

ENIGE OPMERKINGEN OVER DE ZGN. "TRADITIO LONGA MANU" *)

Wederom nam de duivel Hem mede naar een zeer hogen berg en hij toonde Hem al de koninkrijken der wereld en hun heerlijkheid en zeide tot Hem: Dit alles zal ik u geven.

Matthaeus 4:8-9(1).

Een woord vooraf

In zijn arrest d.d. 1 mei 1987, *RvdW* 1987, nr. 104, heeft de Hoge Raad de vraag behandeld in hoeverre degene aan wie door een beschikkingsonbevoegde een roerend goed wordt geleverd dat zich onder een persoon bevindt die dat goed voor de beschikkingsonbevoegde vervreemder houdt, de bescherming van art. 2014, lid 1 BW verdient. Sindsdien zijn enige publicaties naar aanleiding van het arrest verschenen(2), waarin, wat wordt genoemd de *traditio longa manu* in samenhang met de bezitsbescherming van art. 2014,1 BW wordt behandeld. Na lezing van het een en ander trof het mij dat de bezitsverschaffingsconstructie die aan de hier aan de orde zijnde problematiek ten grondslag ligt in de regel werd onderscheiden van het constitutum possessorium, dat naar mijn gevoelens het uitgangspunt der beschouwingen had dienen te vormen. De vraag rees bij mij of wat men de "traditio longa manu" pleegt te noemen wel een van het constitutum possessorium te onderscheiden rechtsfiguur is en welke motieven ertoe hebben geleid dat men

*) Het hieronder geplaatste opstel is bedoeld als een concrete illustratie van de methode welke ik, in abstracte zin, schetste in mijn Groninger oratie *Fiet Janushoofd der Rechtsvergelijking* (Groningen 1988).

-
1. Zie hierover blz. 95-96.
 2. Eerder al schreef Feseur over deze materie in *Kwartaalbericht NBW*, 1986, blz. 69 e.v.; na het arrest verschenen N.A.B. Chao-Duivis, *De longa manu-levering en artikel 3.4.2.3a lid 2 NBW* in *Kwartaalbericht NBW* 1987, blz. 71 e.v. en R.R.J. Battes en H.P. Timmermans, *De Hoge Raad over de levering longa manu door een beschikkingsonbevoegde houder* in *Ars Aequi*, mei 1988, blz. 287. Zie sindsdien ook HR 18 september 1987, *RvdW* 1987, nr 166, waarover Vranken, *WPNR* 5867, blz. 183 vv. en Kortmann, *Ars Aequi*, juni 1988, blz. 396 e.v.

dit in de moderne literatuur zo stellig pleegt te doen. De 2014-vraag heb ik daarbij bewust buiten beschouwing gelaten, temeer daar haar beantwoording als vanzelfsprekend voortvloeit uit de keuze die men maakt bij de bezitsverschaffingsconstructie.

I. Enige historische opmerkingen

Het vraagstuk van de bezitsverschaffing en daardoor de eigendomsverkrijging van goederen welke zich onder een derde bevinden die voor de vreemder houdt, heeft de Romeinse juristen niet of nauwelijks beziggehouden. De dogmatiek hieromtrent is in de middeleeuwen ontstaan. Zij was echter, uiteraard, gebaseerd op enige teksten uit het Corpus Iuris, te weten:

1. D. 41,2,18 pr: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio, necidem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.
(Vert.: 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 houden is niet hetzelfde: want degene voor wie wordt gehouden is bezitter; een vertegenwoordiger verschaft zijn bemiddeling aan een ander (mijn bezit)).

Deze tekst vormt de grondslag voor wat men later het "constitutum possessorium" is gaan noemen(3).

2. D. 6,1,77: Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquiserit possessionem veluti per colonam. Proponeretur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res

3. Het begrip "constitutum possessorium" komt in het Corpus Iuris niet voor, wél de zegswijze "constituere possidere", d.w.z. "besluiten te bezitten" (zie D. 41,2,17). Men zag in de verklaring van een bezitter het goed dat hij vervreemde voortaan voor de verkrijger te willen houden een besluit de ander tot bezitter te willen maken. Bartolus bedient zich nog van zegswijzen als "constituendo me tuo nomine possidere transfero in te civilem possessionem", d.w.z. "door te besluiten dat ik voor u bezit, draag ik het burgerlijk bezit op u over": zie Bartolus, *Commentaria in primam et secundam Digesti Novi partem* (ed. Lyon 1552) f. 100 verso, l.kol. (ad D. 41,2,18). Naar het schijnt (zie J. Bierman, *Traditio ficta* (Stuttgart 1891) blz. 190 en W.M. Gordon, *Studies in the Transfer of Property by traditio* (Aberdeen 1970) blz. 106) heeft de Fransman Tiraquellus de term "constitutum possessorium", d.w.z. "bezitsbesluit", bedacht.

sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

(Vert.: Een vrouw heeft een stuk grond aan iemand anders dan haar echtgenoot door middel van een brief geschonken en datzelfde stuk grond van deze persoon gehuurd: er kan worden verdedigd dat hem een zakelijke rechtsvordering toekomt, alsof hij het bezit door middel van haarzelf had verkregen, als ware zij zijn pachter. Er werd naar voren gebracht, dat hij zich ook op de akker bevond die werd geschonken, toen de brief werd verzonden: welke zaak voldoende was voor de verschaffing van het bezit, zelfs wanneer de huur niet had plaatsgevonden).

De tekst behandelt een geval van bezitsverschaffing "per epistulam": een vervreemder verzendt een brief waarin zij verklaart een stuk grond aan de ontvanger te willen schenken en dit tevens van hem te willen huren. Men achtte de verzending van de brief voldoende voor de verschaffing van het bezit en, dientengevolge, voor de eigendomsverkrijging. Het fragment biedt grote interpretatieproblemen. De vraag rijst namelijk wie nu in het feitelijk bezit van de akker was toen deze werd geschonken. Een eerste lezing doet veronderstellen dat dit de vrouw is, daar zij het door haar geschonken stuk grond bij dezelfde verklaring wenst te huren. In dit geval zou er sprake zijn van een normaal geval van *constitutum possessorium*. Een tweede lezing doet, zeker wanneer men de laatste zin vanaf *proponebatur* in ogenschouw neemt, de mogelijkheid rijzen dat de begiftigde zelf reeds in het bezit was van het stuk grond dat hem werd geschonken. In dat geval zou er niet van een *constitutum possessorium*, maar van een *traditio brevi manu* sprake zijn. Tenslotte bestaat nog de mogelijkheid dat noch de vrouw, noch de begiftigde, maar een derde het feitelijk bezit over de zaak uitoefent. Wij zullen deze vragen laten rusten en vooralsnog de aandacht vestigen op een andere plaats uit het *Corpus Iuris*:

3. D. 43,16,1,45: Non alii autem, quam ei qui possidet, interdictum unde vi competere argumentum praebet, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui deiecti non sunt.

(Vert.: Dat het "interdictum unde vi" aan geen ander dan de bezitter toekomt, daarvoor verschaft het bewijs wat bij Vivianus wordt verteld, dat, als iemand mij met geweld het bezit heeft ontnomen, maar de mijnen niet, ik niet met dit interdict tegen hem kan optreden, aangezien ik door middel van diegenen het bezit behoud die niet zijn verwijderd).

De tekst behandelt enige finesses van het recht rondom een Romeinse bezitsactie, het *interdictum unde vi*. Wat hier belangrijk is, is het feit dat iemand geacht moet worden bezitter te zijn, wanneer anderen voor hem de feitelijke heerschappij over een zaak oefenen. Zo iemand kan derhalve, zolang deze anderen voor hem blijven houden, geen bezitsactie instellen tegen degene die hem persoonlijk heeft gestoord in het bezit: er is geen

bezitsverlies omdat het bezit nog steeds voor de bezitter door zijn houders wordt geoefend.

Op grond van de bovenstaande teksten werd in de middeleeuwen het leerstuk van de bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een houder bevindt ontwikkeld. Zoals zo vaak, is het Bartolus de Sassoferrato (1314-1357) geweest die hier de weg heeft gewezen. In zijn commentaar bij D. 41,2,18, de kerntekst over het *constitutum possessorium*, maakt de meester duidelijk dat de bezitsverschaffing door middel van een *constitutum possessorium* de verschaffing van het *juridisch* bezit, de "*civilis possessio*" bewerkstelligt; het feitelijk bezit, de enkele detentie, de "*naturalis possessio*", blijft bij de vervreemder. Natuurlijk kan iemand die zowel het burgerlijk bezit als de feitelijke detentie van een zaak heeft het bezit door middel van een *constitutum possessorium* overdragen(4). Het *constitutum possessorium* is in zo'n geval niet problematisch. Interessant wordt het pas wanneer iemand een goed wil overdragen door middel van een *constitutum possessorium* wanneer hij slechts het burgerlijk bezit heeft en niet de detentie, bijvoorbeeld omdat een derde dit voor hem houdt! Kan men ook in dit geval het bezit overdragen door middel van een *constitutum possessorium*? Bartolus laat geen twijfel bestaan over zijn antwoord: wanneer men eenmaal heeft beseft dat het *constitutum possessorium* de overdracht van het *civiele* bezit tot onderwerp heeft, dan spreekt het vanzelf dat dit *civiele* bezit door middel van een *constitutum possessorium* kan worden overgedragen, zelfs wanneer een ander dan de vervreemder de detentie heeft:

Bartolus, t.a.p.: *Pone, quod fundum aliquem tantum possideo civiliter et tunc constituendo me tuo nomine possidere transfero in te civilem.*

(Vert.: Stel dat ik van een stuk grond slechts het burgerlijk bezit heb; ook dan verschaf ik aan u het burgerlijk bezit door middel van een "*constitutum possessorium*").

Naar wij reeds opmerkten hebben de Romeinen zich - vreemd genoeg overigens - nauwelijks uitgelaten over de bezitsverschaffing van een goed dat voor de vervreemder door een derde wordt gehouden. Bartolus beschikte derhalve niet over een duidelijke tekst waarop hij zijn opinie kon baseren. Nu is er in de oude toverhoed van het *Corpus Iuris* altijd wel een tekst te vinden waaruit men, mits men bereid is extensief te interpreteren, het gewenste kan afleiden en Bartolus meende enige teksten te hebben gevonden: het zijn D. 6,1,77 en 41,2,30,6. Hij bouwde zijn betoog rond een glosse op D. 43,16,1,45 die daarom voor een goed begrip van zijn beschouwing onmisbaar is. Zij luidt als volgt:

4. Bartolus t.a.p. f 100 l.kol.: *Pone quod possideo naturaliter et civiliter per me ipsum tunc constituendo me tuo nomine possidere, te facio possessorem sine dubio, ut hic.* (Vert.: Stel dat ik zowel het natuurlijk als het burgerlijk bezit voor mijzelf heb, dan maak ik u door middel van een "*constitutum possessorium*" ongetwijfeld tot bezitter, zoals hier (bedoeld is D. 41,2,18.)).

(gl. "retineo" ad D. 43,16,1,45)

Retineo] hoc est planum in ea possessione quam eorum scilicet corpore et animo possideo: ut peculiariter. Si autem meo animo, et eorum corpore: et sic ciuilem per me, naturalem retineam per eos: et tunc idem. Nam cum retineam naturalem per colonos, et similiter etiam ciuilem, non videor amisisse: quia ex mixta naturali, utpote digniori. Domino ergo expulso, neutra perditur: ut hic. sed colono expulso, tunc utraque perditur: quasi ciuilis concomitetur naturalem amissam: vel quia in coloni persona repraesentatur dominus: ut supra de adquir. poss. l. peregre, quibus et l. quod seruus. Sed licet domino solo deiecto non perdat dominus: secus tamen si sua voluntate spontanea alij tradat: licet colonus non eius, sed meo nomine velit retinere. Item et ideo retineo ego deiectus per colonum quia si perdo per eum deiectum, multo magis retineo per eum non deiectum.

(Vert.: Ik (...) het bezit behoud] dat is duidelijk bij dat bezit dat ik heb van dingen die ik feitelijk en voor mijzelf onder mij houd: zoals dat in de regel het geval is. Maar als ik enkel door mijn wil en door hun feitelijk houderschap bezit en zo het burgerlijk bezit door middel van mijzelf en het feitelijk bezit door middel van hen behoud, dan geldt hetzelfde. Want daar ik het feitelijk bezit door middel van de pachters behoud, behoud ik tegelijkertijd ook het burgerlijk bezit en schijn ik dat niet verloren te hebben: omdat het immers uit een gemengd (nl. met het feitelijke) bezit bestaat en daardoor sterker is. Wanneer derhalve de eigenaar het feitelijk bezit wordt ontnomen gaat géén van beide (nl. *nóch* zijn burgerlijk bezit, *nóch* zijn feitelijk bezit) verloren. Maar wanneer de pachter het bezit wordt ontnomen, dan gaan beide verloren aangezien het verlies van het burgerlijk bezit een gevolg is van het verlies van het feitelijk bezit en omdat de eigenaar wordt vertegenwoordigd door de pachter (zie D. 41,2,44,2 en 24). Maar terwijl wanneer alléén de eigenaar het bezit wordt ontnomen deze dit niet verliest, is het toch anders wanneer hij dit vrijwillig aan een derde verschaft: zelfs wanneer de pachter niet voor hem, maar voor mij wil houden. En daarom behoud ik, wanneer mij het bezit is ontnomen, dat door middel van de pachter, omdat ik, terwijl ik het bezit verlies wanneer hem het bezit wordt ontnomen, dit veeleer behoud door middel van hem wanneer hem het bezit niet is ontnomen).

