overeenkomstige art. 1379 WNH bepaalde: "Levering is de overdracht der verkochte zaak, waardoor dezelve komt in de magt en in het bezit van den koper." Op deze bepaling over de gevolgen van de levering volgden de bepalingen over de vorm van levering van de verschillende zaken met verwijzingen naar de bepalingen over eigendomsoverdracht. Onze wetgever achtte dit overbodig, omdat art. 1495 al een verwijzing bevat naar de vormen van levering die zijn vervat in de artt. 667-671. Het Franse recht kent de fictie dat het bezit van onroerend goed wordt verschaft door de overgave van de eigendomstitels (art. 1605), en waarom zou bij ons de overschrijving minder kracht hebben? Ook in het ontwerp 1820 (art. 1016 en 1029) hield de daar gebezigde term 'overdracht' inbezitstelling in, die daar geschiedde door authentiek transport. Een dubbele levering van onroerend goed kent onze wet niet.

Olivier herhaalde vervolgens dat bij onroerend goed werkelijke levering onmogelijk is en deze levering derhalve altijd fictief zal zijn en dat het dus aan de wetgever is om de vorm van levering van onroerend goed te bepalen. Als echter deze levering noodzakelijkerwijs altijd fictief is, dan zal een eventuele tweede levering dit ook zijn, indien zij vereist ware. Maar waartoe zou men twee ficties in het leven roepen, waar met één volstaan kan worden? Bovendien, zou de overschrijving wel de eigendom doen overgaan maar niet de macht die art. 1511 als synoniem van het bezit noemt? Met de eigendom verkrijgt men immers de macht over een onroerend goed. Indien een derde zich na de overschrijving wederrechtelijk op het erf bevindt kan de koper dit doen ontruimen, maar de verkoper niet. Tegen het argument van de Leidse rechter dat ook art. 1586 bij huur en verhuur spreekt van de levering te verrichten door de verhuurder en dat daarmee toch niet de overschrijving bedoeld kan zijn, voert Olivier tenslotte aan, dat deze levering bij huur en verhuur dan ook niet tot doel heeft dat de eigendom overgaat op de huurder. Hij noemt nog art. 1592 dat bepaalt dat de verhuurder niet instaat voor feitelijke belemmeringen van derden die op geen recht berusten. Zo ook zou de verkoper niet in hoeven te staan voor wederrechtelijke belemmeringen van derden, maar als deze belemmeringen wel op een recht zouden berusten, zou de remedie voor de koper bestaan in de vrijwaring waartoe de verkoper verplicht is.

Goudsmit reageerde op dit betoog door te stellen dat met de levering van art. 1511 wordt bedoeld het overdragen van de uitoefening van eigendomsrechten en dat deze uitoefening en dus het overdragen daarvan geheel feitelijk is, waarvoor derhalve geen vorm, geen fictie, vereist is. Deze

betekenis van het woord levering is niet in strijd met de bedoeling van de wetgever. Zou men het anders willen zien, dan moet men art. 1511 nogal gekunsteld uitleggen als zou het alleen de gevolgen van de levering aangeven, waardoor het een overbodige leerstellige bepaling zou worden. Is bezit denkbaar zonder heerschappij, zo vraagt Goudsmit zich af. Hij vervolgt zijn kritiek met de opmerking dat art. 1605 Cc, dat aan de overgave van de eigendomstitels het gevolg van bezitsverschaffing verbindt, een dwaling is van de Franse wetgever, die bij ons terecht niet is overgenomen. De hoofdverplichting van de verkoper bestaat uit het verschaffen van het genot van de verkochte zaak en dit geschiedt feitelijk en behoeft geen wettelijke vorm. De levering die vereist is voor eigendomsoverdracht is een geheel andere. Eerst en vooral dient de koper het bezit te verkrijgen en dan eventueel ook nog de eigendom. Art. 1511 heeft dus betrekking op de bezitsverschaffing en niet op de eigendomsoverdracht. Levering betekent dan ook in de meeste bepalingen feitelijke inbezitstelling en vandaar dat art. 1495, waar levering de afwijkende betekenis van eigendomsoverdracht heeft, uitdrukkelijk verwijst naar de artt. 667 e.v.! De levering in zijn gewone betekenis, de *traditio*, heeft betrekking op het bezit; bij de Romeinen deed zij toevallig ook eigendom overgaan, zelfs van onroerend goed; met inschrijving heeft zij echter niets te maken. Het argument van Olivier dat de verkoper geen middelen zou hebben om een derde, die zich op het erf bevindt en de inbezitneming door de koper belemmert, te doen verwijderen, bestrijdt Goudsmit door te wijzen op de contractsactie (i.c. uit huur en verhuur) die de verkoper heeft tegen de derde, indien deze voorheen houder was voor de verkoper, maar het contract nu is beëindigd, of op de bezitsacte die de verkoper nog altijd tot zijn beschikking zou hebben. Op grond van art. 601, 1^o verliest men het bezit van onroerend goed onvrijwillig immers pas na een jaar! Gedurende dit jaar kan de verkoper derhalve nog de bezitsactie instellen tegen de derde. Tenslotte merkt Goudsmit op dat een koper van een onroerend goed geen (proces)kosten zou hoeven te maken om het bezit ervan te krijgen.

Een tijd lang heeft deze discussie nog voortgewoed in een aantal juridische tijdschriften. Zo ook in de 'Opmerkingen en mededeelingen betreffende het Nederlandsch regt' uitgegeven in het midden van de vorige eeuw door Oudeman en Diephuis te Groningen, een blad waarvan de naam teveel lijkt op die van dit magazijn dan dat dit op toeval zou kunnen berusten. Cremers sluit zich daarin aan bij Goudsmit en meent dat bij onroerend goed vanzelfsprekend een dubbele levering vereist is, omdat toch niet ontkend kan worden dat behalve de eigendomsoverdracht ook de bezitsverschaffing plaats dient te vinden(82).

Inderdaad is het niet de vraag of de bezitsverschaffing van onroerend goed op grond van de koopovereenkomst nodig is; natuurlijk is zij dat. De vraag is echter: hoe geschiedt deze bezitsverschaffing en met name: vindt zij tegelijk met de eigendomsoverdracht plaats? Het betoog dat de bezits-

82. II (1846), p.225-251. Vgl. voorts Van Gorkum, *Themis* VIII (1847), p.20-33 en aldaar wederom Olivier p.33-54; wederom Cremers, *Opmerkingen en Mededeelingen* III (1847) p.226-264 en aldaar Van Boneval Faure p.309-316 en de laatste eveneens in de *Nederlandsche Jaarboeken* 1847, p.296-338.

verschaffing van onroerend goed slechts plaatsvindt door de overschrijving en dus tegelijk met de eigendomsoverdracht acht ik te prefereren op de volgende gronden.

Dit betoog heeft namelijk in de eerste plaats het praktische voordeel dat zij de bezitsverschaffing verbindt aan een makkelijk vast te stellen formaliteit, in plaats van de vooral bij onroerend goed vaak moeilijk vast te stellen feitelijke machtsverhoudingen⁽⁸³⁾. Ook de rechtsgevolgen die de bezitsverschaffing met zich meebrengt zijn dan eenvoudig vast te stellen: men denke bijvoorbeeld aan de bezitsbescherming die men vanaf het moment van overschrijving geniet en aan de verjaringstermijn die vanaf dat moment begint te lopen. Daarnaast zou de verkrijgende verjaring zonder enige overschrijving geheel onmogelijk zijn, hetgeen de betrouwbaarheid van de openbare registers ten goede komt; de verjaring zal dan nog slechts een onjuiste inschrijving na verloop van tijd tot een juiste kunnen maken.

Bovendien heeft deze opvatting het leerstellige voordeel dat zij net als bij roerend goed de eigendomsoverdracht laat plaats vinden door bezitsverschaffing. Door deze gelijkschakeling wordt het mogelijk zowel bij de levering van roerend goed als bij de levering van onroerend goed dezelfde begrippen te hanteren, hetgeen een niet te veronachtzamen dogmatische vereenvoudiging oplevert. Het verschil met de levering van roerend goed zou dan slechts hierin bestaan dat de verschaffing van de feitelijke macht nimmer voldoende is om de verkrijger van een onroerend goed tot bezitter ervan te maken; dat voor de bezitsverschaffing van onroerend goed een formaliteit is voorgeschreven. Niet de verkrijging van het bezit en van de eigendom, maar de verkrijging van de feitelijke macht en van het bezit van onroerend goed zijn in de hier verdedigde opvatting geheel en al van elkaar losgemaakt, in die zin dat de levering van de feitelijke macht, de zogeheten feitelijke levering, slechts leidt tot houderschap en nooit tegelijk ook tot bezit, waartoe immers slechts de juridische levering, die plaatsvindt door middel van overschrijving, kan leiden. Hiermee wordt echter niet betoogd dat de feitelijke macht en het bezit van onroerend goed niets met elkaar te maken zouden hebben. Bezit zonder feitelijke macht is immers niet goed denkbaar. Men bedenke echter dat de feitelijke macht niet altijd door de bezitter zelf hoeft te worden uitgeoefend. Een bezitter is immers ook hij die de feitelijke macht door een ander, een houder, maar voor zichzelf laat uitoefenen. Zo dan zou kunnen worden aangenomen dat indien de feitelijke macht over een onroerend goed na de overschrijving nog bij de vervreemder berust, deze houder is voor de koper. Evenzo zal de verkrijger indien hij reeds voordat de overschrijving heeft plaatsgevonden de feitelijke macht verwerft, slechts houder voor de vervreemder zijn; pas door de daaropvolgende overschrijving wordt hij dan van houder tot bezitter. Met andere woorden, in de hier verdedigde opvatting geschiedt de levering van onroerend goed per definitie door middel van één der beide *traditiones solo*

83. Vooral na verloop van vele jaren, wanneer mogelijk verjaringskwesties een rol spelen, valt de vraag wanneer precies de feitelijke macht is verkregen vaak niet meer te beantwoorden en zal men nu reeds in de praktijk slechts kijken naar het moment van overschrijving.

animo: de *traditio brevi manu* of het *constitutum possessorium*(84). Deze opvatting moge wellicht enigszins verrassend schijnen, maar zij lijkt mij alleszins gerechtvaardigd door de hierboven opgesomde praktische en leerstellige voordelen en de hieronder volgende uitwerking.