De glosse maakt expliciet dat het burgerlijk bezit van een eigenaar blijft bestaan wanneer het feitelijk bezit voor hem door een houder wordt geoeftend en dat hierin niets verandert wanneer hem persoonlijk het feitelijk bezit wordt ontnomen, mits de houder in het feitelijk bezit blijft. Het burgerlijk bezit is, met andere woorden, een afgeleide van het feitelijk bezit. De eigenaar van een goed dat door een derde wordt gehouden behoudt daarom het burgerlijk bezit zolang het feitelijk bezit voor hem door de derde wordt gehouden. De eigenaar wiens goed zich onder een houder

bevindt verliest echter het burgerlijk bezit niet alléén doordat het feitelijk bezit aan zijn houder wordt ontnomen: hij verliest het ook wanneer hij het bezit vrijwillig aan een derde afstaat en dit zelfs dán wanneer de houder *niet* voor de verkrijger maar nog steeds voor de vervreemder wil houden(5)! Bartolus noemt deze glosse "*valde singularis*", zéér opmerkelijk(6). De laatst besproken stelling immers, inhoudende dat de burgerlijk bezitter het bezit kan verschaffen door een enkele overeenkomst zonder dat de overgang van het *burgerlijk* bezit op enigerlei wijze wordt belemmerd door de wil van de houder, wordt door de glosse niet met bewijsplaatsen onderbouwd (*nil allegat*). De stelling bovendien dat het burgerlijk bezit moet worden opgevat als een afgeleide van het "*natuurlijk*", het feitelijk bezit wordt door Bartolus niet onderschreven. Immers: indien dit juist ware, zou men het burgerlijk bezit van een zaak die zich onder een houder bevindt *niet* kunnen overdragen door middel van een *constitutum possessorium*(7). Bartolus beroept zich voor zijn gevoelens dat men het burgerlijk bezit van een zaak die zich onder een derde bevindt, zou kunnen overdragen door middel van een *constitutum possessorium* op D. 6,1,77. De vrouw immers die op deze plaats haar grond schenkt door middel van een enkele wilsverklaring bevond zich, zo nam althans Bartolus aan, ten tijde van die schenking *niet* in het feitelijk bezit daarvan. Zij had, met andere woorden, slechts het burgerlijk bezit en de tekst sanctioneert deze overdracht(8). Vervolgens verwijst hij naar de glosse op D. 43,16,1, 45; daar immers wordt "*valde singulariter*" opgemerkt dat iemand die het burgerlijk bezit heeft door middel van een derde die voor hem houdt dit burgerlijk bezit *sua voluntate*, door een enkele wilsverklaring, kan overdragen. Nu zal men hierbij, zo vervolgt Bartolus zijn betoog, wellicht willen opmerken dat deze glosse geen enkele bewijskracht heeft omdat zij deze daarin neergelegde opvatting niet steunt door bewijsplaatsen. Toch is er zo'n bewijsplaats en wel D. 41,2,30,6(9). Deze tekst is de grondslag gebleven waarop het leerstuk van

5. Als de glosse de HR in zijn arrest d.d. 1 nov. 1929, NJ 1929, 1745 (Proehl & Gutmann).

6. t.a.p.

7. Bartolus, t.a.p. f. 165 recto, r.kol. ad D. 43,16,1: *Contra hoc oppono, quod si hoc est verum sequeretur quod constituendo me tuo nomine possidere, non transferrem possessionem in te, quam retineo per colonum, quod est contra legem.* (Vert.: Daartegenover stel ik dat, indien dit juist ware daaruit zou voortvloeien dat ik door middel van een *constitutum possessorium* niet aan u het bezit zou kunnen verschaffen van een zaak die ik door middel van een pachter bezit, hetgeen in strijd is met de wet).

8. Bartolus, t.a.p. f. 100 ad D. 42,1,18: *ibi expresse loquitur in ea quae tantum civiliter possidebat: apparet: quia non erat in fundo* (Vert.: Daar (nl. in D. 6,1,77) is uitdrukkelijk sprake van een vrouw die slechts het burgerlijk bezit had: dat is duidelijk: aangezien zij niet op het grondstuk was).

9. Bartolus t.a.p.: *Sed dices tu: non curo: quia nihil allegat illa glossa. Sed do tibi legem pro ea: infra l. quod universas, § si.* (Vert.: Maar u zult zeggen: dat deert mij niet: aangezien die glosse geen bewijsplaatsen bevat. Maar ik zal u in plaats daarvan een wettekst geven: hieronder D. 41,2,30,6.).

de bezitsverschaffing van goederen die zich onder een derde bevinden werd gegrondvest. Hij luidt als volgt:

Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo, et idem erit, si colonus meus fundum locaverit aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit.

(Vert.: 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).

De tekst leert dat de bezitter die zijn zaak aan een houder heeft afgestaan, het (burgerlijk) bezit behoudt, wanneer de houder de zaak aan een andere houder in bewaring, in bruikleen of iets van dien aard geeft en dit zelfs dan wanneer de "onder"-houder niet weet dat zijn contractspartij geen bezitter, maar zelf houder is. Met andere woorden, zelfs dan wanneer de "onder"-houder niet wil houden voor de burgerlijk bezitter, maar voor de houder! Zo is het ook bij de bezitsverschaffing door middel van *constitutum possessorium* van een zaak die zich onder een houder bevindt. De burgerlijk bezitter verklaart van nu af te willen houden voor de verkrijger en degene die het goed onder zich houdt "onderhoudt" daardoor het burgerlijk bezit van de verkrijger. De vraag of hij nu weet of niet weet dat degene voor wie hij tot dusverre hield voor een ander is begonnen te houden is hierbij irrelevant(10).

Zo is dan de bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een derde bevindt in het gemene recht doorgedrongen. De ten tijde van het Ancien Régime heersende leer vindt men samengevat in de monografie *De Constituto Possessorio* van de Franse jurist André Tiraqueau (Andreas Tiraquellus (1480-1558)), het standaardwerk waarnaar voor vragen in verband met het *constitutum possessorium* placht te worden verwezen(11). Tiraqueau nu volstaat met het weergeven van Bartolus' opvattingen hieromtrent:

Amplia sexto, ut non solum possessionem, quam per nos ipsos tenemus, sed et quam per colonum, servum, eum qui precario rogavit procuratorem et alios id genus retinemus, in alium per

10. Bartolus, t.a.p.: *constituendo me tuo nomine possidere, constituo me tuum colonum et sic colonus meus qui est tertius per eum et me possidebit: licet ignoret ille colonus* (Vert.: Door te verklaren dat ik voor u ben begonnen te bezitten, maak ik mij tot uw pachter en zo zal dan mijn pachter, die een derde is, voor hem en mij bezitten, zelfs wanneer die pachter dat niet weet).

11. Zie bijv. Joh. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 41,2,13, die voor de praktische toepassingen van het *constitutum possessorium* volstaat met een verwijzing naar Tiraqueau en daarom ook afziet van een behandeling van de bezitsverschaffing van goederen die zich onder een houder bevinden.

huiusmodi constitutum transferamus, ex sententia gl. in l.1, § non autem, in verbo, retineo, D. de vi et vi armata quam sic intellegit, sequitur et dicit sing. Bartolus ibi, *verbis contra hoc oppono* ubi et hoc quoque: dicit procedere etiam si animus coloni ad id non concurrat et ipse Bartolus in l. *quod meo*

(Vert.: In de zesde plaats moet men onze stelling als volgt uitbreiden, nl. dat wij niet alleen het bezit dat wij door middel van onszelf houden, maar ook dat wat wij bezitten door middel van een pachter, een slaaf en degene die ter bede heeft verkregen en anderen van dit soort, door middel van een dergelijk besluit (d.w.z. een "constitutum possessorium") kunnen overdragen, op grond van de interpretatie van de glosse op D. 43,16,1, 45 bij het woord "retineo", zoals met name Bartolus t.a.p., bij de woorden "contra hoc oppono" die begrijpt, volgt en behandelt, waar men ook het volgende vindt: zij zegt dat de overdracht ook plaatsvindt als de wil van de pachter daarmee niet overeenstemt en zo ook Bartolus zelf bij D. 41,2,18)(12).

Wij kunnen samenvatten. Het was sinds Bartolus en tot aan het verschijnen onzer codificaties "trite learning" dat het bezit en diensgevolge de eigendom van een zaak die zich onder een derde-houder bevindt, kan worden overgedragen. Deze bezitsoverdracht geschiedde door middel van constitutum possessorium. Een bijzondere vorm was voor dit constitutum possessorium niet voorgeschreven: het geschiedde door de enkele wils-overeenstemming tussen tradens en accipiens en kwam onafhankelijk van de wil van de houder tot stand. Terzijde zij hier opgemerkt dat de uitdrukking "traditio longa manu" voor deze vorm van bezitsverschaffing nimmer werd gebruikt. Onder "longa manu tradere" verstond men iets geheel anders, nl. de overgifte van goederen die te zwaar of anderszins te onhandelbaar waren om door daadwerkelijke overgifte over te dragen. Zo, bijvoorbeeld, de bezitsverschaffing van onroerend goed door middel van een "demonstratio ex turre", d.w.z. door het aanwijzen van de grenzen(13); het uittellen van geldstukken onder de ogen van de ontvanger(14); het aanwijzen van zuilen die te zwaar zijn om te verplaatsen, het overdragen van de sleutels van de kelder waarin zich de geleverde wijn bevindt etc.(15). Ook het boven dit opstel geplaatste bijbelcitaat werd dikwijls aangevoerd als voorbeeld van een

12. *Tractatus de iure constituti possessorii*, pars II, ampl. 6, n.1; in: *Andreae Tiraquelli Opera Omnia*, Tom. IV (Frankfurt 1597) blz. 119.

13. Zie D. 41,2,18,2.

14. D. 46,3,79. Het begrip "traditio longa manu" komt uit deze tekst: nadat is uiteengezet dat het uittellen van geldstukken onder de ogen van de ontvanger een geldige betaling is en dat de ontvanger daarvan het bezit heeft verworven, vervolgt de tekst: nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est (Vert.: want dan, alhoewel het bezit van die zaak door niemand feitelijk wordt gehouden, heb ik haar verkregen en moet zij worden geacht op de een of andere wijze "met de lange hand" te zijn geleverd).

15. D. 41,2,1,21, vgl. art. 667, lid 1 BW.

"traditio longa manu", waarbij overigens werd opgemerkt dat daardoor in dit geval géén eigendom kon overgaan: *quia nil proprium hic fuit diaboli*(16). Met de bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een derde bevindt heeft, zoveel moge duidelijk zijn geworden, de gemeenrechtelijke "traditio longa manu" niets uitstaande. Men deed er goed aan deze term ter aanduiding van die vorm van bezitsverschaffing te vermijden: er wordt veel aan duidelijkheid gewonnen door haar dáár onder te brengen waar zij niet alleen historisch, maar ook dogmatisch thuishoort: bij het constitutum possessorium!

II. Pandektistiek en BGB

De negentiende-eeuwse Duitse pandektisten behielden de gemeenrechtelijke theorie dat het bezit *corpore et animo*, d.w.z. door een feitelijke handeling gepaard gaande aan de wil de zaak voor zichzelf te behouden, wordt verkregen(17) en dat het, nadat het aldus is verkregen, *animo* wordt behouden(18). Men kan daarom de feitelijke heerschappij, de enkele detentie, door een ander laten uitoefenen, zonder zelf het bezit te verliezen(19). De consequentie van deze voorstelling is dat de bezitter die zelf geen detentie heeft het bezit kan overdragen door middel van constitutum possessorium(20). Deze gemeenrechtelijke visie scheidt het bezit van de detentie, de feitelijke heerschappij, en maakt dat dientengevolge vatbaar voor een incorporele vorm van overdracht - het constitutum possessorium - die, mits er is voldaan aan de andere vereisten welke aan een geldige eigendoms-overdracht zijn gesteld, tevens de overgang van de eigendom ten gevolge heeft. Het bezit wordt, met andere woorden, geabstraheerd van de detentie en bestaat enkel uit een wilstoestand, de *animus possidendi*, die door wils-wijziging, het constitutum possessorium, kan resulteren in een overgang van het bezit zonder dat die gepaard behoeft te gaan aan een verandering in de feitelijke machtsverhoudingen. Deze overgang van het bezit door middel van constitutum possessorium werd door Savigny en in zijn voetspoor de meeste andere pandektisten gezien als een bezitsverkrijging door middel van een vertegenwoordiger(21); de tradens immers geeft door middel van zijn "bezitsbesluit" te kennen niet meer voor zich, maar voor de accipiens te willen houden en verschaft daardoor als "Stellvertreter im Besitz"(22) het burger-

16. Zie Bierman, t.a.p. blz. 233.

17. Vgl. D. 41,2,3,1 en Windscheid-Kipp, *Lehrbuch der Pandekten* I (Frankfurt a. M. 1900) § 153 vv.

18. Vgl. D. 41,2,30,5 en Windscheid-Kipp, t.a.p.

19. Zie Savigny, *Das Recht des Besitzes* (7e dr., 1865) § 33 blz. 362, met verwijzing naar D. 43,16,1, 45.

20. Savigny, t.a.p.: "Ebenso kann (...) der Verpachter seine Sache einem Dritten verkaufen, und zugleich von ihm pachten, so dass der durch Repraesentation ausgeübte Besitz, wie jeder andere, durch blosses Constitutum übertragen werden kann".

21. Savigny, t.a.p.; vgl. daarnaast nog Dernburg, *Pandekten* I (Berlijn 1894) § 181 en Windscheid-Kipp, t.a.p. § 155.

22. Dernburg t.a.p.

lijk bezit aan de accipiens(23). De overgang van het bezit en diensten-gevolge - onder zekere bijkomende voorwaarden ("dinglicher Vertrag" en beschikkingsbevoegdheid) - de eigendom kwam een aantal oudere schrijvers suspect voor: zij leek in strijd met het grote beginsel van C. 2,3,20(24) krachtens hetwelk eigendom overgaat door over-gifte en niet op grond van vormloze overeenkomsten zoals het constitutum possessorium. Men zag zich echter in het licht van overduidelijke bepalingen als D. 41,2,18 gedwongen het constitutum possessorium als een *uitzondering* te erkennen(25). Savigny evenwel betoogde met recht dat men de aan de levering als titel ten grondslag liggende overeenkomst dient te onderscheiden van de overeenkomst waardoor het bezit wordt overgedragen(26). In C. 2,3,20 wordt slechts betoogd dat eigendom nimmer overgaat "par l'effet des obligations"; *niet* echter dat dit recht niet zou kunnen overgaan door een overeenkomst ter uitvoering van de titel (het constitutum possessorium). Wanneer men eenmaal heeft bedacht dat het constitutum possessorium géén wijze van *eigendomsoverdracht*, maar een vorm van *bezitsverschaffing* is, dan verliest het zijn "exceptionele" aard en kan het als wijze van bezitsverschaffing door middel van een vertegenwoordiger op eenvoudige wijze worden verklaard. Het constitutum possessorium vindt zijn grondslag in de "Besitzwille des Stellvertreters" (d.i. de tradens) en doordat het burgerlijk bezit diende te worden onderscheiden van de feitelijke detentie kon het burgerlijk bezit óók door middel van constitutum possessorium worden verschaft wanneer de tradens niet de detentor was(27).

De gedachte dat men door middel van constitutum possessorium zelfs die goederen kon leveren welke voor de tradens door een derde werden gehouden, is echter niet onweersproken gebleven. Zo spreekt zich met name Windscheid hiertegen uit(28). Hij acht het constitutum possessorium slechts toelaatbaar in die gevallen waarin de tradens niet alléén burgerlijk bezitter,

23. De theorie is overigens al zeer oud; zij schijnt reeds te zijn verdedigd door de Bolognese hoogleraar Azo: zie Bierman, *Traditio ficta* (Stuttgart 1891) blz. 52 vv en 190 vv.

24. C. 2,3,20: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur (Vert.: Eigendomsrechten aan goederen worden verkregen door levering en verkrijgende verjaring, niet door de werking van vormloze overeenkomsten).

25. Savigny t.a.p. (§ 27) "etwas sehr seltsames". Savigny verwijst hier naar een aantal oudere, gemeenrechtelijke auteurs, waaronder Thibaut (zie Bierman, t.a.p. blz. 261), die bepaald afwijzend tegenover het constitutum possessorium stonden (vgl. ook Gordon, t.a.p. blz. 184 v). Terzijde zij hier medegedeeld dat het lot van het boek van Tiraqueau was bezegeld door Savigny's waardeoordeel "völlig unbrauchbar" (t.a.p. § 27, blz. 322).

26. t.a.p. § 27.

27. Savigny, t.a.p.: "nichts besonderes".

28. T.a.p. § 155, Anm. 8^c.

maar óók detentor is(29). Desalniettemin besliste het voormalige "Reichsgericht" ten gunste van de leer van Savigny:

Für das gemeine Recht ist derjenigen Ansicht beizutreten, welche annimmt, dass es beim constitutum possessorium nicht darauf ankommt, ob der bisherige Besitzer die Detention an der Sache selbst ausübt, oder durch andere (Mieter, Verwahrer etc.) ausüben lässt. Zutreffend führt Randa(30) aus, das durch den Detentor der Sache vermittelte Machtverhältnis zur Sache werde dadurch nicht berührt dass der Besitzer einverständlich mit einem neuen Erwerber sich entschliesst, die Sache in Zukunft für diesen zu besitzen. Der Detentor will für seinen Vormann detinieren, und somit diesem die Verfügung über die Sache offen halten: Sache des letzteren ist es, ob er die Herrschaft über die Sache für sich oder einen Anderen haben will. Denselben Gedanken führt v. Savigny(31) unter Hinweis darauf aus, dass die Repräsentation in Besitze durch mehrere Personen hindurch gehen kann(32).

Daarmede was de bezitsverschaffing door de burgerlijk bezitter van een goed dat zich onder een derde-houder bevindt middels een constitutum possessorium uitdrukkelijk erkend(33). De vraag rijst nu welke bijzondere vormvereisten aan dit constitutum possessorium waren gesteld. Was het, bijvoorbeeld, noodzakelijk dat aan de derde houder werd medegedeeld dat het goed dat hij voor A hield door deze constituto possessorio aan B was vervreemd? Het antwoord op deze vraag ligt eigenlijk, na al het voorafgaande, voor de hand. Het constitutum possessorium komt, wanneer de vervreemder zelf detentor is, tot stand door zijn wilsverklaring het goed voortaan voor de verkrijger te willen houden. Het is daarom voor de overgang van het burgerlijk bezit irrelevant of de derde-houder wel of niet voor de verkrijger wil houden: zelfs wanneer de daadwerkelijke detentor na het constitutum possessorium aanneemt dat zijn contractspartij nog steeds burgerlijk bezitter is, wordt hierdoor de geldigheid van de bezitsverschaffing niet beïnvloed(34). Men dient hierbij nog het volgende te bedenken. Wanneer de detentor reeds vóór het constitutum possessorium heeft opgehouden te bezitten voor zijn contractspartij en de heerschappij over het

29. "Es muss vorliegen, dass, wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben worden sein würde". Zo ook Kohler, *Vertrag und Uebergabe* in *Archiv für bürgerliches Recht* XVIII (Berlijn 1900) blz. 66 vv.

30. *Der Besitz* (4e dr., Leipzig 1895) blz. 557 vv.

31. *Das Recht des Besitzes*, (7e dr., Wenen 1865) blz. 362.

32. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen* 11, 57 (uitspraak van 15 februari 1884).

33. Zie ook instemmend Dernburg, *Pandekten* I § 181 Anm. 7.

34. Vgl. D. 41,2,30,6 en Randa, t.a.p. blz. 557.

aan hem toevertrouwde goed heeft overgedragen aan een ander(35), dan heeft de eigenaar zijn burgerlijk bezit verloren doordat zijn "Stellvertreter im Besitz" de feitelijke heerschappij heeft verloren en kan hij dat niet meer door middel van constitutum possessorium overdragen(36). Wanneer de detentor ná het constitutum possessorium het door hem gehouden goed aan een ander vervreemdt door een feitelijke overgifte, verliest de verkrijger weliswaar zijn bezit, maar *niet* zijn eigendom. Hij kan het goed dus in beginsel onder de bezitter revindiceren(37).

De hierboven in het kort geschetste pandektistische leer in verband met het vraagstuk dat ons bezighoudt, schijnt op het eerste gezicht haar weg niet in het BGB te hebben gevonden. De oorzaak van deze indruk is dat de gemeenrechtelijke bezitsleer, waarvan zij immers een afgeleide is, schijnbaar niet in het BGB werd overgenomen. De theorie immers dat het bezit van goederen die zich onder een derde-houder bevinden kan worden overgedragen door middel van constitutum possessorium, is gebaseerd op het onderscheid tussen bezit en detentie, op de veronderstelling dat bezit zonder detentie en detentie zonder bezit denkbaar is. Deze theorie nu is, zij het slechts gedeeltelijk, in Duitsland bezweken onder de mokerslagen van Ihering(38) en wel juist naar aanleiding van ons probleem!

Ihering schetst in het boek waarin hij zijn frontale aanval op de "Begriffs-jurisprudenz" inzette de hierboven uiteengezette pandektistische leer van het constitutum possessorium en de bezitsverschaffing van goederen die zich onder een derde-houder bevinden en schrijft dan:

Reicht die blossie Absicht als Stellvertreter für Jemanden den Besitz zu erwerben, aus, was sollte es verschlagen, ob sich die Sache bei einem Dritten befindet oder beim Stellvertreten selber? Was sie dort vermag, vermag sie auch hier. Der einzige Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, dass die Stellvertretung dort selbständig auftritt, hier ein zwischen beiden Parteien bereits bestehendes Rechtsverhältnis vorfindet,

35. Men bedenke wél dat de detentor het goed op zijn beurt *niet* d.m.v. constitutum possessorium aan een ander kan overdragen. Dit immers is een reeds naar Romeins recht ontoelaatbare *mutatio causae possessionis* (D. 42,1,19,1).

36. Zie reeds Savigny, a.w. § 33.

37. Het is, zo zij hier terzijde nog opgemerkt, nagenoeg ondenkbaar dat de burgerlijk bezitter zijn bezit verliest *aan de detentor*. Hoe immers moet men zich dit bezitsverlies voorstellen? De detentor kan zich niet door enkele wilswijziging van detentor tot possessor maken (ontoelaatbare interversie van het bezit; zie noot 35). Zelfs dus wanneer de detentor niet meer voor de burgerlijk bezitter wil houden, kan de laatste zijn burgerlijk bezit nog steeds d.m.v. constitutum possessorium aan een derde overdragen. Anders wordt dit eerst wanneer de detentor *feiten* stelt die zich niet verdragen met zijn houderschap, bijvoorbeeld door de zaak te vernietigen, te veranderen, of *feitelijk* aan een ander dan de burgerlijk bezitter over te dragen.

38. *Der Besitzwille* (Jena 1889).

dem sie sich anschmiegt (...) Logisch vollkommen richtig und dennoch verkehrt(39).

Ihering vervolgt zijn betoog met een uiteenzetting waarin hij aannemelijk tracht te maken dat de Romeinen zelf nimmer de verregaande consequenties aan D. 41,2,18 pr hebben verbonden welke daaraan door de commentatoren en pandektisten zijn gehecht: het zgn. "constitutum possessorium" zou slechts in een beperkt aantal gevallen zijn toegestaan(40). Hij zelf zou *de jure constituendo* het constitutum possessorium slechts zeer beperkt willen toelaten(41).

Ihering 's voornaamste bezwaar tegen de pandektistische bezitsleer betrof het op de *animus possidendi* (de "Besitzwille") gebaseerde onderscheid tussen houderschap en bezit, *detentio* en *possessio*. Deze bezwaren werden in het BGB verwerkt: was in het oorspronkelijke ontwerp ("der kleine Windscheid") nog de gemeenrechtelijke bezitsleer overgenomen, in de uiteindelijke codificatie werd een geheel ander systeem geïntroduceerd(42). Het bezit in juridische zin werd zoveel mogelijk gelijkgeschakeld met detentie, zodat het gemeenrechtelijke onderscheid tussen bezit en detentie wegviel. In het geval waarin naar de gemeenrechtelijke leer de feitelijke heerschappij voor de burgerlijke bezitter door een detentor werd geoefend zijn naar het BGB *beiden* - burgerlijke bezitter én detentor - bezitter: de detentor is "unmittelbarer Besitzer" en de burgerlijk bezitter is "mittelbarer Besitzer"(43). Bezitsverschaffing werd hierdoor overgifte van de feitelijke heerschappij over een zaak(44), die slechts achterwege kon blijven wanneer de verkrijger zelf reeds bezitter was (*traditio brevi manu*)(45). De voor de eigendomsovergang van roerend goed krachtens § 929 BGB vereiste overgifte van de zaak kon echter óók, ondanks Iherings bezwaren, worden vervangen door een constitutum possessorium: (§ 930) "Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kan die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der

39. A.w. blz. 212.

40. Het verdient te worden opgemerkt dat Iherings voornaamste bezwaar tegen de logische gevolgtrekkingen welke uit D. 41,2,18 pr werden gemaakt in wezen neerkomt op de constatering dat de regel van C. 2,3,20 (zie hierboven n. 24; vgl. ook D. 44,7,3 pr) tot een loze letter zou zijn geworden wanneer het constitutum possessorium in het Romeinse recht onbeperkt toelaatbaar zou zijn geweest. Hij schaarde zich daardoor in een lange rij juristen die het constitutum possessorium - Azo's *mirabile mundi* - juist om deze reden wantrouwden; zie ook hierboven bij noot 25.

41. A.w. blz. 226: "das Constitutum possessorium, das mirabele mundi, ist ein höchst gefährliches Institut, das der Gesetzgeber wohlthun wird in die engsten Grenzen einzuschliessen, es könnten ihm sonst bittere Erfahrungen damit beschieden sein".

42. Zie hierover Mugdan, *Die gesammten Materialien zum BGB, Sachenrecht* (Berlijn 1899) blz. 502 vv.

43. Vgl. de §§ 854 vv. BGB.

44. § 854, Abs. 1 BGB.

45. § 854, Abs. 2 BGB.

Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt"(46)! Nu rijst natuurlijk de vraag of onder *dit* constitutum possessorium ook de overdracht kon worden begrepen van een goed dat zich onder een derde-houder bevindt. De indruk wordt gevestigd dat dit niet het geval is; § 931 BGB namelijk luidt als volgt:

Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

§ 931 was in het eerste ontwerp nog niet voorzien: daarin was voor ons geval een geheel andersluidende bepaling opgenomen:

Die in der Innehabung eines Andern befindliche Sache kann von dem Besitzer einem Dritten dadurch übergeben werden, dass der bisherige Besitzer den Inhaber anweist, die tatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben, und dieser gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Inhaber den Besitzwillen erklärt. Der Besitz wird von dem Dritten nicht erworben, wenn der Inhaber unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Dritten der Anweisung widerspricht(47).

Deze, inderdaad tamelijk ingewikkelde constructie werd afgewezen omdat zij de eigendomsovergang van een zaak die zich onder een houder(48) bevindt afhankelijk maakt van de wil van de houder, terwijl toch, zo overwoog men, de eigendomsovergang een zaak is tussen vervreemder en verkrijger die het belang van de houder niet raakt en derhalve ook niet van zijn toestemming

46. De bepaling schijnt door haar formulering een einde te willen maken aan een eeuwenoud conflict over de juridische natuur van het constitutum possessorium: was het een abstracte of causale wijze van bezitsverschaffing? Kon men, anders gezegd, door constitutum possessorium bezit verschaffen zonder dat dit gepaard ging aan een geldige overeenkomst waardoor het houderschap van de vervreemder werd beheerst (huur, bruikleen, bewaargeving o.i.d.)? Het BGB lijkt deze controverse in causale zin te beslissen door te eisen dat het constitutum possessorium bestaat uit de constituerende van een rechtsbetrekking tussen tradens en accipiens, krachtens welke de eerste voor de laatste houdt. Desalniettemin wordt de strijd tot aan de dag van vandaag voortgezet: zie, in plaats van anderen, Staudinger, *Kommentar zum BGB* (12e dr. Berlijn 1987) § 930, no. 14 vv.