De leveringswijze waarbij men het bezit verkrijgt doordat een ander de feitelijke macht voor de bezitter gaat uitoefenen is het *constitutum possessorium*. In geval van een levering c.p. wordt de *tradens*, de vreemder, van bezitter tot houder voor de *accipiens*, de verkrijger.

D.41,2,18pr.

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Wat ik voor mijzelf bezit, kan ik voor een ander houden: want ik verander voor mij niet de oorzaak van mijn bezit, maar ik houd op te bezitten en maak een ander door mijn bemiddeling tot bezitter en bezitten en voor een ander bezitten is niet hetzelfde: want degene voor wie wordt bezeten is bezitter; een vertegenwoordiger verschafft zijn bemiddeling aan een ander mans bezit.(85)

De levering c.p. geschiedt dus door de enkele overeenkomst tussen de *tradens* en de *accipiens*, dat de *tradens* de zaak voor de *accipiens* zal houden. Aan de feitelijke macht verandert niets: de *tradens* blijft de feitelijke macht uitoefenen, doch nu niet meer voor zichzelf maar voor een ander, de bezitter. Levering van het bezit, oftewel de juridische levering, heeft plaatsgevonden zonder levering van de feitelijke macht, oftewel de feitelijke levering. Kortom een regel die men aan dit fragment kan ontleen is dat men bezitter wordt door de juridische levering.

Kan deze regel nu op onze levering van onroerend goed worden toegepast? Men denke zich de zaak zoals gezegd als volgt: de bezitsverschaffing vindt plaats door de overschrijving; het houderschap gaat over door de verschaffing van de feitelijke macht. Voldoet deze constructie van de levering van onroerend goed aan de vereisten die in het algemeen aan de levering door middel van het *constitutum possessorium* zijn gesteld? Zoals

84. In theorie zou het moment van de verkrijging van de feitelijke macht, bijvoorbeeld de overgifte van de sleutels, kunnen samenvallen met het moment van overschrijving, maar enkel en alleen op grond van toeval. In de praktijk zullen de sleutels dikwijls op het notariskantoor worden overhandigd ten tijde van het opmaken van de transportakte, maar voor het moment van overschrijving. In dit geval zou er dus in de hier verdedigde opvatting een *traditio brevi manu* plaatsvinden.

85. Vgl. Zwolve, *Enige opmerkingen over de zgn. "traditio longa manu"*, in dit tijdschrift p. 89.

bekend is, bepaalt het BW helemaal niets over de levering c.p.(86). De levering c.p. en de vereisten die aan haar geldigheid gesteld worden, zijn in ons recht geheel en al ontwikkeld door de rechtsgeleerdheid. Wanneer nu mag men volgens de schrijvers een levering c.p. aannemen? De heersende leer is die van de *causa detentionis*(87). Deze leer eist een rechtsverhouding tussen de vervreemder en de verkrijger op grond waarvan de vervreemder de zaak voortaan zal houden voor de verkrijger aan wie het bezit van de zaak is overgedragen. Met andere woorden, de levering c.p. wordt beschouwd als een causale levering.

De leer van de causale levering c.p. is voornamelijk tot stand gekomen onder invloed van de Duitse pandektistiek en is dus van betrekkelijk recente datum(88). In Duitsland huldigt men ook onder de gelding van het BGB nog steeds een extreem causaal standpunt ten aanzien van de levering c.p.(89) Vereist is een bijzondere rechtshandeling, zoals bijvoorbeeld een overeenkomst van huur, bruikleen of bewaargeving, op grond waarvan het houderschap van de vervreemder kan worden aangenomen. Onvoldoende voor een levering c.p. is bijvoorbeeld enkel en alleen de uitdrukkelijke wilsverklaring van partijen dat de vervreemder de te leveren zaak zal houden voor de verkrijger. Vanzelfsprekend acht men een stilzwijgende wilsverklaring van partijen met bovenstaande inhoud, af te leiden uit de omstandigheden waaronder de levering plaatsvindt, zoals bijvoorbeeld het feit dat een vervreemder na de levering van een onroerend goed nog enige tijd het goed onder zich houdt, helemaal onvoldoende om een levering c.p. aan te nemen. Dergelijke leveringswijzen die niet voldoen aan de eisen die men stelt voor een causale levering c.p. noemt men dan ook abstract in tegenstelling tot die wijzen van levering waarbij een specifieke *causa detentionis* bestaat.

Euwenlang echter, van Azo tot en met Savigny, maakte men dit onderscheid niet en achtte men ook bovengenoemde abstracte leveringswijzen voldoende voor de levering c.p.(90) Zij vormden zelfs de voornaamste en meest gebruikte wijze van levering c.p. Het *ius commune* immers maakt een onderscheid tussen het zogeheten *constitutum simplex* en het zogeheten *constitutum conjunctum*. Van het *constitutum conjunctum* nu is sprake indien een speciale *causa detentionis* kan worden aangewezen. Is dit laatste niet het geval en berust het houderschap van de vervreemder slechts op een uitdrukkelijke wilsverklaring van partijen dat de vervreemder de zaak zal houden voor de verkrijger, dan is er sprake van het *constitutum simplex*. Niet alleen een uitdrukkelijke, maar ook een stilzwijgende wilsverklaring is voldoende om een levering door middel van het *constitutum simplex* tot stand te brengen. Sommige schrijvers veronderstellen zelfs een stilzwijgende levering c.p. in iedere vervreemdingsakte! Gelegenheid hiertoe bood de

86. Vgl. bijv. Asser-Beekhuis I, nr. 213/214; zie ook Zwolve (nt. 86), p. 111 e.v.

87. Vgl. Asser-Beekhuis I, nr.215.

88. Vgl. Gierke (nt. 51), p. 238.

89. Vgl. Baur (nt. 58) § 51 V 2. (p.444) i.v.m. § 868 en 930 BGB.

90. Vgl. voor het volgende Biermann (nt. 72) p.51 e.v., 105 e.v., 190 e.v., 238 e.v., 308 e.v., 371 e.v.

afkorting "etc." die notarissen aan het eind van hun oorkonden plachten op te nemen. Zo verstaat de "toeter van het recht", Johannes Andreae, door middel van interpretatie onder de clause "etc." ook de clause van het *constitutum simplex*(91).

De levering c.p. werd onder het *ius commune* dan ook tot een algemeen gebruikte leveringswijze bij koopovereenkomsten: 'Derhalve kan iemand bepalen met betrekking tot het bezit dat hij heeft, dat hij in andermans naam bezit, wat elke dag gebeurt bij verkopen door middel van de clause van het *constitutum*'(92) merkt Huber op in zijn *Praelectiones*. Pothier bespreekt een fraai voorbeeld van deze veelgebruikte leveringswijze, dat ik daarom in extenso laat volgen.

'La coutume d'Orléans, art. 278, veut même que la simple clause de dessaisine - saisine, par laquelle le vendeur ou donateur déclare qu'il se dessaisit de l'héritage, et qu'il en saisit l'acheteur ou donataire lorsqu'elle est dans un acte passé devant notaire, soit censée renfermer une tradition feinte qui équipolle à la tradition réelle. Voici comme elle s'en explique: <<Désaisines et saisines faites pardevant notaire de Cour laïe de la chose aliénée valent et équipollent à tradition de fait et possession prinse (lees: prise) de la chose, sans qu'il soit requis autre appréhension.>>

Pour la tradition feinte qui résulte de cette clause, il faut trois choses: 1^o. que cette clause soit interposée par un acte reçu devant notaires; car c'est de la solennité de l'acte, et du caractère de l'officier public qui l'a reçu, que la clause a la vertu de passer pour une tradition qui équipolle à la tradition de fait. Il faut 2^o. que le vendeur ou donateur qui déclare par l'acte se dessaisir de la chose, et en saisir l'acheteur ou donataire, soit, lors de l'acte, en possession réelle de cette chose; car la fiction imite la vérité; de même qu'il n'est pas possible que quelqu'un se dessaisisse réellement d'une possession qu'il n'a pas, et en saisisse une autre personne, on ne peut, par la même raison, feindre qu'il s'en soit dessaisi et en ait saisi quelqu'un. Il faut 3^o. que depuis l'acte le vendeur ou donateur ne soit plus demeuré en possession de l'héritage, et qu'il l'ait laissé vacant, de manière que l'acheteur ou donataire eût la faculté de s'en mettre en possession quand bon lui sembleroit.'(93)

91. *Tuba juris* was de bijnaam van Johannes Andreae. Vgl. Gerbenzon/Algra, Voortgangh des rechttes, p. 89. Zie m.b.t. zijn opvatting Biermann (nt. 72) p. 109.

92. 'Proinde potest aliquis possessioni incumbens constituere, sese alieno nomine possidere, quod sit omni die in venditionibus ... per clausulam constituti ...'. *Praelectiones* XLI, II nr. 7.