47. I § 804; zie Mugdan, t.a.p. blz. IV, 52 en 53. De bepaling was ontleend aan het Pruisische Allgemeine Landrecht I, 7, § 66 en § 67, dat het constitutum possessorium beperkte tot het geval waarin de vervreemder zelf detentor was.

48. Er zij op gewezen dat deze wetsbepaling nog was ingebed in het gemeenrechtelijke systeem van het "Erster Entwurf" dat bezit en detentie onderscheidde (zie hierboven bij noot 42).

afhankelijk moet worden gemaakt(49). In plaats hiervan werd een geheel andere constructie gekozen: cessie van de vordering tot afgifte welke de vervreemder tegen de "unmittelbarer Besitzer" heeft(50). Deze cessie van de zgn. "Herausgabeanspruch" fungeert als wijze van bezitsverschaffing(51). De eigendom gaat, met andere woorden, over op het tijdstip waarop verkrijger en vervreemder het eens zijn geworden over de eigendomsoverdracht(52) en er een cessie - die naar § 398 BGB volledig vormloos tot stand komt - heeft plaatsgevonden: een afzonderlijke inbezitneming is voor de eigendomsverkrijging niet meer noodzakelijk. Nu rijst de vraag of deze vorm van eigendomsoverdracht van roerende goederen die zich onder een derde bevinden andere vormen van overdracht uitsluit; in het bijzonder of naast de eigendomsoverdracht door middel van cessie van de vordering tot afgifte een bezitsverschaffing van het zich onder een derde bevindende goed door middel van een constitutum possessorium kan plaatsvinden. Het opmerkelijke verschijnsel doet zich voor dat tijdens de beraadslagingen over de latere § 931 van één zijde inderdaad naar voren werd gebracht dat het artikel het misverstand zou kunnen wekken dat de eigendomsoverdracht van goederen die zich slechts in het "mittelbarer Besitz" van de vervreemder bevinden alléén op de in § 931 geregelde wijze zou kunnen plaatsvinden. Daarnaast echter zou in dit geval óók een eigendomsoverdracht constituto possessorio mogelijk moeten zijn en tevens een overdracht door middel van een "Anweisung" op de in de oorspronkelijke § 804 voorziene wijze. De commissie weersprak deze opmerkingen *niet* (!) en liet het aan de redactie-commissie over die te verwerken(53). De opvatting dat het bezit en daardoor óók de eigendom van roerende goederen die zich onder een houder bevinden niet alleen op de in § 931 voorgeschreven wijze kan worden overgedragen, maar tévens - zoals in het gemene recht - door middel van constitutum possessorium, wordt reeds als geldend recht weergegeven in één der eerste grote BGB-commentaren - dat van Planck(54) - en is ook tegenwoordig algemeen heersende leer(55). Zo heeft het BGB de oude gemeenrechtelijke leer over

49. Mugdan, t.a.p. blz. 628. Zie over dit punt nader hieronder blz. 102 ev.

50. De pandektistiek erkende dat eigendomsoverdracht van goederen waarvan de vervreemder niet (meer) het bezit had mogelijk was door cessie van de revindicatie en in bezitneming van de gerevindiceerde zaak door de cessionaris: Ihering in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Ihering's *Jahrbücher*) I blz. 119 en, instemmend, Windscheid-Kipp, *Lehrbuch* II § 337⁶) en ook Bähr, *Iherings Jahrbücher* I blz. 444. De gedachte dat een dergelijke eigendomsoverdracht óók zou kunnen plaatsvinden door cessie van de *persoonlijke* vordering tot afgifte was het gemene recht echter vreemd.

51. Vgl. § 870: "Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird".

52. De zakelijke overeenkomst ("Einigung") van § 929 BGB.

53. Mugdan, t.a.p. blz. 629.

54. G. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz* III.B. (Berlijn 1902), § 931, 2.

55. Zie, in plaats van anderen, Staudinger, t.a.p. § 930, no. 9.

de bezitsverschaffing van goederen die zich onder een derde-houder bevinden weliswaar niet gecodificeerd, maar ook niet uitgesloten: nog steeds kan roerend goed dat zich onder een houder bevindt door de "mittelbarer Besitzer" worden geleverd middels het "Besitzkonstitut"!

Er dient evenwel, zeker in verband met de discussie zoals die ten onzent is gevoerd, op het volgende te worden gewezen.

Vóór de invoering van het BGB gold in de meeste Duitse gebieden niet de regel "koop breekt geen huur", maar de tegenovergestelde regel: "koop breekt huur"(56). Men kwam daarom dikwijls met de koper overeen dat de huurovereenkomst tussen deze en de huurder zou worden voortgezet; gebeurde dit echter niet, dan kon de koper op grond van zijn zakelijk recht de huurder de heerschappij van het door deze gehuurde goed ontnemen, in welk geval de laatstgenoemde de oorspronkelijke eigenaar/verhuurder kon aanspreken op grond van wanprestatie(57). Het is voorgekomen dat, op grond van dit gegeven, een verhuurd stuk onroerend goed door middel van constitutum possessorium aan een stroman in eigendom werd overgedragen, die de huurder op grond van zijn zakelijk recht verwijderde en de grond daarop terugleverde aan de vervreemder(58). Van een wijd verspreid misbruik van het constitutum possessorium in deze gevallen was echter geen sprake, hetgeen geen verbazing behoeft te wekken wanneer men bedenkt dat een verhuurder die bij de vervreemding van door hem verhuurde goederen géén beding maakt ten gunste van de huurder - dat géén nietig derdenbeding is omdat hij het mede voor zich maakt - zich haast per definitie blootstelt aan een schadevergoedingsactie. Bij de invoering van het BGB werd echter het gemeenrechtelijke beginsel dat gebruiksrechten op goederen welke zijn gebaseerd op een persoonlijk recht (huur, bruikleen, bewaargeving etc.) niet kunnen worden ingeroepen tegen een opvolger onder bijzondere titel verlaten en in § 986, Abs. 2 BGB het algemene beginsel neergelegd dat "der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist (...) dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen (kann), welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen". Het hier weergegeven principe relativeert het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten, doordat het aan persoonlijke detentierechten een zekere mate van derdenwerking toekent omdat zij ook werken tegenover een nieuwe eigenaar(59). De regel van §

56. Vgl. C. 4,65,9 en Windscheid-Kipp, *Lehrbuch* II § 400.

57. Vgl. D. 19,2,25,1 en Windscheid-Kipp, t.a.p. Anm. 7. Zie ook hieronder blz. 120 en n. 126.

58. Zie hierover Ruhstrat, *Iherings Jahrbücher* 14 (1875) blz. 341. Deze schrijver bestrijdt met het oog op dit misbruik de gedachte dat de eigendom van goederen die zich onder een houder bevinden door een enkel constitutum possessorium zonder medewerking van de houder, zouden kunnen worden overgedragen. Anders echter RG 11, 57 (hierboven blz. 98).

59. Hiertoe beperkt zich de "zakelijke" werking van § 986, Abs. 2 BGB: zie hierover Wolff-Raiser, *Sachenrecht* (Tübingen 1957) blz. 324-325; Canaris, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte in Festschrift Flume I* (Köln 1978) blz. 371 vv; i.h.b. blz. 392 vv en Staudingers *Kommentar zum BGB* ad § 986,

986, Abs. 2 BGB werkt bovendien niet alléén, zoals de tekst zou kunnen doen vermoeden, wanneer een zich onder een derde bevindende zaak is vervreemd door middel van cessie van de "Herausgabeanspruch" doch ook en in het bijzonder dán wanneer die zaak door middel van een constitutum possessorium is vervreemd(60). Over de opname van dit beginsel, dat van germaansrechtelijke origine schijnt te zijn(61), heeft vanaf het eerste ontwerp van het BGB consensus bestaan. Dit gegeven vormt de achtergrond waarom men iedere vorm van eigendomsoverdracht van roerend goed dat zich onder een derde bevindt die voor de vervreemder houdt - hetzij door middel van cessie van de "Herausgabeanspruch", hetzij door middel van een constitutum possessorium, hetzij door middel van een "Anweisung" - heeft losgekoppeld van de instemming van en de mededeling aan de houder(62). Het lijkt mij raadzaam, alvorens over te gaan tot de behandeling van het hier aan de orde zijnde probleem naar huidig Nederlands recht, een korte beschouwing te wijden aan het Engelse recht dat een leerzaam contrast biedt met het continentale recht.

III. Engels recht

De vraag op welke wijze eigendom van roerend goed dient te worden overgedragen is in Engeland eerst betrekkelijk laat principieel beslist(63) en wel in 1890 in de zaak *Cochrane v. Moore*(64). De rechter Fry geeft daarin een belangwekkend overzicht van de ontwikkeling van het leerstuk van de eigendomsoverdracht van roerend goed ("chattels", "goods") in het Engelse recht. Aan het begin daarvan staan enige uittalingen van Bracton (1268), die voor de eigendomsovergang van roerende goederen in alle gevallen een feitelijke overgifte, een *traditio*, voorschreef:

Item oportet quod donationem sequatur rei traditio, etiam in vita donatoris et donatarii, alioquin dicetur talis donatio potius nuda promissio quam donatio, et ex nuda promissione non nascitur actio non magis quam ex nudo pacto. Non enim valet donatio imperfecta nec cartae confectio nec homagii captio cum omni solemnitate adhibita, nisi subsecuta fuerit seisinā et traditio in vita donatoris.

(Vert.: En het is ook nodig dat een bezitsverschaffing van de zaak de gift volgt en wel tijdens het leven van de schenker en

Abs. 2 (12e Aufl., Berlijn 1980) Rdnr 23 vv.

60. Zie Wolff-Raiser, t.a.p., alsmede de overige hierboven in n. 59 geciteerde literatuur.

61. Zie Von Gierke, *Deutsches Privatrecht II (Sachenrecht)* (Leipzig 1905) blz. 597 en 261, waarin wordt verwezen naar Von Gierke, *Die Bedeutung des Fahmisbesitzes* in: *Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches* (Jena 1897) (het laatstgenoemde geschrift was mij niet toegankelijk).

62. Zie Mugdan, t.a.p. blz. 628.

63. Zie over de achtergronden van dit verschijnsel Blackstone, *Commentary on the Laws of England II* (ed. Kerr, London 1876) blz. 338v.

64. [1886-1890] All ER Repr. 731.

de begiftigde; anders zou er worden gezegd dat een dergelijke gift eerder een blote belofte is dan een gift en uit een blote belofte ontstaat geen actie, evenmin als uit een vormloze overeenkomst, want een onvolmaakte schenking heeft geen rechtsgevolg, evenmin als het opstellen van een akte, of een investituur die met inachtneming van alle plechtigheid is geschied, wanneer er geen "seisin" of bezitsverschaffing tijdens het leven van de schenker op is gevolgd(65).

Bracton heeft zich hierbij laten leiden door het Romeinse recht, zoals onder meer blijkt uit de navolgende passage waarin overduidelijk wordt gerefereerd aan C. 2,3,20:

Sed cum dare sit rem accipientis facere, numquam erit perfecta donatio antequam donatarius plenam habuerit possessionem (...) id est donec sibi tradita res fuerit, quia traditionibus et usucapionibus possessiones et rerum dominia transferuntur. (Vert.: Maar aangezien "overdragen" betekent dat de zaak het eigendom van de ontvanger wordt gemaakt, zal er nooit een perfecte schenking zijn voordat de begiftigde het volle bezit zal hebben (...) dat wil zeggen voordat de zaak aan hem is overgedragen, omdat het bezit en eigendom van zaken door feitelijke overgifte en verkrijgende verjaring wordt verworven)(66).

Vervolgens worden door de geleerde rechter de uitzonderingen behandeld welke in de loop der tijd in Engeland op het "Traditionsprinzip" zijn gemaakt: eigendom van roerend goed kan worden overgedragen door middel van een "deed", een akte(67); eigendom, "title", van roerend goed dat het onderwerp uitmaakt van een koop- of ruilvereenkomst gaat, tenzij partijen anders hebben bedongen, reeds over op het tijdstip waarop de overeenkomst wordt gesloten en, tenslotte, de eigendom van roerend goed dat zich onder een "houder", een "bailee", bevindt kan door enkele overeenkomst door de "bailor" aan de "bailee" worden overgedragen, een constructie die wij als een traditio brevi manu zouden bestempelen. Nu rijst de vraag op welke

65. Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (ed. Woodbine, Yale 1922) fol. 16 (Woodbine II blz. 64).

66. Bracton, t.a.p. f. 386 (Woodbine, t.a.p. blz. 121).

67. Zie over de aard van de "deed" C.AE. Uniken Venema, *Van Common Law en Civil Law* (Zwolle 1971) blz. 132 v. Er zij hierbij, ter vermindering van misverstanden, gewezen op het feit dat eigendom van roerend goed naar Engels recht ofwel door een akte, ofwel door middel van een "delivery", een levering, kan worden overgedragen. De beide vormen van overdracht staan dus ter keuze; anders dan in het Nederlandse recht, waarin de eigendomsoverdracht van roerend goed door middel van een akte sinds het arrest van de HR d.d. 27 april 1979, NJ 1981, 139 (zie ook HR 1 febr. 1980, NJ 1981, 140), slechts mogelijk is indien de tradens *niet in staat is* het bezit te verschaffen! Zie hieronder blz. 124, n. 133.

wijze naar Engels recht de eigendom van roerend goed wordt overgedragen dat zich onder een derde bevindt die voor de vervreemder houdt.

De vraag is, anders dan naar het continentale recht, niet vatbaar voor een eenduidig antwoord. Er zal immers een onderscheid moeten worden gemaakt tussen die gevallen waarin de eigendom van roerend goed overgaat door de werking van de overeenkomst (bij koop en ruil) en die gevallen waarin voor de overgang van de eigendom nog steeds een feitelijke overgifte is vereist. Wij zullen deze beide gevallen daarom hieronder afzonderlijk behandelen.

Eigendomsovergang, constitutum possessorium en bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een houder bevindt bij koop en verkoop, naar Engels recht

De totstandkoming, inhoud en rechtsgevolgen van de overeenkomst van koop en verkoop van roerend goed, *Sale of Goods*, is in Engeland sinds 1893 bij wet geregeld. De *Sale of Goods Act*, laatstelijk gewijzigd in 1979, is een wet die een belangrijk gedeelte van het oude rechtersrecht heeft gecodificeerd, óók de oude regel dat bij koop van roerend goed de eigendom, "title", op het tijdstip van het totstandkomen van de overeenkomst van de verkoper op de koper overgaat: betreft het een onvoorwaardelijke koop en verkoop van gespecificeerde goederen die zich ten tijde van het sluiten van de overeenkomst "in a deliverable state" bevinden, dan gaat - tenzij partijen anders hebben bedongen - de eigendom over dóór de overeenkomst:

Sale of Goods Act, Sect. 18, Rule 1: Where there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state, the property in the goods passes to the buyer when the contract is made, and it is immaterial whether the time of payment or the time of delivery, or both, be postponed.

Het Engelse recht vertoont hier een grote overeenkomst met het Franse recht dat immers krachtens de *algemene* regels van de artt. 711, 1138 Cc de eigendom van roerend goed doet overgaan "par l'effet des obligations"(68). De eigendom van roerend goed dat zich onder een derde-houder bevindt gaat daarom naar Engels recht in de regel over op het tijdstip van de overeenkomst: een bezitsverschaffing is daarvoor niet vereist en derhalve wordt de eigendomsovergang niet belemmerd door het feit dat het goed zich nog onder de vervreemder bevindt. Niettemin kent het Engelse recht een aantal zeer belangrijke rechterlijke uitspraken over de toelaatbaarheid van het constitutum possessorium bij koop en verkoop(69). De vraag rijst nu welk belang deze kwestie in een systeem als het Engelse kan hebben, daar

68. Naar het schijnt heeft de bijzondere Engelse regel zich op dezelfde wijze gevormd als de algemene Franse regel: een bestendig gebruikelijk beding van constitutum possessorium, gehecht aan de overeenkomst die als titel aan de eigendomsovergang ten grondslag ligt. Zie Baker, *An Introduction to English Legal History* (London 1979) blz. 319.

69. Zie *Elmore v. Stone* (1809) 1 Taunt. 458; *Castle v. Swooner* (1861) 6 H & N 828, Ex.Ch. en *Marrin v. Wallis* (1856) 6 E & B 726.

het constitutum possessorium géén eigendomsovergang bewerkstelligt; die immers heeft reeds eerder, door de koopovereenkomst zelve, plaatsgevonden. Het antwoord op deze vraag ligt verscholen in een eigenaardigheid van het Engelse recht vóór de moderne Sale of Goods Act. De oorspronkelijke Sale of Goods Act van 1893 bepaalde namelijk in S. 4, in navolging van de Statute of Frauds van 1677, Sect. 17, dat een overeenkomst van koop en verkoop met betrekking tot goederen die meer dan £ 10,- waard waren niet afdwingbaar was tenzij er schriftelijk bewijs van de overeenkomst bestond, of de goederen reeds geheel of gedeeltelijk aan de koper waren geleverd(70). De vraag rees nu of, wat wij zouden noemen, een levering constituto possessorio voldoende was om de overeenkomst afdwingbaar te maken. Deze vraag werd bevestigend beantwoord(71). Met betrekking tot goederen die zich ten tijde van de koopovereenkomst onder een derde bevonden werd aangenomen dat van een "delivery" in de zin van de Statute of Frauds/Sale of Goods Act 1893 slechts sprake was wanneer de derde de eigendomsoverdracht had erkend(72). Na de afschaffing van de vormvoorschriften van de oude Statute of Frauds en de Sale of Goods Act van 1893 in Sect. 4(1) van de Sale of Goods Act van 1979(73) hebben deze uitspraken hun belang behouden in verband met de vraag of het de verkoper is toegestaan de koopprijs te vorderen. De Sale of Goods Act 1979 namelijk maakt de bevoegdheid van de verkoper de koopprijs te vorderen afhankelijk van zijn bereidheid en bekwaamheid tot levering(74). Zo zal dus een verkoper, wiens goed zich onder een derde bevindt die voor hem houdt (een zgn. "bailee"), niet in staat zijn om met succes van de koper de koopprijs te vorderen wanneer de derde zich niet bereid verklaart om voor de verkrijger te houden; hij is dan immers niet in staat tot een "delivery". Sect. 29(4) van de Sale of Goods Act 1979 bepaalt hieromtrent het volgende:

Where the goods at the time of sale are in the possession of a third person, there is no delivery by seller to buyer unless and until the third person acknowledges to the buyer that he holds the goods on his behalf.

70. Zie, in plaats van anderen, Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* II (ed. Kerr, London 1876) blz. 399 en *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) dl. 41, § 645.

71. Zie de hierboven, n. 69, genoemde uitspraken.

72. Zgn. "agreement of attornment", "acknowledgement": *Farina v. Home* (1846) 16 M & W 119.

73. Subject to this and any other Act, a contract of sale may be made in writing (either with or without seal), or by word of mouth, or partly in writing and partly by word of mouth, or may be implied from the conduct of the parties.

74. Sect. 28. Unless otherwise agreed, delivery of the goods and payment of the price are concurrent conditions, that is to say, the seller must be ready and willing to give possession of the goods to the buyer in exchange for the price, and the buyer must be ready and willing to pay the price in exchange for possession of the goods.

Het zal de lezer inmiddels zijn opgevallen dat de vraag waarmee wij ons bezighouden in het Engelse recht bij koop en verkoop een heel andere betekenis heeft dan ten onzent: zij is in het Engelse recht vooral van belang in verband met de bevoegdheid van de verkoper de koopprijs te vorderen, terwijl zij naar Nederlands (en Duits) recht van belang is voor de vraag of al dan niet eigendom is overgegaan. Wij zullen daarom het Engelse recht, met betrekking tot koop en verkoop op dit punt laten rusten. Samenvattend kan worden vastgesteld dat de *bezitsverschaffing* van een goed dat zich onder een houder bevindt slechts mogelijk is met behulp van de houder; deze immers moet instemmen met de overdracht. De koper heeft weliswaar de *eigendom* van het goed verworven, maar zijn "right to possession" hangt af van de wil van de houder!

Eigendomsovergang, constitutum possessorium en bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een houder bevindt bij andere titels dan koop en ruil

Bij andere verkrijgingstitels dan koop en ruil eist het Engelse recht, wanneer niet de vorm van de "deed" is gekozen, een "delivery", een feitelijke overgifte van het roerend goed. Een dergelijke feitelijke overgifte kan achterwege blijven indien de verkrijger reeds in het bezit is van het goed: een "traditio brevi manu" kan de feitelijke overgifte vervangen(75). Ook een "constitutum possessorium" vermag hetzelfde effect te bewerkstelligen, *mits* de vervreemder het feitelijk bezit heeft: de bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een houder bevindt is slechts mogelijk wanneer de houder verklaart voor de verkrijger te willen houden. Ook hier dus is, als bij de bezitsverschaffing ter uitvoering van de koopovereenkomst, een zgn. "attornment" door de houder, de "bailee", vereist(76). Wij achten het raadzaam een ogenblik nader stil te staan bij dit verschijnsel. De vraag dringt zich immers op waarom het Engelse recht, dat - naar wij zagen(77) - de rechtsfiguur van het constitutum possessorium wel degelijk kent, deze *niet* - zoals op het continent is geschied - heeft uitgebreid tot die gevallen waarin het bezit voor de eigenaar wordt geoefend door een houder.

Wanneer ik het goed zie, moet de verklaring voor het zojuist genoemde fenomeen worden gezocht in het gegeven dat de common law, anders dan de veel sterker door het Romeinse recht geïnspireerde continentale civil law, de houder van een roerend goed van den beginne af heeft aangemerkt als een *bezitter* en hem diens gevolg ook alle rechtsbescherming heeft vergund die aan een bezitter toekomt(78), een beschouwingswijze die tot consequentie heeft dat de eigenaar die zijn goed heeft afgestaan aan een houder zelf zijn "possession" heeft verloren en slechts een "right to

75. *Cochrane v. Moore* (zie nt. 64).

76. Zie Pollock & Wright, *An Essay on Possession in the Common Law* (Oxford 1888) blz. 73 en Pollock, *Gifts of Chattels without Delivery*, in: *Essays in the Law* (London 1922) blz. 147.

77. Zie hierboven bij n. 69.

78. Zie O.W. Holmes, *The Common Law* (London 1968) blz. 138.

possession" overhoudt(79). Hij kan daarom aan een derde geen bezit, "possession", verschaffen; dit immers bevindt zich bij de "bailee" die daarom tevens de enige is aan wie de eigenaar door middel van een "constructive delivery", een "traditio brevi manu", de eigendom kan verschaffen(80). Zo werd de reeds meermalen gememoreerde uitbreiding van het constitutum possessorium, op de wijze zoals op het continent in het gemene recht was geschied, naar common law onmogelijk. De gemeenrechtelijke leer immers was - en is - gebaseerd op de stelling dat de eigenaar die de feitelijke heerschappij over zijn roerend goed aan een houder toevertrouwt zelf bezitter blijft: dáárom kan hij dit bezit constituto possessorio aan een derde verschaffen. Waar nu de common law de eigenaar in dit geval slechts een "right to possession" en niet - meer - de "possession" toekent, is een "constructive delivery" als het constitutum possessorium in dit geval logisch uitgesloten.

Wij merkten aan het begin van deze korte beschouwing over het Engelse recht op dat sinds de dagen van Bracton eigendom in "goods" in beginsel wordt overgedragen door een "delivery", een verschaffing van het bezit. De vraag is nu gerezen of een eigenaar die geen "possession" meer had, bijvoorbeeld omdat hij dit aan een houder had afgestaan, nog wel in staat was zijn eigendomsrecht te vervreemden. Dit immers bestond uit niets meer dan een "right to possession" en overdracht van een dergelijk eigendomsrecht zou in wezen neerkomen op overdracht van een vorderingsrecht! Het Engelse recht nu heeft, om hier niet ter zake doende redenen(81), lange tijd afwijzend gestaan tegenover de mogelijkheid van cessie van vorderingen in het algemeen en nog meer in het bijzonder tegen die van vorderingen uit onrechtmatige daad(82). De overdracht van eigendom door een "owner out of possession" leek daarom, als zijnde de overdracht van een "mere right of action", in beginsel zelfs onmogelijk(83). Men zag echter in dat degene die zijn roerende goederen voor een bepaalde tijd aan een ander toevertrouwde méér had dan alléén een "bare right of action". Zo werd in de zestiende eeuw van een "bailor" gezegd dat hij de "property in

79. Holmes, t.a.p.; zie ook Holdsworth, *A History of English Law* VII blz. 453. Met het hier gezegde is niet in strijd dat aan de eigenaar, de "bailor", onder omstandigheden possessoire rechtsmiddelen worden toegekend: dit geschiedt omdat hij een "right to possession" heeft, niet omdat hij "possessor" is; zie *USA v. Dollfus Mieg et Comp.* [1952] 1 All ER op blz. 581 en 585.

80. Zie hierboven bij n. 75.

81. Zie bijv. *Anson's Law of Contract* (ed. A.G. Guest, 26th ed., Oxford 1984) blz. 390 en, uitvoerig, Bailey, *The Law Quarterly Review* 47 (1931) en 48 (1932).

82. Er zij op gewezen dat de vordering die de eigenaar toekomt tegen een "bailee" die weigert het hem toevertrouwde goed op het afgesproken tijdstip terug te geven, de "action of detinue", nu algemener "action for conversion", een onrechtmatige daads-actie is!

83. Holdsworth, t.a.p. VII blz. 455.

reversion" had(84); nog in 1844 echter werd opgemerkt dat een eigenaar die roerend goed in vuistpand had gegeven niet méér dan een onoverdraagbare vordering had. Deze beslissing werd echter ongedaan gemaakt en er werd vastgesteld dat de eigenaar zijn eigendomsrecht op de verpande goederen aan een derde kan overdragen(85). Deze overdracht nu vindt bij koop en verkoop plaats door het contract zelf en in die gevallen waarin de eigendomsoverdracht door een "delivery" zou moeten plaatsvinden kan, in de gevallen waarin een dergelijke delivery onmogelijk is, bijvoorbeeld omdat de vervreemder "out of possession" is, de vorm van de "deed" worden gekozen(86). Door de laatstgenoemde overdracht verkrijgt de accipiens dezelfde rechtspositie als de vervreemder: hij verwerft een "right to possession". De "possession" zelf echter blijft bij de "bailee". Hiernaast kan de eigendom van "chattels" worden overgedragen zonder "deed", wanneer de eigenaar, de houder én de verkrijger(87) overeenkomen dat de houder voortaan voor de verkrijger zal houden; d.w.z. door middel van een overeenkomst tussen tradens en accipiens die door de houder wordt erkend(88). *Bezitsverschaffing* van roerende goederen die zich onder een derde-houder bevinden geschiedt dus, zo kan samenvattend worden gesteld, naar Engels recht *altijd* door middel van een wilsverklaring van de houder. Deze wijze van bezitsverschaffing door middel van de houder vertoont een slechts superficiële overeenkomst met de Duitse "Anweisung"(89); het verschil tussen deze constructie en de Engelse "attornment" is gelegen in de bezitsleer. De "bailee" is, naar wij reeds meermalen opmerkten, naar Engels recht *bezitter*, terwijl de eigenaar die zijn goed aan hem heeft toevertrouwd, de "bailor" een "right to possession" heeft. De "bailor" kan daarom geen bezit verschaffen: hij heeft het niet! De enige die *bezit* kan verschaffen is de "bailee" en hij doet dit door degene aan wie het bezit moet worden verschaft als zijn "bailor" te erkennen. Ik moge het een en ander kort en bondig voor de continentale lezer in zijn begrippen samenvatten: naar Engels recht is het niet de "burgerlijke bezitter" die door middel van een constitutum possessorium aan een derde het goed verschaft dat voor hem door een houder wordt gehouden, maar het is de *houder* die door middel van *zijn* "constitutum possessorium" (bezitsbesluit!) het bezit verschaft aan een derde! Een dergelijke constructie is alleen denkbaar in een stelsel dat aan de vrijwillige afstand van het feitelijk bezit door de eigenaar aan een houder het verlies van het juridische bezit koppelt; dáár waar dit niet het geval is, zoals in de landen met een gemeenrechtelijke traditie, kan daarom het bezit ook altijd zonder medewerking van de houder door de burgerlijk bezitter aan een derde worden verschaft door een constitutum possessorium.