93. *Traité du droit de domaine de propriété*, nr.213. Oeuvres, t.XI, Paris 1819, p. 277. Vgl. ook Olivier Martin (nt. 30) die aan de hand van de Coutume de Paris aantoont dat het beginsel van de eigendomsoverdracht door

Pothier stelt hier nog steeds een werkelijke levering tegenover een gefingeerde. Maar wat is er gefingeerd aan een levering die als erkend resultaat heeft, dat het bezit is overgedragen? Of, zoals Troplong opmerkt, '... je n'aperçois pas ce qu'il y a de fictif dans les effets de cette spéculation. Serait-ce que l'acheteur ne possède pas la chose corporellement? Mais ne possède-t-on pas *réellement* un immeuble par le moyen du locataire ou de l'usufruitier qui le détient en notre nom? Il y a donc ici possession réelle, et cette possession est acquise de plein droit, sans tradition, et par la seule force du consentement.'(94)

Een verandering in opvatting over deze zogeheten abstracte levering c.p. voltrekt zich in de Duitse pandektistiek pas vrij laat en wel na 1880(95); eerst in het BGB van 1900 is de leer van de zogeheten causale levering c.p.

overeenkomst, zoals de Code civil dat huldigt, is voortgekomen uit de in de tekst geschetste wijze van levering c.p., een wijze van levering die uitgroeide tot een standaardbeding in vrijwel iedere vervreemdingsakte. De wijze van levering door overeenkomst, te weten het standaardbeding van levering c.p., is in de Code slechts bestendigd, met dien verstande dat het standaardbeding van de levering c.p. overbodig is geworden!

94. *De la vente*, nr. 277, 4^e ed., Parijs 1845, p. 379.

95. Van invloed schijnt te zijn geweest een beslissing van het Reichsgericht d.d. 8 november 1881. Zie Biermann (nt. 72) p. 377. Vanwege haar uitvoerige en duidelijke motivering, laat ik deze beslissing hier in extenso volgen (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, Bd.5, Leipzig 1882, p.181 e.v.): '... Es herrscht in der Litteratur Streit darüber, ob durch die Erklärung des Veräußerers, die Sache fortan für den Erwerber besitzen zu wollen, und durch die Annahme derselben seitens des Erwerbers der Uebergang des Besitzes vermittels *constitutum possessorium* eintritt, oder ob es, um diese Wirkung hervorzubringen, noch eines weiteren rechtlichen Grundes bedarf, kraft dessen der Veräußerer die Sache zu behalten berechtigt wird. Der Appellationsrichter hat sich derjenigen Ansicht angeschlossen, welche letzteres Requisite für erforderlich hält. Und dem ist beizustimmen. ... Derjenige, *qui literis se tradidisse declaravit*, erlangt nach 1.48 Dig. *de acquit. vel amitt. poss.* 41,2 [vgl. in de tekst p. 37 e.v.] noch nicht das Eigentum. ... (een andere opvatting) führt dahin, daß die abstrakte Willenserklärung zum Besitzübergang und also zum Eigentumserwerb ausreicht. Es muß vielmehr vorliegen, daß wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben werden müßte; dies Hin- und Hergeben kann erspart werden. Wer behalten soll, braucht nicht erst hinzugeben. (vgl. Windscheid, *Pandekten*, Bd. 1 § 155 Note 8a Aufl. 5). Zur Herstellung eines derartigen Zustandes genügt aber nicht das Übereinkommen der Kontrahenten, daß der bisherige Besitzer die Sache fortan für den neuen Erwerber innehaben soll, sondern es muß ein Rechtsverhältnis geschaffen werden vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint. ... Der Appellationsrichter verlangt deshalb mit Recht, daß Kläger ein Rechtsverhältnis darlegen muß, auf Grund dessen der Verkäufer Sch. für den Käufer - Kläger - die verkauften Sachen detiniert. ...'

tot de heersende geworden(96). Men gaat een uitdrukkelijk bepaalde rechtsgrond eisen voor het houderschap van de vervreemder, een *causa detentionis*. Deze leer van de causale levering c.p. is gebaseerd op D.41,2,48:

Praedia cum servis donavit eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit. si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est, per servum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constabit.

Iemand heeft land met slaven geschonken en in een brief verklaard dat hij het bezit van die zaken heeft overgedragen. Zelfs als maar één van de slaven, die tegelijk met het land geschonken is, bij hem, die het geschenk heeft aanvaard, komt en spoedig daarna naar het land wordt teruggezonden, dan zal vaststaan dat het bezit van het land en de overige slaven door middel van de slaaf is verworven.

Dit fragment is op verschillende wijzen geïnterpreteerd en heeft daarom tot grote verwarring aanleiding gegeven. Uit deze verwarring is de zogeheten leer van de *causa detentionis* voortgekomen, een leer die de sporen van haar ontstaan dan ook in zich draagt. De meest voor de hand liggende interpretatie van het fragment is te vinden o.a. bij Dernburg(97). Volgens Dernburg immers bepaalt het fragment dat de enkele verklaring van de vervreemder dat het bezit is overgedragen niet voldoende is om een levering c.p. aan te nemen. Uit deze verklaring immers blijkt nog niet dat de vervreemder houder is voor de verkrijger. Als de vervreemder daarentegen verklaart dat hij de zaak zal houden voor de verkrijger, dan is deze verklaring zonder meer een voldoende reden om een levering c.p. aan te nemen. Het is volgens Dernburg dan ook geen voorwaarde voor een geldige levering c.p., dat een bijzondere rechtshandeling, een *causa detentionis*, wordt aan gegeven, waarop het houderschap van de vervreemder is gebaseerd. Met andere woorden, Dernburg acht de enkele verklaring van de vervreemder dat hij de zaak zal houden voor de verkrijger reeds een voldoende *causa detentionis*.

Anderen daarentegen leiden, ondanks de bewoordingen, uit het fragment af dat ook de enkele verklaring van de vervreemder dat hij zal houden voor de bezitter evenals de enkele verklaring van de vervreemder dat het bezit is overgedragen, die het fragment noemt, slechts een "leere Formel" is en niet een geldige levering c.p. oplevert(98). Windscheid brengt ten opzichte van dit standpunt nog een verfijning aan, die inhoudt dat beide verklaringen weliswaar niet voldoende zijn om de eigendom van de zaak op de verkrijger te doen overgaan, maar wel om de verkrijger volgens de wil van partijen

96. Vgl. hierboven nt. 89.

97. Pandekten § 181 (nt. 75), p. 412/413. Vgl. in deze zin ook Savigny, *Das Recht des Besitzes*, § 27, 7^e dr. Wenen 1865, p. 320/321.

98. Bijv. Exner, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition*, Wenen 1867, p.143.

tot bezitter te maken(99). Voor een geldige eigendomsoverdracht door middel van een levering c.p. evenwel zou daadwerkelijk een bijzondere *causa detentionis*, een bijzondere rechtsverhouding, zoals bijv. huur of bruikleen, zijn vereist. De levering c.p. immers moet daadwerkelijk ten doel hebben gehad om de geleverde zaak bij de vervreemder te laten en het over en weer geven van de zaak overbodig te maken: in het Digestenfragment stuurt de begiftigde een tot de geschonken zaken behorende slaaf direct weer terug naar de schenker.

In het BGB is de causale leer van de levering c.p. tot de heersende geworden, in die zin dat de enkele verklaring van de vervreemder dat hij de zaak zal houden voor de verkrijger niet voldoende is, maar een bijzondere rechtsverhouding aan het houderschap van de vervreemder ten grondslag moet liggen(100).

Indien we echter met Dernburg mogen aannemen dat bovenstaand Digestenfragment niet meer bepaalt dan dat de enkele verklaring van de vervreemder dat het bezit is overgedragen onvoldoende is voor een levering c.p. dan geldt overigens de algemene bepaling van D.41,2,18 pr., inhoudende dat een vervreemder in andermans naam, te weten in naam van de verkrijger, kan gaan bezitten, waardoor de verkrijger tot bezitter wordt. Dikwijls zal hierbij een specifieke *causa detentionis* kunnen worden aangegeven, zoals in de Digesten op een aantal plaatsen geschiedt, maar noodzakelijk is dit niet. Voldoende is dat de vervreemder, op welke grond dan ook, de zaak houdt voor de verkrijger, zodat een overeenkomst van deze strekking een levering c.p. kan opleveren(101).

De leer van de causale levering c.p. nu schijnt ook in ons recht de heersende te zijn(102). Men verlangt immers een rechtsverhouding tussen de vervreemder en de verkrijger, op grond waarvan de eerstgenoemde de zaak voor de laatstgenoemde houdt. Wat echter verstaat men onder deze *causa detentionis* die men ook bij ons verlangt voor een levering c.p.? Er zijn bij ons slechts weinig schrijvers die zich bezig hebben gehouden met deze vraag en het onderscheid tussen de causale en de abstracte levering c.p., maar de enkele zinnen die zij hebben geschreven lijken afdoende om dit onderscheid geheel en al naar het rijk der schijntegenstellingen te verwijzen. Zo stelt Scheltema de vraag: 'Kan het constitutum ook abstract zijn; is m.a.w. eigendomsovergang door constitutum mogelijk, wanneer niet anders wordt overeengekomen dan dat de overdrager de zaak voor den verkrijger zal houden? De vraag is laatstelijk ontkenkend beantwoord ...; doch naar het ons voorkomt ten onrechte. Wie beweert, dat hij een zaak door middel van constitutum in eigendom heeft verkregen, zal moeten aantonen, dat de

99. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., § 155, i.h.b. nt. 8b en 8c (8. Aufl. Windscheid-Kipp, Frankfurt 1900, p. 684-685).

100. Vgl. hierboven nt. 90.

101. Vgl. Hauser, *Stellvertretung im Besitz*, Leipzig 1870, p. 49-50: 'Ueberhaupt wenn die Meinung der Beteiligten, daß die *Besitzabtretung nunmehr geschehen sein sollte*, feststeht, während der Besitzabtretende die Sache vorläufig noch behält, liegt immer ein genügender Grund der Inhabung vor, sei es auch nur der der Aufbewahrung der Sache bis zur Auslieferung.'

102. Vgl. hierboven nt. 88.

vervreemder voor hem is gaan houden. Bewijst hij het bestaan van een overeenkomst van bruikleen, pand, bewaarneming, dan staat dit houderschap uiteraard vast. Maar het houderschap behoeft niet juist uit een benoemde overeenkomst voort te vloeien; omgekeerd mag daaruit o.i. worden afgeleid, dat, zo bewezen wordt, dat de overdrager krachtens de wil van partijen de zaak voor den verkrijger houdt, een *causa detentionis* - al is deze dan geen *benoemde* overeenkomst - aanwezig is. Het zgn. abstract constitutum schijnt ons daarom eigenlijk een *casus non dabilis*'(103). Het houderschap van de vervreemder dient dus te berusten op de wil van partijen; deze *causa detentionis* kan aanwezig zijn zowel in geval van een benoemd contract als in geval van een onbenoemd contract, op grond van de enkele afspraak van partijen dat de vervreemder zal houden voor de verkrijger. Levert nu ook de in veel vervreemdingsakten voorkomende verklaring dat bezit en eigendom worden overgedragen, een voldoende *causa detentionis* op, om de vervreemder als houder voor de verkrijger te kunnen beschouwen? Drucker ontkent dit voor ons recht, zich beroepende op D.41,2,48, waarin immers wordt bepaald dat de enkele verklaring van de vervreemder dat het bezit is overgedragen onvoldoende is voor de levering c.p.(104). Woorden van deze strekking in een vervreemdingsakte acht hij onvoldoende om er de bedoeling van de vervreemder om de zaak te houden voor de verkrijger uit af te leiden; deze bedoeling moet op een of andere wijze blijken om een levering c.p. te kunnen aannemen. Deze *causa detentionis*, deze wil van partijen kan echter, ook volgens Drucker, stilzwijgend uit de omstandigheden waaronder de levering plaatsvindt, worden afgeleid. Bregstein merkt dan ook op dat '... waar alle overeenkomsten krachtens art. 1374, lid 1 partijen binden, is evenwel de enkele afspraak: een zaak voor een ander te houden, een alleszins voldoende grondslag om het houderschap te schragen: men behoeft niet een *benoemd* contract, dat houderschap meebrengt, te sluiten. Deze afspraak tot het in het leven roepen van houderschap kan dan ook naar mijn meening zeer wel zonder meer in een overeenkomst, gericht op bezitsoverdracht besloten worden geacht: de aard der rechtshandeling biedt daarvoor een alleszins voldoende grondslag; en het is dan ook letterknechterij en miskennis van de artt. 1374/75 B.W., indien men de bezitsoverdracht en daarmee de eigendomsoverdracht ontkent, gelijk wel eens geschiedt, indien in de wilsovereenstemming betreffende de bezitsoverdracht niet uitdrukkelijk verklaard wordt, dat de bezitter de zaak voortaan voor den nieuwen houder zal houden. Beslissingen in tegengestelden zin wekken bij mij de gewaarwording alsof we nog zouden leven onder het zeer formeele *strictum ius* van het Romeinsche oud-republikeinsche recht met zijn magische woordencultus.'(105)

De beperkingen die men dikwijls aan de mogelijkheid tot levering c.p. tracht te stellen zijn vooral een reactie op het misbruik dat van deze leverings-

103. F.G. Scheltema, *Het stelsel van roerend goed in het B.W. van 1838 tot heden*, in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p.402.

104. *Bezitsverkrijging en bezitsverlies door derden*, prft. Leiden 1879, p. 228. Vgl. ook p. 226 en 227.

105. *Eenige problemen betreffende schenking van hand tot hand*, *WPNR* 3572 p. 270-271.

wijze kan worden gemaakt. Een groot nadeel van de levering c.p. is immers dat zij voor derden niet waarneembaar is. Zo worden schuldeisers die zich willen verhalen op het vermogen van hun schuldenaar nogal eens geconfronteerd met schijnbare leveringen c.p. van de goederen van hun schuldenaar, die beweert deze in eigendom te hebben overgedragen aan een derde en slechts het gebruik ervan als huurder of bruiklenner te hebben behouden. Dit mogelijke misbruik echter kan in de eerste plaats worden bestreden door dergelijke handelingen als schijnhandelingen te ontmaskeren en in de tweede plaats kunnen benadeelde schuldeisers gebruik maken van de actio Pauliana. Het is echter niet noodzakelijk om op grond van dit mogelijke misbruik de normale levering c.p. in haar praktische toepassingen te grote beperkingen op te leggen(106). 'Het const. poss. is geen panacée dat men overal te hulp zou kunnen roepen, waar men op geene andere wijze tot eene juridische constructie weet te geraken; maar het is ook geen zwaar vergif, dat men moet schuwen en slechts in uiterste gevallen mag te baat nemen.'(107) Me dunkt dat de constructie van de levering van onroerend goed door middel van het constitutum possessorium gerechtvaardigd is, zeker gezien de waarborgen waarmee deze wijze van leveren is omgeven: zij is voor een ieder kenbaar uit de registers(108)!

Keren wij nu terug naar het geval beslist door de Rechtbank Leiden: wat als een derde zich bevindt op het erf, dat door overschrijving is geleverd? De volgende situaties laten zich dan onderscheiden.

1. *De derde was reeds houder voor de vervreemder.* Hij zal dit dan blijven, terwijl de vervreemder door de overschrijving houder wordt voor de verkrijger. Als immers door de overschrijving de verkrijger tot bezitter moet worden, dan komt de *traditio longa manu* niet in aanmerking als leveringswijze: deze verlangt een mededeling aan de derde voor de bezitsverwerving(109). De levering dient dus geheel buiten de derde om te geschieden en wel door een bezitter die de zaak reeds zelf door middel van een ander in zijn bezit heeft. Een dergelijke levering wordt door Asser-Beekhuis voor mogelijk gehouden(110). Ook het Justiniaanse recht kent haar reeds:

D.41,2,30,6

Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo. et idem erit, si colonus meus fundum

106. Vgl. bv. Dernburg (nt. 75) p. 414.

107. Drucker (nt. 105), p. 231.

108. De constructie van de levering van onroerend goed door middel van de *traditio brevi manu* stuit naar het mij toeschijnt op nog minder bezwaren. Zie over deze leveringswijze bv. Asser-Beekhuis, I, nr. 212.

109. Vgl. over de zgn. "traditio longa manu", Zwolve, in dit tijdschrift p. 88 e.v.

110. nr. 217 i.v.m. 175. Vgl. ook J. Drion (WPNR 3773, p. 126): 'stel dat iemand verkoopt en door overschrijving levert een stuk land, dat hij aan een derde in pacht of in bruikleen heeft gegeven; wie beweert nu, dat de verkoper het bezit behoudt en de koper het bezit niet heeft verkregen ...?'

locaverit aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit.

Indien ik aan u een zaak in bruikleen heb gegeven en u hebt (dezelfde zaak) aan Titius in bruikleen gegeven, die denkt dat zij van u is, dan blijf ik daarvan desalniettemin de bezitter en het zal hetzelfde zijn, wanneer mijn pachter de grond heeft verpacht of degene aan wie ik iets in bewaring heb gegeven, dit weer aan een ander in bewaring geeft(111).

De vervreemder kan dus houder voor de verkrijger worden, ook als hij zelf op zijn beurt de zaak laat houden door een ander. De verkrijger kan nu naar Romeins recht de huurder tot ontruiming van het geleverde perceel noodzaken, omdat hij niet aan de huurovereenkomst is gebonden: koop breekt hier dus huur(112). Naar huidig recht evenwel kan de verkrijger van de vervreemder de feitelijke levering eisen en zal de vervreemder de derde, zijn houder, hiertoe trachten aan te spreken. Het succes van de actie van de vervreemder tegen de derde, zijn houder, hangt af van de rechtsverhouding die tussen hen bestaat(113). In het geval beslist door de Rechtbank Leiden was deze een huurovereenkomst die volgens de verkoper reeds was beëindigd voor de overschrijving plaatsvond, maar volgens de derde, de huurder, nog voortduurde. In feite draaide het proces dan ook om deze vraag: bevond de derde zich met of zonder recht nog op het erf? Als de derde met recht weigert het erf te ontruimen, omdat de huurovereenkomst nog niet is beëindigd, dan zal de verkoper er niet in slagen de feitelijke macht aan de koper te verschaffen en pleegt hij derhalve wanprestatie: hij heeft niet geleverd, wat hij had behoren te leveren, te weten een ontruimd erf. De koper zal ontbinding van de koopovereenkomst en schadevergoeding van de verkoper kunnen vorderen, maar tegen de huurder staat hij ten gevolge van art. 1612 machteloos. Als de derde zich echter zonder recht op het erf bevindt, omdat de huurovereenkomst reeds is beëindigd, en hij weigert op de vordering van de verkoper het erf te ontruimen, dan maakt hij zich door deze weigering tot bezitter, maar niet voor lang: de derde zal tot ontruiming worden veroordeeld. Voor de koper gaat evenwel het bezit niet verloren, als de derde binnen een jaar door hemzelf of door de verkoper in rechte wordt aangesproken (art. 601 lid 1 sub 1^o).