84. Holdsworth, t.a.p. blz. 521.

85. Holdsworth, t.a.p. blz. 533.

86. *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), dl 35, § 1156.

87. *Godts v. Rose* (1855) 17 CB 229.

88. Zie ook *Dublin City Distillery v. Doherty* (1914) AC 823.

89. Zie hierboven bij n. 47.

IV. Nederlands recht

Vóór 1809 gold ten aanzien van de vraag die ons bezighoudt in Holland de hierboven reeds besproken gemeenrechtelijke leer: bezit van roerend goed dat zich onder een derde bevindt, wordt door de burgerlijk bezitter overgedragen door middel van een *traditio ficta*, het constitutum possessorium. De *Observationes Tumultuariae*(90) bevatten zelfs een fraaie illustratie van het een en ander. A had een vordering op de Staten van Holland die was belichaamd in een toonderpapier; hij deponeerde dit toonderpapier bij een derde. Enige tijd daarna droeg hij de vordering door middel van een notariële akte over aan zijn broer P en later nóg eens aan zijn schoonzoon J. P droeg vervolgens de vordering over aan de dame M. Wanneer A faillieert twist J met de curator in het faillissement over de vraag aan wie de vordering toekomt. Zij wordt door het Hof van Holland aan J toegewezen. Nadien meldt zich echter M die, als opvolgster onder bijzondere titel van degene aan wie A zijn vordering op de Staten het eerst had overgedragen, met de revindicatie afgifte van het toonderpapier vordert. Het Hof stelt haar in het gelijk, de zaak wordt nu voorgelegd aan de Hoge Raad. Binnen het college bestond een meningsverschil omtrent de vraag of M nu wel of niet als eigenaar van het toonderpapier moest worden aangemerkt. De raadsheren Schaap en Van Bijkershoek waren van mening dat M niet kon worden aangemerkt als eigenaar omdat het papier niet aan haar was geleverd. Zij beriepen zich hiervoor op C. 2,3,20(91), krachtens welke tekst eigendom niet overgaat door de werking van overeenkomsten maar door levering, een tekst die - naar de lezer weet - in het verleden dikwijls is aangegrepen om de gedachte te bestrijden dat de feitelijke overgifte in het algemeen kon worden vervangen door een constitutum possessorium. De meerderheid van de raadsheren deelde hun gevoelens evenwel niet: zij was van mening dat de derde voor P bezat omdat er een *traditio ficta*, d.w.z. een constitutum possessorium, had plaatsgevonden. De Hoge Raad stelde zich dus op het standpunt dat het bezit van roerende goederen(92) die zich onder een derde bevinden door de burgerlijk bezitter kan worden overgedragen door middel van een constitutum possessorium. De Raad had hierdoor overigens niet meer gedaan dan het bevestigen van een reeds bijna 500 jaren bestaande leer.

Het is, dunkt mij, nauwelijks mogelijk een leerstuk te vinden waarin de onheilzame werking van een codificatie zo duidelijk naar voren treedt als

90. No. 664; uitspraak van 13 nov. 1710.

91. Zie hierboven n 24.

92. Zie over de vordering aan toonder in het Rooms-Hollandse recht: Van der Keessel, *Theses Selectae* (Amsterdam 1860) DXXV en *Praelectiones Juris Hodierni* IV (Amsterdam/Kaapstad 1966) blz. 166 vv. De inningsbevoegdheid was, zo blijkt daar, gekoppeld aan het bezit van het toonderpapier, zodat de vordering niet meer - zoals oudere schrijvers, waaronder Voet, *Commentarius ad Pandectas* 46,3,7, betoogden - afzonderlijk moest worden gecedeerd: de enkele overgifte van het papier volstond om de vordering te doen overgaan.

het onderhavige. De codificatie van 1838 kreeg - overigens na een korte, doch pittige discussie omtrent de wenselijkheid van het Romeinse recht als subsidiair recht⁹³) - exclusieve werking, hetgeen betekende dat het gemene recht, voor zover het niet in de codificatie was verwerkt, zijn gelding verloor. Het BW nu bevat in art. 667, lid 1, naast de feitelijke overgifte, slechts een verwijzing naar de gemeenrechtelijke "traditio longa manu", die - het kan niet vaak genoeg worden opgemerkt - iets geheel anders is dan hetgeen men daaronder tegenwoordig pleegt te verstaan, alsmede naar de "traditio brevi manu" (art. 667, lid 2). Het constitutum possessorium komt in het wetboek in het geheel niet voor, laat staan een verwijzing naar de bezitsverschaffing door middel van een constitutum possessorium van een goed dat voor de vervreemder door een derde wordt gehouden. Het een en ander is natuurlijk een gevolg van het feit dat het BW sterk leunt op de Code civil. Men had weliswaar het natuurrechtelijke systeem van de eigendomsovergang "par l'effet des obligations" dat in de Code was neergelegd verlaten, maar de dogmatische uitwerking van deze keuze is pover te noemen⁹⁴). De bezitsverschaffing werd de kern van het leerstuk van de eigendomsoverdracht van roerend goed, maar onze codificatoren meenden voor deze materie te kunnen volstaan met het kopiëren van één enkele bepaling uit de Code, een Wetboek waarin vragen omtrent de bezitsverschaffing van een zeer ondergeschikt belang zijn⁹⁵). Deze omissie van de wetgever had ernstige consequenties: het constitutum possessorium werd nagenoeg gedurende de gehele negentiende eeuw als alternatief van de feitelijke overgifte verworpen⁹⁶). Het zag er naar uit dat het oude gemeenrechtelijke *mirabile mundi* geheel en al vergeten was en men zich strak wenste te houden aan het beginsel van C. 2,3,20. De praktijk bleek

93. Zie daarover Lokin, NJB 21 mei 1988 blz. 660 vv.

94. Het verdient te worden opgemerkt dat de beroemde zinsnede van C. Asser (*Het Nederlands Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon* (2e druk, 's-Gravenhage 1838) blz. 261) over de terugkeer "tot de ware beginselen van het Romeinse regt" slechts betrekking heeft op de levering van onroerend goed. Terzijde zij nog opgemerkt dat in het Ontwerp 1820 in art. 1157 een bepaling voorkwam die men op het eerste gezicht als een verbod van constitutum possessorium kan uitleggen: "Geen bezit kan door enkelen wil verkregen of overgedragen worden. Tot bekoming van hetzelfde is altijd eene daad nodig". Zie echter art. 1169 van hetzelfde Ontwerp: "Die eene zaak voor zich bezitten, doch vervolgens dezelve van een 'ander' ter leen of in huur nemen, worden gerekend het bezit aan dezen anderen te hebben overgedragen". Men bedenke dat onder dit constitutum possessorium naar de gemeenrechtelijke leer, waaraan art. 1169 vastknoopt, óók het constitutum possessorium werd verstaan van goederen die zich onder een derde bevinden!

95. Art. 667 is een parafrase van art. 1606 Cc, dat enige regels bevat omtrent de bezitsverschaffing ter uitvoering van de overeenkomst van koop en verkoop.

96. Zie Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt* VI (Groningen 1880) blz. 95-96; zie echter Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* II (Groningen 1901) blz. 171-172 en HR 12 febr. 1885, W. 5146 en 9 nov. 1888, W. 5637.

echter sterker dan de veronderstelde wil van de wetgever: in de jaren tachtig der negentiende eeuw accepteerde de HR de bezitsverschaffing door middel van een constitutum possessorium en verklaarde haar, in navolging ongetwijfeld van de hierboven beschreven pandektistische leer, op grond van art. 596 BW als een wijze van bezitsverkrijging door middel van een vertegenwoordiger, een "Stellvertreter im Besitz"(97). Nu was het nog maar een kleine stap naar de erkenning van een bezitsverschaffing door middel van constitutum possessorium van een goed dat voor de vervreemder door een derde werd gehouden(98). Niets van dien echter. Voor zover de mogelijkheid wordt erkend van een overdracht van een zaak welke zich bevindt onder een derde die voor de vervreemder houdt, wordt die overdracht *niet* gebaseerd op het constitutum possessorium van de vervreemder maar op dat van de *houder*(99)! Dit nu is een vreemde voorstelling van zaken; zij lijkt voort te komen uit de vooronderstelling dat het burgerlijk bezit van de eigenaar is gebaseerd op de wil van de houder. Deze vooronderstelling lijkt mij onjuist: het juridische bezit van de eigenaar is niet gegrondvest op de *wil* van de houder, doch slechts op zijn feitelijke detentie(100). Zolang de detentor het goed onder zich houdt zonder dit te vernietigen, feitelijk te vervreemden of uitdrukkelijk het recht van de civiele bezitter tegen te spreken (1997 BW) blijft de burgerlijk bezitter zijn bezit behouden; een wilsverandering van de detentor kan daarin geen verandering brengen, hetgeen duidelijk wordt wanneer men bedenkt dat het burgerlijk bezit van de eigenaar niet verloren gaat wanneer de houder het hem toevertrouwde goed door middel van een *wilsverklaring*, het constitutum possessorium, aan een ander tracht te vervreemden(101). De theorie van F.G. Scheltema en anderen ware juist geweest in een stelsel als het Engelse; daarin immers is de medewerking van de "bailee" onmisbaar. In een stelsel als het gemeenrechtelijke, dat nog steeds het onze is, is de wil van de houder echter niet relevant(102). Het is overigens alleszins opmerkelijk dat

97. Bij de toepassing van art. 596 BW dacht men voordien vrijwel alleen aan de bezitsverkrijging door middel van een lasthebber, er is veel getwist over de vraag of het ook van toepassing was op de zaakwaarnemer. Zie Diephuis, t.a.p. blz. 332 vv.

98. Uiteraard werd de mogelijkheid van een bezitsverschaffing *solo animo* door de burgerlijk bezitter van een goed dat voor hem door een derde wordt gehouden door Diephuis (a.w., dl. VII, blz. 683) ontkend "daar, zoolang hij (d.w.z. de houder) de zaak onder zich houdt, de tot dien overgang noodzakelijke overgang onmogelijk is". Het standpunt van Diephuis is consequent; hij verwierp immers ook het constitutum possessorium!

99. Zo nog uitdrukkelijk F.G. Scheltema in *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, blz. 404 e.v. (*Verspreide Geschriften*, blz. 117-119).

100. Zo reeds het gemene recht: zie hierboven blz. 92-93.

101. Art. 592 BW en het arrest van de HR, d.d. 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (SIO-arrest); zie ook hierboven blz. 98 en noot 35.

102. Scheltema's leer wordt tegenwoordig algemeen verworpen. Zie reeds J. Drion, *WPNR* 3771 e.v., alsmede, in plaats van ook anderen, Asser-Beekhuis-Mijnssen, *Zakenrecht* (Alg. deel) (Zwolle 1985) blz. 135 vv en Pitlo-Brahn, *Zakenrecht* (Arnhem 1987) blz. 83.

Scheltema zijn betoog niet heeft onderbouwd met een belangenafweging die toch voor de hand ligt. Naar zijn beschouwingswijze immers kan het bezit van de zich onder een houder bevindende goederen slechts worden overgedragen met instemming van de houder, zodat de belangen van degene met een persoonlijk gebruiksrecht op het goed door zijn constructie het best worden gediend. Immers: dáár waar in het geldende Nederlandse recht een bepaling van de strekking van § 986, Abs 2 BGB ontbreekt, ligt het alleszins voor de hand de beschikkingsvrijheid van de eigenaar te beperken door die in bepaalde gevallen afhankelijk te maken van de instemming van degenen die een aan hem ontleend persoonlijk gebruiksrecht op zijn goederen hebben. Het dogmatisch fundament waarop de bescherming van dit belang is gebouwd, is echter om de genoemde redenen niet sterk en lijkt verworpen in het arrest van 1 nov. 1929, NJ 1929, 1745 (Proehl & Gutmann). Men moet, dunkt mij, uit het gegeven dat de HR sinds het einde der vorige eeuw het constitutum possessorium heeft erkend, de noodzakelijke gevolgtrekking maken dat onder de voor de eigendomsoverdracht van roerende goederen noodzakelijke bezitsverschaffing de verschaffing van het *juridische* bezit dient te worden verstaan, niet alléén die van het feitelijk bezit(103) en tevens dat het bezit van roerende goederen die voor de eigenaar door een derde worden gehouden door de eigenaar/burgerlijk bezitter kan worden overgedragen door middel van een constitutum possessorium(104). Tegen deze laatste consequentie van de erkenning van het constitutum possessorium is naar voren gebracht(105), dat, wat men noemde, "de voor het bezit vereiste en naar verkeersopvattingen te beoordelen macht over de zaak" eerst zou worden verkregen wanneer de houder op de hoogte is gebracht van de gewijzigde rechtspositie(106). Daartegen kan worden aangevoerd dat de voor een eigendomsoverdracht noodzakelijke bezitsverschaffing nu al zo'n honderd jaar *niet* hoeft samen te gaan met de verschaffing van de feitelijke macht over de zaak. Bovendien beschikt de verkrijger aan wie een zich onder een derde-houder bevindend goed door middel van een constitutum possessorium is vervreemd wel degelijk over een macht over de zaak: hij kan haar onder de derde-houder opvorderen met de revindicatie(107)! De gedachte dat de voor een eigendomsoverdracht van roerend goed wettelijk vereiste bezitsverschaffing zou dienen te bestaan uit de verschaffing van de feitelijke macht over de

103. Zo ook J. Drion, *WPNR* 3771, blz. 110, l.kol.

104. Zo ook J. Drion, *WPNR* 3772, blz. 118-119. In dezelfde zin ook Bregstein, *De betrekkelijke waarde der wet in Verzameld Werk* (Zwolle 1960) blz. 19-20 en Cahen, *WPNR* 4963, blz. 375-376 en dezelfde in *De betekenis van de bezitsverschaffing voor de levering van roerend goed*, in: *Gratia Commercii, opstellen aangeboden aan prof. mr. A. van Oven* (Zwolle 1981) blz. 15.