2. *De derde was reeds voor de overschrijving bezitter.* Dit geval kan zich voordoen als bijvoorbeeld een huurovereenkomst is beëindigd en de derde op de vordering van zijn verhuurder, die het erf heeft verkocht, maar nog niet geleverd, weigert het erf te ontruimen; of ook als een willekeurige derde het erf occupeert. Volgens de regel van art. 601 lid 1 sub 1^o behoudt de bezitter van een onroerend goed, i.c. de verkoper, nog gedurende een jaar het bezit als hij de feitelijke macht onvrijwillig heeft verloren. De vraag is nu of de verkoper bezit door overschrijving kan verschaffen aan de koper. De leer van het annaal bezit dan, die in art. 601 lid 1 sub 1^o is vervat,

111. Vgl. Zwolve (nt. 110) p. 94

112. Vgl. Schrage, *Koop breekt geen huur*, Deventer 1984, p. 5 e.v.

113. Vgl. Zwolve (nt. 110), p. 117 e.v.

wordt tegenwoordig aldus verstaan dat degene die de feitelijke macht van een erf tegen de wil van de bezitter tot zich neemt weliswaar het bezit krijgt, maar dat de ontzette bezitter nog gedurende een jaar de mogelijkheid heeft de bezitsactie in te stellen om het bezit terug te krijgen en vervolgens weer te bezitten als ware het bezit nooit verloren gegaan(114). In deze visie kan de verkoper geen bezit verschaffen aan de koper zolang dit in handen is van een derde: hij beschikt slechts over een rechtsvordering tegen de derde, die hij niet kan overdragen. Zeker indien sinds de inbezitneming door de derde een jaar is verlopen, kan de verkoper niet meer het bezit aan de koper verschaffen door overschrijving. Als de verkoper echter eigenaar is van het verkochte onroerend goed, dan kan hij de koper wel tot eigenaar maken. De koper zelf zal dan de derde tot ontruiming moeten aanspreken. De verkoper heeft zich door de eigendomsoverdracht in de onmogelijkheid gebracht om het bezit op te vorderen van de derde en het te verschaffen aan de koper, zodat hij wanprestatie heeft gepleegd en is gehouden tot schadevergoeding aan de koper, tenzij uit de koopovereenkomst anders volgt.

Samengevat houdt bovenstaand betoog in dat degene die een onroerend goed bijvoorbeeld verkoopt en wil leveren, als hij daarvan het bezit heeft dit verschaft door overschrijving; eventueel gaat dan ook de eigendom over als aan alle voorwaarden voor de eigendomsovergang is voldaan. Art. 1511 heeft dus zowel betrekking op de eigendomsoverdracht ('magt') als op de bezitsverschaffing ('bezit') en beide vinden ook bij onroerend goed op dezelfde wijze plaats, namelijk op de wijze aangegeven in art. 671. Als de feitelijke macht na de overschrijving nog bij de verkoper berust, dan zal deze als houder voor de koper beschouwd moeten worden. De verkoper is op grond van de koopovereenkomst verplicht deze feitelijke macht aan de koper af te staan. Zo dient ook als de feitelijke macht reeds aan de koper is afgestaan, deze als houder voor de verkoper te worden beschouwd totdat de overschrijving heeft plaatsgevonden. In beide gevallen kan dit houderschap dat op een koopovereenkomst berust derhalve zo snel mogelijk worden beëindigd. Als de verkoper de koper de feitelijke macht niet verschaft, dan kan de koper de verkoper in vrijwaring roepen, omdat hem niet het 'ongestoord genot' is verschaft. Hij heeft wellicht al wel het bezit verkregen, maar dit is niet het ongestoord bezit (de *vacua possessio*) dat hem op grond van de koopovereenkomst is verschuldigd.

Dit betoog heeft echter een enigszins merkwaardige consequentie. Wat namelijk is het rechtsgevolg als de overschrijving van de transportakte zonder dat partijen dit weten niet plaatsvindt, omdat de notaris deze verzuimt? De koper wordt geen eigenaar, maar zou hij nu ook geen bezitter worden? De koper zelf waant zich eigenaar en bezitter, zodat de feitelijke macht die hij zich heeft verworven hoogstwaarschijnlijk voor langere tijd in zijn handen zal blijven. Als hij echter het bezit niet heeft verworven, kan hij ook niet na verloop van tijd alsnog eigenaar worden door verkrijgende verjaring. Als dit al een bezwaar zou opleveren tegen bovenstaand betoog, dan bedenke men dat de nadelen zich praktisch nauwelijks doen gevoelen. Het verzuim van de notaris immers zal in de meeste gevallen spoedig ont-

114. Vgl. Asser-Beekhuis I, nr.201.

dekt worden als er hypotheek moet worden verleend op een onroerend goed dat op naam staat van een ander dan de hypotheekverlener en de koper kan als het verzuim ontdekt wordt te allen tijde de overschrijving alsnog doen plaatsvinden. Dit laatste is slechts dan onmogelijk als de verkoper wist of weet krijgt van het verzuim van de notaris en daarvan tracht te profiteren door het onroerend goed andermaal te verkopen en ditmaal wel overschrijving te doen plaatsvinden. De tweede koper is dan eigenaar geworden door levering. De eerste koper zal de verkoper kunnen aanspreken tot schadevergoeding op grond van de koopovereenkomst. Tegen de tweede koper zal hij echter kunnen ageren als deze zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad door willens en wetens inbreuk te maken op zijn recht (dat wil zeggen dat van de eerste koper) uit koop(115). Onder omstandigheden kan de rechter dan de tweede koper veroordelen tot een bijzonder soort schadevergoeding; levering van het onroerend goed aan de eerste koper. De kans nu dat tot een onrechtmatige daad van de tweede koper geconcludeerd zal moeten worden is vrij groot. Op het door hem gekochte onroerend goed bevindt zich immers een ander dan zijn verkoper en deze toestand moet hem toch tot nadenken stemmen. Daar waar de raadpleging van de openbare registers door aspirant-kopers nog al eens nagelaten wordt, vindt inspectie van het te kopen goed immers vrijwel zonder uitzondering plaats. Als deze koper dan nalaat te informeren naar het hoe en waarom van de afwijkende feitelijke toestand maakt hij zich ogenschijnlijk schuldig aan onzorgvuldigheid jegens de eerste koper die zich op het erf bevindt.

Het resultaat van het in het bovenstaande betoogde is, zoals gezegd, dat net als in het Romeinse recht de levering ook bij onroerend goed is de bezitsverschaffing, oftewel de *traditio*, die nu plaatsvindt op formele wijze door overschrijving en eventueel ook eigendomsoverdracht ten gevolge kan hebben. Hierdoor worden de regels die het Romeinse recht kende voor de verkrijgende verjaring, en die bij ons vrijwel onveranderd zijn overgenomen weer volop toepasbaar, zonder dat er problemen kunnen ontstaan die worden veroorzaakt door het feit dat onze wijze van levering van onroerend goed, de vorm, een andere is dan die van het Romeinse recht: bezit van onroerend goed verkrijgt men slechts door overschrijving, zodat verkrijgende verjaring slechts mogelijk is als overschrijving heeft plaatsgevonden; ook de dertigjarige verkrijgende verjaring zou dan, waarschijnlijk anders dan in de opvatting van de Hoge Raad zoals neergelegd in het in de inleiding vermelde arrest, zonder overschrijving niet mogelijk zijn, hetgeen de rechtszekerheid die het register beoogt te bieden, en die ook de Hoge Raad blijkens voormeld arrest voorstaat, ten goede komt.

Volgens de heersende leer echter doet de levering van onroerend goed - als aan het titel-vereiste en dat van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder is voldaan - slechts eigendom overgaan en dient de bezitsverschaffing afzonderlijk plaats te vinden. Voor deze bezitsverschaffing gelden geen formele vereisten, zoals dat van de overschrijving van de akte in de openbare registers; zij vindt plaats doordat de verkrijger van een onroerend goed door de vervreemder in staat wordt gesteld de feitelijke heerschappij

115. Vgl. HR 17 nov. 1967, NJ 1968, 42 (Pos-Van den Bosch).

over dat onroerend goed uit te oefenen en is derhalve een puur feitelijke kwestie. De Hoge Raad overwoog uitdrukkelijk in zijn arrest d.d. 14 december 1906 (W.8472) over de wijze van levering van onroerend goed in art. 671 voorgeschreven - de overschrijving in de openbare registers van de akte tot levering - :

'dat immers zoodanige rechtshandeling, alleen voor den overgang van eigendom voorgeschreven, geen vereischte is voor de opvolging in het bezit van den vorigen bezitter in art. 1995 BW bedoeld, waarvoor in de wet geenerlei formele handeling is voorgeschreven en waarvoor alleen moet blijken dat de opvolger te goeder trouw is getreden in het bezit van den vorigen bezitter, die het goed aan hem wilde afstaan.'

Art. 1995 BW nu biedt een bezitter die bezig is door verjaring eigenaar te worden - en daartoe het bezit te goeder trouw moet hebben verkregen - de mogelijkheid om de bezitstermijn van zijn bezitsverschaffer te voegen bij zijn eigen bezitstermijn om de voor verkrijgende verjaring vereiste termijn te vervullen. De toepassing van dit art. 1995 BW schept echter een lastig probleem: mag men altijd de bezitstermijn van een voorganger in het bezit bij de eigen bezitstermijn optellen, of dient het bezit van deze bezitsverschaffer aan dezelfde vereisten te voldoen als dat van de verkrijger, namelijk dat het geschikt is om tot eigendomsverkrijging door verjaring te leiden? In het door de Hoge Raad besliste geval was een onroerend goed verkocht door de eigenaar en feitelijk geleverd, maar de van deze koopovereenkomst opgemaakte akte was niet overgeschreven in de openbare registers. De verkrijger van het onroerend goed was onbekend met dit gebrek en 'meende door koop en daarop gevolgde overschrijving zijner koopakte eigenaar te zijn geworden.' Het Hof had op deze grond aangenomen dat de koper van het onroerend goed te goeder trouw het bezit had verkregen, hetgeen de Hoge Raad niet onjuist achtte. De verkrijger die niet door levering eigenaar was geworden, beriep zich nu als bezitter te goeder trouw op eigendomsverkrijging door verjaring, stellende dat hij krachtens art. 1995 BW bevoegd was om bij zijn eigen bezitstermijn te voegen die van de eigenaar van wie hij het onroerend goed had verkregen. Omdat deze als eigenaar vanzelfsprekend kon wijzen op een bezitstermijn van tenminste dertig jaar van zichzelf of tesamen met zijn voorgangers- ook eigenaren! - zou toekenning van dit beroep op art. 1995 BW inhouden dat de verkrijger automatisch op het moment van zijn bezitsverkrijging door verjaring eigenaar zou zijn geworden! Honorering van dit beroep op art. 1995 BW door de Hoge Raad zou derhalve betekenen dat een ieder die te goeder trouw het bezit van een onroerend goed van de eigenaar heeft verkregen, terstond eigenaar wordt, niet door levering maar door verjaring. Het vereiste van overschrijving van de akte tot levering in de openbare registers zou daarmee aanzienlijk aan betekenis inboeten. Het cassatiemiddel stelde dan ook dat voor toepassing van art. 1995 BW slechts diegene in aanmerking kwam wiens bezit berustte op een - met naleving van art. 671 BW - overgeschreven akte. De Hoge Raad echter besliste dat voor toepassing van art. 1995 BW voldoende was 'verband rechtens tusschen het door de verkoopster ontruimde en het door den verkoper (lees: koper) verkregen bezit van het perceel' en dat in casu voor de opvolging in het

bezit van de vorige bezitter in art. 1995 BW bedoeld, met andere woorden voor de bezitsverschaffing van onroerend goed, de overschrijving in de openbare registers geen vereiste is.

Deze beslissing is door de Hoge Raad nooit herroepen. Zij heeft echter, onder andere in de lagere rechtspraak, bestrijding ondervonden(116). De kritiek betreft in de eerste plaats niet zozeer de beslissing dat de bezitsverschaffing van onroerend goed plaatsvindt door de verkrijger de feitelijke macht over de zaak te verschaffen, alswel dat de Hoge Raad voor de toepassing van art. 1995 BW niet als vereiste heeft gesteld dat de voorganger wiens bezitstermijn de verkrijger bij de zijne wenst te voegen, ook bezig was door verjaring eigenaar te worden(117). Alleen als men dit vereiste stelt, waaraan de eigenaar dus niet voldoet, houdt de overschrijving zijn betekenis voor de eigendomsoverdracht. Deze vrijwel algemeen aanvaarde opvatting heeft echter als nadeel dat zij één van de pijlers ondergraaft waarop het instituut van de verkrijgende verjaring rust, namelijk de mogelijkheid om, wanneer dit op een andere wijze niet mogelijk is, het bewijs van de eigendom te leveren met behulp van de verkrijgende verjaring, door met gebruikmaking van art. 1995 BW te wijzen op een gedurende tenminste dertig jaar onafgebroken reeks van elkaar opvolgende bezitters (eigenaars!)(118). In plaats hiervan zou men de eigendom hebben te bewijzen door middel van een in de tijd teruggaande onafgebroken reeks van verkrijgingen van eigenaren eindigende in een, wellicht in prehistorische tijden plaatshebbende, originele wijze van eigendomsverkrijging, hetgeen praktisch vrijwel onmogelijk is.

Ook aan dit bezwaar nu kan worden tegemoet gekomen als men aanneemt dat slechts hij die een onroerend goed heeft verkregen door overschrijving bezitter is en dus eigenaar kan worden door verkrijgende verjaring. Slechts als overschrijving heeft plaatsgevonden kan de verkrijger zich beroepen op art. 1995. Alleen de dertigjarige verkrijgende verjaring lijkt hier dan nog problemen op te roepen. Als iemand immers een onroerend goed door de eigenaar geleverd heeft gekregen door middel van overschrijving, maar de titel is nietig, dan wordt hij geen eigenaar door levering, doch hij kan dit worden door de dertigjarige verkrijgende verjaring(119). Als hij dan de bezitstermijn(en) van zijn voorganger(s) (eigenaar(s)!) bij de zijne mocht optellen zou hij wederom aanstonds eigenaar worden, ondanks de in dit geval nietige titel. De oorsprong van deze verjaring is evenwel een enigszins merkwaardige. Zij is namelijk door Justinianus ingevoerd als ware zij het spiegelbeeld van de dertigjarige bevrijdende verjaring.

C.7,39,8,1

Quod si quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is qui suppositam eam habebat exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium [sc. actionem ad vindicandam eandem rem] non indiscrete, sed cum moderata

116. Vgl. Rb. Arnhem 24 apr. 1947, NJ 1948, 78.

117. Vgl. Asser-Beekhuis I, nr.579.

118. Vgl. Meijers, *WPNR* 2361, i.h.b. p.169.

119. Vgl. in dit verband hieronder § 5.

divisione ei praestare censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit vel suppositam eam habebat et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat.

Wanneer nu iemand is opgehouden die zaak te bezitten, waarvan de eigenaar ofwel hij die haar in pand had door de exceptie van dertig of veertig jaar is afgewezen, bepalen wij dat wij het genoemde rechtsmiddel [te weten de actie tot opvordering van dezelfde zaak] niet zonder nadere bepaling, maar met een zeker onderscheid aan hem verschaffen, zodat, als hij die zaak vanaf het begin te goeder trouw hield, hij dezelfde bescherming kan genieten, maar als hij haar te kwader trouw heeft verworven, hij daartoe onwaardig is, zo dan, dat de nieuwe bezitter, als hij zelf vanaf het begin eigenaar van de zaak was of haar in pand had en is afgewezen terzake van de genoemde exceptie, voor zich het voordeel van het bezit verwerft.

Justinianus verbindt door deze bepaling aan de dertigjarige bevrijdende verjaring het rechtsgevolg van de verkrijgende verjaring, mits de bezitter te goeder trouw is. Onze wetgever is hem hierin, anders dan zijn Franse voorbeeld, gevolgd(120). De bevrijdende verjaring nu doet de actie van de eigenaar vervallen als hij gedurende dertig jaar daar geen gebruik van heeft gemaakt, hoewel er aanleiding toe was. Indien evenwel een onroerend goed zich na verloop van deze tijd in handen bevindt van een bezitter te goeder trouw dan verliest de oorspronkelijke eigenaar niet alleen zijn eigendomsactie, maar ook zijn eigendomsrecht dat overgaat op deze bezitter. Er moet derhalve dertig jaar zijn verlopen sinds de eigenaar het bezit verloor, wil hij ook de eigendom verliezen aan een bezitter te goeder trouw, maar zonder titel. De regel van art. 1995 lijkt me dan ook niet van toepassing op de dertigjarige verjaring, maar alleen op de twintigjarige.

De beslissing van de Hoge Raad uit 1906 heeft ook in de doctrine bestrijding ondervonden, met name van hen die in verband met de zojuist behandelde kwestie van art. 1995 BW menen dat de bezitsverschaffing van onroerend goed zonder eigendomsoverdracht en dus overschrijving in de openbare registers onmogelijk is. Zo draagt Eggens de opvatting uit dat 'het recht van bezit niet *als zoodanig* overgedragen kan worden'(121). Pitlo achtte in het algemeen de verschaffing van het enkele bezit door de eigenaar zonder dat deze ook eigendom overdraagt in een vorige druk van zijn werk over het zakenrecht zelfs 'evidente onzin ... die buiten de studeerkamers nooit ter sprake is gekomen.'(122) 'Bezitoverdracht door de eigenaar vindt dus uitsluitend plaats in samenhang met eigendomsoverdracht', zo

120. Vgl. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, Utrecht 1838, dl. 5 ad art. 2000 (p. 562).

121. *WPNR* 3095/3096.

122. *Het Zakenrecht*, 8^e dr., p. 82.

betoogt Brahn in de meest recente druk nog steeds(123). Volgens deze opvatting kan bezit alleen maar worden 'overgedragen' als ware het eigendom. Men kan bezit als zodanig, dus los van de eigendom, niet overdragen. De verkrijger weet dan immers dat hij geen eigenaar is geworden, en heeft dus niet het bezit, als ware het eigendom, verkregen. Dit recht van bezit nu bestaat volgens Eggens slechts wanneer het eigendom schijnt te zijn, maar het niet is, het bestaat slechts als ware het eigendom en kan slechts als zodanig worden overgedragen. Bezitter zou slechts hij zijn die zich als eigenaar beschouwt, hij die de *animus domini* heeft (art. 585 BW). Maar, en dit is volgens mij de kern van Eggens' betoog, voldoende voor overdracht van het recht van bezit is niet dat de verkrijger zich als eigenaar beschouwt, doch hij moet zich ook als zodanig mógen beschouwen. Welnu, slechts hij die een onroerend goed geleverd heeft gekregen door overschrijving in de registers mag zich als eigenaar beschouwen en is dus bezitter geworden door overdracht. Met andere woorden: wat slechts kan worden overgedragen - Eggens zegt dit ook met zoveel woorden - is het bezit te goeder trouw. Het recht van bezit, zoals Eggens dat omschrijft, bestaat slechts als bezit te goeder trouw. Door het recht van bezit aldus op te vatten wordt nu bereikt dat de overdracht van dit recht slechts plaats kan vinden dóór een bezitter te goeder trouw áán een bezitter te goeder trouw, zodat art. 1995 BW slechts op deze situatie van toepassing is. Er heeft nu echter een cirkelredenering plaatsgevonden: uitgaande van het gewenste resultaat, namelijk dat de overdracht van het bezit waarop art. 1995 BW van toepassing is slechts kan plaatsvinden door een bezitter te goeder trouw aan een bezitter te goeder trouw, heeft Eggens zijn recht van bezit gedefinieerd als bezit te goeder trouw en vervolgens betoogd dat dit recht dan ook slechts als zodanig kan worden overgedragen! Bovendien lijkt het twijfelachtig dat goede trouw zonder overschrijving niet kan bestaan. In het bovenstaande is het geval genoemd waarin partijen denken dat de overschrijving heeft plaatsgevonden, maar de notaris deze heeft verzuimd. De verkrijger kan dan wel degelijk te goeder trouw zijn, hoewel de overschrijving niet heeft plaatsgevonden.