105. Zie met name Asser-Beekhuis-Mijnssen, t.a.p. blz. 136.

106. Asser-Beekhuis-Mijnssen, *ibidem*.

107. Over de vraag of de houder tegen de vordering van de verkrijger dezelfde verweermiddelen kan aanvoeren als die welke hem ter beschikking staan tegen de vordering tot afgifte van zijn contractspartij, zie aanstonds nader in de tekst.

zaak heeft bovendien in verband met ons onderwerp aanleiding gegeven tot een, althans voor ons recht, merkwaardige gedachte: een aantal schrijvers(108) is van mening geweest dat de eigendom van zich onder een derde-houder bevindende goederen als in § 931 BGB zou dienen te worden overgedragen door middel van cessie van de vordering tot afgifte welke de vervreemder tegen de houder had. De hier achterliggende gedachte moet zijn geweest dat men in de vordering tot afgifte de macht wenste te zien waarover de vervreemder beschikte en dat men in de cessie van de vordering tot afgifte derhalve de verschaffing van het bezit zag die voor de eigendomsoverdracht noodzakelijk is. Drion heeft in zijn reeds meermalen geciteerde prachtige artikel over de levering van roerend goed dat zich in handen van een derde bevindt(109) het onhoudbare van deze constructie aangetoond. Ik moge daaraan nog toevoegen dat, zolang onze wetgever niet anders bepaalt, naar huidig Nederlands recht de cessie van een persoonlijke vordering tot afgifte nooit meer op de cessionaris kan doen overgaan dan een *persoonlijk* recht. De gedachte dat de overgang van een persoonlijk recht de verkrijging van een eigendomsrecht tot rechtsgevolg zou kunnen hebben, lijkt mij duidelijk in strijd met het systeem van onze huidige wetgeving(110). Zij wordt daarom door niemand meer serieus verdedigd(111). Dit brengt mij op de tegenwoordig heersende leer die zijn weerslag heeft gevonden in art. 3.5.9, sub c NBW, dat als volgt luidt:

Voor de overdracht van het bezit is een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling voldoende: (volgt in sub a de vermelding van het *constitutum possessorium* en sub b die van de *traditio brevi manu* en dan, sub c) wanneer een derde voor de vervreemder de zaak hield, en haar na de overdracht voor de ontvanger houdt. In dit geval gaat het bezit niet over voordat de derde de overdracht heeft erkend, dan wel de vervreemder of de verkrijger de overdracht aan hem heeft medegedeeld.

Ik acht deze bepaling ongelukkig en zal dit in het onderstaande nader toelichten. Er zij reeds aanstonds op gewezen dat de tegenwoordig heersende leer en het NBW, dat daarbij aansluit, Drions wijze vaststelling dat levering van roerend goed dat zich onder een derde bevindt kan plaatsvinden door een enkel *constitutum possessorium*, zonder dat daarvoor een mededeling aan de houder is vereist, niet hebben willen volgen. De vraag rijst allereerst waarom dit het geval is. Wijst niet de gehele ontwikkeling van dit leerstuk, die wij in de voorafgaande bladzijden hebben geschetst, op Drions gelijk?

108. Scholten in Asser-Scholten, *Zakenrecht* (Zwolle 1933) blz. 531; Star Busman in zijn noot op het arrest van 1 nov. 1929, NJ 1929, 1745 in W. 12059 en Suijling, *Zakenrecht* (Haarlem 1940), no's 106 en 289.

109. WPNR 3771/3775; in het bijzonder 3773.

110. Zo ook O.K. Brahn, *Fiduciaire overdracht* (Zwolle 1983) blz. 45.

111. Zie, in plaats van anderen, Asser-Beekhuis-Mijnssen, t.a.p.

Pitlo-Brahn(112) achten in hun *Zakenrecht*, in navolging van Eggens(113) een enkele afspraak (lees: een constitutum possessorium tussen tradens en accipiens) onvoldoende: nodig zou zijn dat de houder zijn wil het goed voor de tradens onder zich te houden wijzigt in de wil het goed voor de accipiens te houden. Het zal de lezer duidelijk zijn dat in deze vaststelling de oude, overigens ook door Pitlo-Brahn en anderen verworpen wilsleer van F.G. Scheltema nagalmt. Waarom namelijk zou het nodig moeten zijn dat de houder zijn wil wijzigt? Naar wij in het bovenstaande hebben getracht uiteen te zetten kan iemands *civiele* bezit door meerdere personen heen voor hem worden uitgeoefend: als A zijn goed leent aan B en deze leent het aan C, zonder te zeggen dat hij het van A heeft geleend, dan blijft A burgerlijk bezitter, zelfs wanneer - zoals hier - de daadwerkelijke detentor (C) in het geheel niet voor hem *wil* houden. Een enkele wilswijziging van de houder, zelfs een constitutum possessorium van de houder ten gunste van een willekeurige derde, kan het burgerlijk bezit van de eigenaar niet beïnvloeden. Waarom nu zou voor een beschikking door de burgerlijk bezitter een wilswijziging van de houder noodzakelijk zijn? Ik vermag het niet in te zien. Dat men bovendien bij een beschouwingswijze als die van Pitlo-Brahn en anderen - die de heersende is - in de grootst mogelijke problemen komt, blijkt wel wanneer men hun betoog verder volgt. Wat namelijk is het geval?

De heersende leer verwerpt, zoals gezegd, Scheltema's leer dat voor een bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een derde-houder bevindt het constitutum possessorium van de houder is vereist. Nu valt er vanuit een leerstellig gezichtspunt wel iets aan te merken op de theorie van Scheltema, maar zij heeft het niet te onderschatten voordeel tenminste duidelijk te zijn. Datzelfde kan niet worden gezegd van de heersende leer, die het logisch onverzoenlijke met elkaar tracht te verbinden: enerzijds de gedachte dat het bezit en diens gevolg de eigendom moet kunnen worden verschaft zonder dat de wil van de houder daarbij een rol van betekenis behoort te spelen, anderzijds de gedachte dat voor een bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een derde-houder bevindt de wilswijziging van de houder noodzakelijk is. Men heeft getracht beide gedachten te combineren door een wilsmystiek in te voeren die op de zwartste bladzijden der "Begriffsjurisprudenz" niet zou hebben misstaan. Niet *de werkelijke wil* van de houder namelijk zou bepalend zijn voor deze vorm van bezitsverschaffing, maar zijn *veronderstelde wil*, zijn *fictieve wil*. Door de overdracht aan de houder mede te delen zou men namelijk zijn verplichting activeren om vanaf dat tijdstip niet meer voor de vervreemder, maar voor

112. Zie, uitvoeriger dan in de nieuwste (9e) druk, Pitlo-Brahn, *Zakenrecht* (8e druk, Zwolle) blz. 91 e.v. Brahn deelde mij, aangesproken op dit verschil tussen de 8e en 9e druk, mede dat hij het in de oudere drukken naar voren gebrachte niet meer steunt. Het blijft echter illustratief voor de aan de heersende leer ten grondslag liggende gedachtengang.

113. In zijn noot bij HR 1 nov. 1929 (Proehl & Gutman), *WPNR* 3134, blz. 33-34; zie ook de verwijzing naar Eggens bij Asser-Beekhuis-Mijnssen, t.a.p. blz. 136.

de verkrijger te willen houden(114). Men construeert dusdoende, wellicht zonder het te beseffen, de bezitsverschaffing van een goed dat zich onder een houder bevindt als een fictief constitutum possessorium, niet van de civiele bezitter, maar van de *houder*! Met andere woorden: de houder verschaft, evenals in het Engelse recht, door *zijn* constitutum possessorium het bezit aan de verkrijger, een wilsbesluit waartoe hij verplicht zou zijn en dat hij moet worden verondersteld te hebben genomen zodra hem de mededeling bereikt. Er zou dus, nog weer anders gezegd, een mededeling noodzakelijk zijn teneinde door een, door middel daarvan tot stand gebrachte, fictieve wilswijziging van de houder een overgang van het civiele bezit te bewerkstelligen. De constructie veroordeelt zich, dunkt mij, door haar gewrongenheid zelve. De vraag rijst nu waarom men zich tot zulke dogmatische convulsies dwingt teneinde de (fictieve) wilswijziging van de houder een rol te kunnen laten blijven spelen bij de bezitsverschaffing van het goed dat hij onder zich heeft.

Wanneer ik het goed zie, hangt men de boven besproken leer niet aan vanwege haar leerstellige zuiverheid, maar met een zeer bepaald doel. Dit doel houdt verband met de juridische positie van de detentor, de houder, ten opzichte van de verkrijger. Kan hij tegen de verkrijger dezelfde verweren aanvoeren welke hij tegen de vervreemder kon aanvoeren?

De feitelijk gedeposeerde eigenaar van een roerend goed kan zijn feitelijke heerschappij slechts op twee wijzen hebben verloren: ofwel hij heeft dat vrijwillig aan iemand afgestaan, ofwel hij heeft het onvrijwillig verloren. In het laatste geval kan de eigenaar de eigendom van zijn goed niet door middel van bezitsverschaffing overdragen(115); tot de arresten van 1979 en 1980(116) kon hij zijn eigendom zelfs in het geheel niet overdragen. In het eerste geval kan hij - daaraan twijfelt wel niemand meer - zijn eigendom wel overdragen. De vraag is alleen, hoe. De heersende leer, zoals onder meer verwoord door Pitlo-Brahn en neergelegd in art. 3.5.9 sub c NBW, neemt aan dat deze vorm van bezitsverschaffing plaats moet vinden door middel van een overeenkomst tussen vervreemder en verkrijger, gevolgd door een mededeling aan de houder. Kan nu de verkrijger met succes afgifte vorderen van de feitelijke detentor, de houder, zonder dat deze hem de overeenkomst kan tegenwerpen welke hij met de vervreemder heeft gesloten? De beantwoording van deze vraag hangt in algemene zin af van de aard der overeenkomst die de rechtsverhouding tussen de

114. Brahn spreekt t.a.p. van "een verplichting die niet voor schending vatbaar is"!

115. De vraag is bij mij gerezen of de eigenaar zijn eigendom door middel van traditie kan overdragen aan de dief; de traditio brevi manu immers veronderstelt dat de vervreemder burgerlijk bezitter is. Kan iemand die géén burgerlijk bezitter is door middel van een bezitsverschaffing *solo animo* zijn eigendom overdragen aan de dief? Mr Brandsma denkt dat hiertoe twee bezitsverschaffingen nodig zijn: de dief levert constituto possessorio aan de eigenaar, waarop deze door middel van traditio brevi manu teruglevert aan de dief. Zie hierover ook D. 41,3,32 pr. en Cahen, *WPNR* 4963, blz.374(3).

116. Zie hierboven n. 67.

vervreemder en de houder beheerst. Is er namelijk sprake van huur of huurkoop en een rechtsverhouding waaraan de houder een retentierecht ontleent, dan geeft de wet zelf aan dat de houder zijn persoonlijk recht kan staande houden tegen een opvolger onder bijzondere titel(117). In alle andere gevallen echter zal men, bij ontstentenis van enige wetsbepaling die in een andere richting wijst, de regel moeten toepassen die inhoudt dat overeenkomsten slechts tussen partijen werken (1376 BW). Hieruit vloeit voort, althans zo neemt men aan, dat de detentor in de andere dan in de wet genoemde gevallen in beginsel geen enkel verweer zou hebben tegen de vordering van de verkrijger(118). Dit resultaat nu wordt door een aantal schrijvers, waaronder Pitlo-Brahn, onbillijk geacht: men wil de regel van 1612 en 1576 I, lid 2 BW uitbreiden tot alle detentieovereenkomsten. Art. 1612 BW zou, met andere woorden, een voor de huur van roerend goed overbodige bepaling bevatten: het zou voor roerend goed slechts de bijzondere uitdrukking van een algemeen beginsel zijn(119). Daar nu een dergelijk algemeen beginsel noch in de huidige wetgeving, noch in de toekomstige is terug te vinden, ziet men zich gedwongen de bezitsverschaffing van roerend goed dat zich onder een houder bevindt zodanig te construeren dat zij afhankelijk wordt gemaakt van de wil van de houder! Want, zo betoogt men, over het algemeen genomen moet de wilswijziging van de houder worden voorondersteld, *behalve in die gevallen waarin dit niet in zijn belang is*(120) en dit zou met name dan het geval zijn wanneer de houder zich door zijn wilswijziging zou blootstellen aan een revindicatie(121) van de verkrijger. Het zal de lezer duidelijk zijn geworden dat de "heersende leer" berust op een *petitio principii*. Ook de heersende leer is, bij nadere beschouwing, gebouwd op de onjuiste voorstelling dat de bezitsverschaffing van goederen die zich onder een houder bevinden zou moeten plaatsvinden door een wilswijziging van de houder. Zij verwerpt, ondanks Drion's betoog, de opvatting dat deze bezitsverschaffing zou kunnen plaatsvinden door een constitutum possessorium tussen tradens en accipiens buiten de wil van de houder om(122). Toch behelst nu juist de constructie van het constitutum possessorium een oplossing voor het probleem waaruit de heersende leer schijnt te zijn voortgekomen: dat van de belangenbehartiging van de houder. Ik zal dit hieronder nader toelichten.