Dat Eggens' betoog de discussie over de verschaffing van het bezit van onroerend goed heeft verhelderd kan ik dan ook niet beamen. Tegen de thans verworpen leer van de *animus domini*, waarop zijn betoog steunt, wordt dan ook doorgaans aangevoerd dat 'in onze wet ook de bezitter te kwader trouw als bezitter wordt beschouwd'(124). De wetenschap al of niet

123. 9^e dr., p. 72.

124. Asser-Beekhuis I, nr.171. Zo echter ook reeds Savigny, aan wie de leer van de *animus domini* wordt toegeschreven! Vgl. (nt. 98) p. 110: 'Mehr aber, als dieser *animus domini* gehört durchaus nicht in den Begriff des Besitzes: am wenigsten die Ueberzeugung, dass man wirklich Eigenthümer sei (*opinio s. cogitatio domini*): darum kommt der Begriff des Besitzes dem Räuber und Dieb eben sowohl zu, als dem Eigenthümer selbst ...' nadat hij heeft opgemerkt dat diegene de *animus domini* heeft, die 'die Sache als *Eigenthümer* behandelt, deren Detention er hat, d.h. welcher sie factisch eben so beherrschen will, wie ein Eigenthümer Kraft seines Rechts zu thun befugt ist ...'. In haar zuivere vorm is Savigny's leer van de *animus domini* dus nog steeds

eigenaar te zijn geworden is van belang voor de goede dan wel kwade trouw van de bezitter, maar niet voor zijn bezit.

Hoewel Eggens' betoog mij dus niet overtuigt, deel ik zijn conclusie wel. Immers voor wat betreft onroerend goed abstraheert hij de bezitsverschaffing geheel en al van de feitelijke macht. Deze bezitsverschaffing, de *traditio* in enge zin, vindt plaats door overschrijving van de akte tot levering in de registers. Hij die slechts de feitelijke macht over een onroerend goed heeft verkregen met medewerking van de bezitter is dan houder.

De voordelen die deze opvatting in zich bergt zijn evident. Zo zou de bezitsverschaffing van onroerend goed gemakkelijk kunnen worden bewezen door slechts te wijzen op de overschrijving in de registers. Is door enig gebrek dat aan de levering kleeft, bijvoorbeeld de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, de eigendom van het geleverde onroerend goed niet overgegaan dan loopt de verjaringstermijn vanaf het moment van bezitsverschaffing, dat wil zeggen de overschrijving. Evenzo staat vanaf dat moment de verkrijger de bezitsbescherming ter beschikking en is hij daarvoor niet afhankelijk van de vraag of hij wel of niet daadwerkelijk de feitelijke macht heeft verkregen. Zeker in de praktijk zal men nu reeds voor het vaststellen van het al of niet verstreken zijn van een verjaringstermijn slechts letten op het moment van overschrijving en zich niet afvragen wanneer precies de feitelijke macht is verkregen. Ook het probleem van art. 1995, dat immers enerzijds het bewijs van de eigendom door middel van verkrijgende verjaring mogelijk moet blijven maar anderzijds het vereiste van overschrijving voor levering van onroerend goed niet tot een dode letter moet worden, lijkt dan opgelost: zonder overschrijving krijgt men geen bezit en is art. 1995 niet van toepassing. Tenslotte betekent de eis van overschrijving voor de bezitsverschaffing van onroerend goed dat ook de dertigjarige verkrijgende verjaring daarzonder onmogelijk is, een mogelijkheid die de Hoge Raad ondanks zijn beroep op de rechtszekerheid voor het eisen van publicatie bij de verkorte verjaring openlaat. Wat dient meer de rechtszekerheid dan een zo juist mogelijk register?

Art. 1992 BW eist, om door middel van verjaring de eigendom van een zaak te verkrijgen, bezit als eigenaar. Me dunkt dat bezit van onroerend goed als eigenaar slechts kan worden geleverd door middel van overschrijving. Zo bezien bevat art. 671 BW dus een vormvoorschrift voor de bezitsverschaffing, dat wil zeggen de levering van onroerend goed(125).

de heersende!

125. Anders Pleyzier (nt. 40) p. 94: 'Bezitsverschaffing is voor de eigendomsovergang onnodig: scherper tegenstelling met het naklassieke Romeinse recht is op dat stuk haast niet denkbaar!' In zijn voortreffelijke, in nt. 5 geciteerd, artikel vergelijkt hij het in de inleiding aangehaalde arrest van de HR met het klassieke Romeinse recht en de daarin voorkomende *usucapio a domino*. Nu maakt het klassieke Romeinse recht geen deel uit van de Nederlandse rechtsgeschiedenis: niet het klassieke Romeinse recht, maar het Justiniaanse recht is in de middeleeuwen gerecipieerd en heeft ten grondslag gelegen aan ons wetboek. Een vergelijking met het klassieke Romeinse recht is vanzelfsprekend wel mogelijk, evenals een vergelijking met een ander, aan ons rechtsstelsel

5. Het NBW en de goede trouw

Het NBW zal een geheel ander systeem van verkrijgende verjaring brengen dan ons huidige recht kent. Het BW van 1838 immers kent - althans voor onroerend goed - twee verjaringsmogelijkheden: een dertigjarige en een twintigjarige verjaring. Voor de dertigjarige verjaring is bezit te goeder trouw vereist en voor de twintigjarige bovendien nog een titel. De twintigjarige kan dus worden gezien als een uitzondering op de algemene dertigjarige verjaring, die zich kan voordoen als aan een extra vereiste is voldaan. Wat is precies het verschil tussen de algemene dertigjarige verjaring en de bijzondere twintigjarige verjaring? Is, met andere woorden, voor de dertigjarige verjaring een titel geheel overbodig, maar voor de twintigjarige verjaring een absolute noodzakelijkheid? Voor de twintigjarige verjaring schrijft het BW inderdaad de titel als een onoverkomelijk vereiste voor. Dit betekent echter niet dat de titel bij de dertigjarige verjaring geen enkele rol speelt. Voor de dertigjarige verjaring is immers bezit te goeder trouw vereist en waaruit nu bestaat deze goede trouw? Deze goede trouw zal toch moeten bestaan uit de mening van de bezitter dat hij eigenaar is geworden van de zaak die hij heeft verkregen(126). Eigenaar wordt de bezitter slechts indien hij heeft verkregen van een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel. Als nu de bezitter geen eigenaar is geworden door een gebrek aan beschikkingsbevoegdheid, of het ontbreken van een geldige titel (of beide) dan zal hij om door verjaring alsnog eigenaar te kunnen worden ofwel moeten hebben gemeend dat hij van een beschikkingsbevoegde verkreeg ofwel dat hij verkreeg op grond van een geldige titel (of beide)(127). Met andere woorden, ook bij de dertigjarige verjaring moet altijd op zijn minst een putatieve titel aanwezig zijn en kan de goede trouw dus ook betrekking hebben op de titel. Bij de twintigjarige verjaring evenwel is in ieder geval een geldige titel vereist, zodat de goede trouw daar slechts betrekking kan hebben op de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder.

Van dit systeem nu wijkt het NBW af door te bepalen in art. 3.4.3.1 dat de bezitter te goeder trouw na verloop van tien jaar eigenaar wordt van een onroerend goed door verjaring; het titelvereiste is in het NBW komen te

vreemd, recht, zoals bijvoorbeeld het Engelse zinvol kan zijn. De kwaliteit van het vergelijkingsmateriaal is dan van belang voor het nut van de vergelijking. Zo heeft Lokin (nt. 71) aangetoond dat de zienswijze van het klassieke Romeinse recht op dit punt niet zonder gebreken is. Ook Pleysier echter lijkt geen voorstander te zijn van de mogelijkheid van een *usucapio a domino* voor ons huidige recht. Hij juicht het resultaat van de uitspraak van de HR toe (p. 163), maar hij wenst de 'registervervuiling' te bestrijden door middel van het vereiste van de goede trouw, in plaats van door middel van het titelvereiste, zoals de HR dat hanteert (p. 164). Vgl. hieronder § 5.

126. Vgl. Asser-Beekhuis I, nr. 182.

127. In hoeverre een verkrijger te goeder trouw kan zijn, indien zowel de beschikkingsbevoegdheid als een geldige titel ontbreekt aan de levering, is een open vraag. Erg waarschijnlijk - oftewel verschoonbaar - lijkt de goede trouw van de verkrijger in dit geval niet.

vervallen(128). Daarnaast bestaat echter de mogelijkheid om na verloop van twintig jaar eigenaar te worden door verjaring, ook al is de bezitter te kwader trouw. Art. 3.11.10 immers bepaalt dat alle rechtsvorderingen verjaren door verloop van twintig jaar. Aan deze bevrijdende verjaring, nu koppelt art. 3.4.3.8 het rechtsgevolg, dat degene die een zaak bezit op het moment dat de rechtsvordering tot teruggave ervan is verjaard, eigenaar wordt, ook al is hij niet te goeder trouw. In het NBW is de algemene verjaringsmogelijkheid dus de twintigjarige, waarvoor slechts bezit is vereist, en de bijzondere verjaring de tienjarige, waarvoor bovendien goede trouw is vereist; het NBW kent dus een verkrijgende verjaring met en één zonder goede trouw. Uiteindelijk is dus voor verkrijgende verjaring in het NBW slechts bezit vereist(129).

In de eerste plaats zullen we dus moeten onderzoeken of de overschrijving van de levering van onroerend goed een rol speelt bij de bezitsverschaffing van onroerend goed. Art. 3.5.8 dan bepaalt dat 'een bezitter zijn bezit overdraagt door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen'. De bezitter moet dus de macht die hij had overdragen. Waaruit nu bestaat de macht die een bezitter heeft: me dunkt uit zijn bezit. Zo bezien zegt het artikel niet meer dan dat bezitsoverdracht plaatsvindt doordat de bezitter zijn bezit overdraagt(130). Dit brengt ons op art. 3.5.1 dat bepaalt wat bezit is, namelijk het houden van een goed voor zichzelf, hetgeen zowel middellijk, door middel van een ander, als onmiddellijk kan gebeuren. Of iemand een goed voor zichzelf houdt, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, aldus art. 3.5.2. Welke nu is de verkeersopvatting ten aanzien van bezit van onroerend goed? In de praktijk dan zal er toch dikwijls vanuit worden gegaan dat bezit van een onroerend goed is verkregen, wanneer de overschrijving heeft plaatsgevonden. Maar hoogstwaarschijnlijk zal niet worden aangenomen dat de bezitsverschaffing alleen door overschrijving kan plaatsvinden. Ook in de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer naar aanleiding van art. 3.5.12 lijkt te worden uitgegaan van de opvatting dat de bezitsverschaffing van onroerend goed zonder overschrijving mogelijk is. Het artikel behandelt de vraag wanneer een bezitter te goeder trouw is en in de Memorie wordt onder andere opgemerkt dat 'onder omstandigheden het zelfs gerechtvaardigd kan zijn de goede trouw terug te rekenen tot het tijdstip van de

128. Het titelvereiste zal echter naar het mij toeschijnt opgaan in het vereiste van de goede trouw, zodat ook naar NBW op zijn minst een putatieve titel vereist zal zijn.

129. Het lijkt me daarom niet denkbeeldig dat grondeigenaren onder de gelding van het NBW wel eens nachtelijke grensverleggingstochten zouden kunnen gaan ondernemen. Vooral bij uitgestrekte onroerende goederen zou het langzamerhand verzetten van de grenspaaltjes door de buurman voor de grondeigenaar onopgemerkt kunnen blijven. Stel dat de buurman een deel van de grond occupeert, twintig jaar lang zijn mond houdt en vervolgens de grond als zijn eigendom opeist. Zou de wetgever dan een dergelijk beroep op eigendomsverkrijging hebben willen honoreren?

130. Vgl. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud*, prft. Groningen 1985, p. 50 (handelseditie, Deventer 1985 p. 50).

bezitsverkrjiging. Zo bv. wanneer de inschrijving van een akte strekkende tot overdracht van een registergoed, plaats vindt in aansluiting op de voorafgaande bezitsverschaffing van dat goed ter gelegenheid van het opmaken en ondertekenen van de akte.'(131)

Indien dus naar NBW bezitsverschaffing van een onroerend goed zonder overschrijving kan plaatsvinden, dan zou de overschrijving voor de verkrijgende verjaring van art. 3.4.3.1 nog slechts een rol kunnen spelen in verband met de goede trouw die voor deze eigendomsverkrjiging noodzakelijk is. Art. 3.1.2.6 dan bepaalt dat 'het beroep van een verkrijger van een registergoed op goede trouw niet wordt aanvaard, wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend'. Welnu, het ontbreken van de inschrijving van de levering van een onroerend goed is toch een feit dat door raadpleging van de registers zou zijn gekend. Kan de verkrijger van een onroerend goed zich dan ooit beroepen op het feit dat hij niet wist dat de inschrijving niet had plaatsgevonden om zijn goede trouw aan te tonen? Het beroep op goede trouw lijkt op grond van deze bepaling uitgesloten. De Memorie van Antwoord evenwel laat de mogelijkheid open dat de verkrijger dan toch te goeder trouw is, als hij 'door positieve andere feiten is misleid'(132). In dat geval immers 'kan niet worden gezegd dat het beroep op de goede trouw bepaaldelijk *voortkomt* uit onbekendheid met een in het register ingeschreven feit ... Met het oog hierop luidt de bepaling thans "wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend".'(133) Wanneer nu bijvoorbeeld een verkrijger zich beroept op het feit dat hij meende dat de notaris zorg had gedragen voor inschrijving, terwijl deze dit in werkelijkheid had verzuimd, is hij dan door positieve andere feiten misleid; is hij dan met andere woorden te goeder trouw? De Memorie van Antwoord op art. 3.4.3.1 lijkt deze mogelijkheid uit te sluiten: 'Gaaf het om een registergoed waarvan de bezitter het bezit, bij voorbeeld bij overdracht uit hoofde van een koopovereenkomst, heeft verkregen, dan zal hij zich slechts als rechthebbende mogen beschouwen, indien bij de levering is voldaan aan de eisen, in artikel 3.4.2.4 gesteld, te weten een notariële akte en inschrijving daarvan in de registers. Mocht het bezit reeds vóór de inschrijving van de akte in de registers aan de koper zijn verschaft, bij voorbeeld door overgifte van de sleutels na de ondertekening van de akte, dan zal dit voor de goede trouw van de bezitter in de regel wel geen verschil maken, maar dit geldt alleen, indien de inschrijving inderdaad is gevolgd en hij intussen geen ander gebrek in zijn verkrjiging heeft ontdekt.'(134) In welke gevallen een verkrijger van een onroerend goed dan door 'positieve andere feiten' te goeder trouw kan zijn, ondanks het ontbreken van de inschrijving, is mij vooralsnog onduidelijk. Hoe dit ook zij, de bezitter van een onroerend goed wordt in het NBW in ieder geval na verloop van twintig jaar eigenaar, ook al is hij te kwader trouw (art. 3.4.3.8 j^o 3.11.10). Deze eigendomsverkrjiging, die is gebaseerd

131. *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3, p. 444-445.

132. *PG*, 3 (nt. 132), p. 130.

133. t.a.p.

134. *PG*, 3 (nt. 132), p. 409-410.

op de bevrijdende verjaring van de revindicatie van de eigenaar, vindt dus plaats ook zonder inschrijving.

In het NBW kan derhalve bezit van een onroerend goed worden verkregen zonder inschrijving en dat bezit door verjaring tot eigendom uitgroeien, reeds na verloop van twintig jaar. Hierdoor kan dus in betrekkelijk korte tijd de rechtstoestand zoals deze in de registers is weergegeven tot een onjuiste worden, hetgeen nu juist in strijd is met de rechtszekerheid die deze registers beogen te bieden. Ik zou echter, evenals ik dat voor het huidige recht heb gedaan, ook voor het NBW willen pleiten voor de uitsluiting van de mogelijkheid om zonder inschrijving door verkrijgende verjaring eigenaar te worden van een onroerend goed. Het NBW blijkt deze mogelijkheid, althans voor de tienjarige verkrijgende verjaring, zoveel mogelijk tegen te willen gaan met behulp van het vereiste van de goede trouw(135). Dat dit vereiste daartoe in de grond der zaak niet geschikt is, heb ik in mijn inleiding reeds betoogd: het vereiste van de goede trouw is een subjectief vereiste terwijl de inschrijving een objectief gegeven is, zodat de mogelijkheid van goede trouw zonder inschrijving nooit geheel kan zijn uitgesloten. Beter lijkt het dan ook om een bepaling op te nemen die de bezitsverschaffing van onroerend goed bindt aan de inschrijving in de registers. Het huidige artikel 3.5.8 over de bezitsverschaffing geeft daartoe ook alle aanleiding. De Memorie van Antwoord immers geeft te kennen dat het artikel in de eerste plaats van belang is voor de bezitsverschaffing van roerend goed(136). Achter deze opvatting gaat de gedachte schuil dat de bezitsverschaffing van onroerend goed van geen belang is voor de eigendomsoverdracht van onroerend goed en daarom geen nadere bepaling behoeft. Ik hoop echter in het bovenstaande aannemelijk te hebben gemaakt dat een dergelijke bepaling wel degelijk wenselijk is(137).

F. Brandsma

135. Vgl. Pleysier (nt. 39).

136. *PG*, 3 (nt. 137), p. 436.

137. Voor de twintigjarige verjaring, waarvoor alleen bezit is vereist, zou dan een aparte voorziening moeten worden getroffen, om te verhinderen dat deze wijze van eigendomsverkrijging niet mogelijk zou zijn in geval van bezitsverschaffing, maar wel in geval van inbezitneming. Vgl. nt. 3. Wellicht verdient het overweging om deze wijze van eigendomsverkrijging, evenals in het huidige recht bij de dertigjarige verjaring het geval is, te onthouden aan bezitters te kwader trouw, althans aan bezitters te kwader trouw van onroerend goed.