117. Art. 1612; 1576 I, lid 2 BW, alsmede art. 3.10.4a.2 NBW.

118. Zie J. Drion, *WPNR* 3774, blz. 134 e.v.

119. Zie bijv. Pitlo Brahn, t.a.p..

120. Zo uitdrukkelijk Pitlo Brahn, t.a.p., zie ook Meyers in zijn noot op HR 16 maart 1933, NJ 1933, blz. 792.

121. De rechtsvordering die de verkrijger met vrucht tegen de detentor kan instellen moet de revindicatie zijn, niet de persoonlijke vordering uit de detentieovereenkomst welke de vervreemder met de detentor heeft gesloten. De laatstgenoemde vordering gaat, krachtens art. 1354 BW, met de eigendom van de vervreemde zaak mee over op de verkrijger; zij stuit echter af op de persoonlijke verweren welke de cessus tegen de cedent naar voren kan brengen. Vgl. ook Drion t.a.p. blz. 135.

122. Vgl., in plaats van anderen, Asser-Beekhuis-Mijnssen, t.a.p. blz. 136.

Wanneer men aanneemt dat een eigenaar een goed dat een derde voor hem houdt door middel van een *constitutum possessorium* kan vervreemden aan een ander dan de houder, dan impliceert dit noodzakelijkerwijze dat de vervreemder met de verkrijger is overeengekomen dat hij (d.w.z. de vervreemder) het goed nog voor zekere tijd voor de verkrijger onder zich zal houden. De vervreemder wordt houder voor de verkrijger en de onmiddellijke bezitter (de "houder") houdt tevens voor de verkrijger omdat hij voor diens houder houdt(123). Wij komen hier op een, naar mij dunk, belangrijk punt. Het *constitutum possessorium* namelijk is niet alléén een wijze van bezitsverschaffing: het bevat óók een overeenkomst waarbij de tradens zich tot houder voor de accipiens "constitueert". Beide overeenkomsten - het *constitutum possessorium* en de detentieovereenkomst - zijn noodzakelijk aan elkaar verbonden. Het *constitutum possessorium* is, anders gezegd, een causale wijze van bezitsverschaffing: het is ondenkbaar zonder de aanwezigheid van een geldige detentieovereenkomst. Alleen al de analogie met de causale eigendomsoverdracht dwingt tot deze vaststelling(124). De detentieovereenkomst krachtens dewelke de vervreemder het goed zal

123. Vgl. reeds D. 41,2,30,6, hierboven blz. 94 en art. 3.5.1, lid 4 NBW, alsmede de MvT hierbij. Het lijkt mij belangrijk vast te stellen dat het *constitutum possessorium* in dit geval ten gevolge heeft dat zowel de vervreemder als óók de feitelijke houder voor de verkrijger houden. Soms namelijk vindt men opgemerkt dat aan de *traditio longa manu* naast het *constitutum possessorium* een zelfstandige betekenis toekomt: wanneer het de bedoeling van partijen zou zijn dat de feitelijke houder na de vervreemding voor de verkrijger zal houden zou de *traditio longa manu* de aangewezen constructie zijn en wanneer het de bedoeling zou zijn om de vervreemder tot houder voor de verkrijger te maken zou het *constitutum possessorium* in aanmerking komen (zie bijv. laatstelijk Kortmann in *Ars Aequi*, juni 1988 blz. 398 en de daar aangehaalde schrijvers). Het betreft hier echter een slechts schijnbare tegenstelling, die lijkt te zijn veroorzaakt door een overschatting van de juridische betekenis van de wil van de houder. Immers: óók in het geval waarin het *constitutum possessorium* wordt gehanteerd, houdt de feitelijke detentor voor de verkrijger. Het feit dat hij dit subjectief niet weet, doet aan dit *juridisch* gegeven niet af: de feitelijke detentor houdt voor de verkrijger, omdat zijn contractspartij, de vervreemder, voor deze houdt (zie ook Bregstein, t.a.p. blz. 20(51) en Cahen, *WPNR* 4963, blz. 375-376; vgl. ook dezelfde in *Gratia Commercii*, blz. 15). Het *constitutum possessorium* heeft in ons geval zelfs, naar zo dadelijk in de tekst nader zal worden uiteengezet, de bijzondere eigenaardigheid dat de vervreemder een detentieovereenkomst ten bate van de feitelijke detentor moet sluiten: hij mag een dergelijke overeenkomst niet alleen voor zichzelf sluiten aangezien hij met het belang van de feitelijke detentor rekening heeft te houden.

124. Wanneer door sommige Duitse schrijvers wordt beweerd dat het *constitutum possessorium* naar Duits recht niet causaal, maar abstract is (zie hierboven n. 46), dan vindt dit mede zijn oorzaak in het gegeven dat ook de eigendomsoverdracht naar het BGB niet causaal, maar abstract is.

houden voor de verkrijger kan er een zijn van huur, bruikleen, bewaarneming of iets dergelijks en wordt voor een bepaalde termijn aangegaan, na afloop waarvan de vervreemder ook de feitelijke heerschappij aan de verkrijger zal dienen te verschaffen. De termijn voor de detentieovereenkomst kan uitdrukkelijk zijn bedongen; de overeenkomst kan echter ook voor een onbepaalde tijd zijn aangegaan. In het eerste geval verbindt zich dus de vervreemder op een zeker tijdstip de feitelijke heerschappij over het door hem vervreemde goed aan de verkrijger te verschaffen. Die feitelijke heerschappij kan hij zich evenwel zelf niet anders verschaffen dan door afgifte te vorderen van degene die voor hem houdt. Hij *kan* dit eerst doen vanaf het tijdstip waarop deze houder verplicht is tot teruggave, dat wil zeggen, na afloop van de detentieovereenkomst die hij (d.i. de vervreemder) met *zijn* houder heeft gesloten. In de regel zal daarom, wanneer in de detentieovereenkomst waarop het constitutum possessorium is gebaseerd een uitdrukkelijke termijn is bedongen, deze termijn samenvallen met de tijdsduur na afloop waarvan de vervreemder afgifte kan vorderen van *zijn* houder. Is die tijdsduur namelijk korter, dan pleegt de vervreemder per definitie wanprestatie jegens de houder.

Het is óók mogelijk dat het constitutum possessorium wordt begeleid door een andere overeenkomst dan die welke wij zojuist beschreven. De eigenaar die een roerend goed heeft vervreemd dat hij niet feitelijk kan overdragen omdat hij dat goed vóór de vervreemding aan een ander in bruikleen heeft gegeven, zal er voor moeten zorgen dat de bruiklener het goed ook ná de vervreemding kan blijven houden; laat hij dit immers na, dan kan hij door de bruiklener worden aangesproken wanneer deze wordt genoopt het goed voortijdig - d.w.z. vóór de afloop van de termijn gedurende welke hij het goed mocht houden - af te geven aan de verkrijger. Hij kan daarom bedingen dat niet hij, maar zijn houder het goed nog enige tijd voor de verkrijger zal mogen houden, een beding waartoe hem de goede trouw die hij jegens zijn houder in acht dient te nemen zelfs verplicht. Naar wij hierboven(125) zagen, waren dergelijke bedingen in het Romeinse en gemene recht zelfs de regel(126).

In beide hierboven genoemde gevallen is de houder beschermd tegen een vordering tot afgifte van de verkrijger; hij kan zich immers op het ten gunste van hem gemaakte beding beroepen. Hij is dat mijns inziens óók wanneer de aan het constitutum possessorium gehechte detentieovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. In dit geval immers dient voor de

125. Blz. 103.

126. De tekst van D. 19,2,25,1 luidt als volgt: qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colona frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto (Vert.: Degene die een stuk grond ter bebouwing of bewoning aan iemand heeft verhuurd, zal - indien hij die grond om de een of andere reden verkoopt - ervoor moeten zorgen dat zowel de pachter als de bewoner ook bij de koper op grond van hetzelfde beding mag oogsten en wonen: anders zal deze, wanneer hem dat verboden is, op grond van huur tegen hem ageren).

vaststelling van de termijn gedurende dewelke het goed door de vervreemder mag worden gehouden rekening te worden gehouden met het gebruik dat de vervreemder van het goed wil maken. Daar hij nu jegens degene aan wie hij het goed vóór de vervreemding in houderschap heeft afgestaan verplicht is het genot van dat goed voor de duur van de overeenkomst te verschaffen, dient men ervan uit te gaan dat het deze termijn is die de vervreemder met de verkrijger heeft willen overeenkomen. Pas na afloop van deze termijn immers kan hij voldoen aan zijn eigen verplichting tot afgifte. In dit verband dient de vraag te worden beantwoord of degene die zich in de feitelijke heerschappij van het goed bevindt zich tegen de vordering tot afgifte van de verkrijger kan verweren met een beroep op de detentieovereenkomst tussen vervreemder en verkrijger. Men dient hier te beseffen dat de aan het constitutum possessorium gehechte detentieovereenkomst een beding is dat de vervreemder niet alleen voor zichzelf maakt, doch tevens voor de feitelijke houder. Hij maakt het voor zichzelf opdat hij zijn verplichtingen jegens de houder kan blijven nakomen en voor de feitelijke houder opdat deze het genot van het goed voor de duur van het beding kan houden. In iedere aan een constitutum possessorium gehechte detentieovereenkomst ligt zo, wanneer het door middel van het constitutum possessorium vervreemde goed zich op grond van een geldige overeenkomst onder een ander dan de vervreemder bevindt, een beding ten behoeve van deze derde verscholen. Laten wij het gezegde aan een voorbeeld illustreren.

A komt met de galerie "B's Belang" overeen dat hij aan de galerie enige schilderijen van de te lang miskende Groninger schilder Arie Z in bruikleen geeft ten behoeve van een overzichtsexpositie van diens werk. Nadat de schilderijen in bruikleen zijn gegeven, doet X een bod op één der schilderijen aan A. A accepteert dit bod. Wanneer X niet weet dat het door hem gekochte schilderij aan B in bruikleen is gegeven, zal hij van A prompte aflevering vorderen. Deze kan daaraan niet voldoen, daar hij immers voor de duur van de expositie geen afgifte van het schilderij van B kan vorderen. In zulke gevallen kan het welhaast niet anders of de vervreemder moet de verkrijger op de hoogte brengen van zijn onvermogen om feitelijk te leveren en de oorzaak daarvan. In het constitutum possessorium dat hij daarop met de koper overeenkomt verschaft hij aan de koper het bezit en ontvangt hij van deze het schilderij voor de duur van de expositie in bruikleen terug. Zo heeft hij zich niet alleen gevrijwaard voor een schending van zijn contract met B, doch tevens bewerkstelligd dat X geen afgifte van B kan vorderen. Hij heeft immers ten behoeve van hem een bruikleenovereenkomst met X gesloten. Zo beschouwd is het belang van een houder (B) bij eigendomsoverdrachten door degene aan wie hij zijn persoonlijk recht ontleent altijd beschermd door de detentieovereenkomst die zijn contractspartij (A) met de nieuwe eigenaar (X) moet sluiten wil hij aan deze door middel van een constitutum possessorium de eigendom kunnen overdragen. De inhoud van die detentieovereenkomst wordt immers bepaald door de contractueel gebonden wil van de vervreemder: hij is, uit hoofde van de bruikleenovereenkomst met B, *verplicht* bij de bezitsverschaffing aan X een beding op te nemen dat het belang van B beschermt. Slechts zo kan hij zijn eigen belang dienen, want alleen op deze wijze kan hij zich vrijwaren tegen een vordering uit wanprestatie van B. Vandaar dat men, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen, dient aan te nemen dat de

detentieovereenkomst, die de vervreemder als bestanddeel van het constitutum possessorium met de verkrijger heeft gesloten, voor dezelfde tijd is aangegaan als die welke de vervreemder met de houder heeft gesloten. Deze conclusie voert tot de vaststelling dat het belang van de houder slechts dan *niet* is beschermd wanneer de vervreemder zich bij het constitutum possessorium met de verkrijger *uitdrukkelijk* voor een kortere tijd tot houder "constitueert" dan hij jegens zijn contractspartij (de houder (B)) verplicht is te doen; wanneer hij, met andere woorden, wanprestatie jegens de houder pleegt! In dit geval kan dan de houder tegen de vordering tot afgifte van de verkrijger niet wijzen op het te zijner behoefte gemaakte detentiebeding en zal hij inderdaad het goed moeten afgeven aan de verkrijger. Zulke gevallen zullen echter slechts uitzondering zijn; de vervreemder stelt zich hier immers bewust in de positie van iemand die wanprestatie pleegt, iets dat niet vaak zal voorkomen⁽¹²⁷⁾. Men kan zelfs nog verder gaan. Wanneer namelijk óók de verkrijger weet dat de vervreemder handelt in strijd met zijn contractuele verplichting jegens de houder, wanneer vervreemder en verkrijger dus bewust samenspannen tegen het contractuele belang van de houder, lijkt mij daarin een onrechtmatige daad van de verkrijger jegens de houder verscholen te liggen⁽¹²⁸⁾, op grond waarvan deze afgifte kan weigeren. Slechts indien de verkrijger *niet* weet dat de vervreemder handelde in strijd met zijn contractuele verplichting jegens de houder kan hij met succes afgifte van deze vorderen. Men kan zich echter de vraag stellen of een dergelijke onwetendheid veel zal voorkomen. De verkrijger immers heeft in het onderhavige geval per definitie te maken met iemand die hem zal moeten uitleggen waarom hij niet feitelijk, maar slechts door een constitutum possessorium kan leveren. De vervreemder is niet in het feitelijk bezit van het goed dat hij vervreemdt en een dergelijke situatie noopt tot waakzaamheid.

Wij kunnen samenvatten. Roerend goed dat zich onder een houder bevindt, kan door de eigenaar aan derden worden vervreemd door een enkel constitutum possessorium, dat niet de toestemming van of mededeling aan de houder behoeft. Het belang van de houder namelijk is in de regel beschermd doordat de vervreemder contractueel verplicht is ten bate van hem in de aan het constitutum possessorium gehechte detentieovereenkomst een voorziening te treffen. Wanneer de eigenaar/vervreemder dit achterwege laat en zich *uitdrukkelijk* voor een kortere tijd tot houder voor de verkrijger constitueert dan hij jegens zijn contractspartij verplicht was te doen, pleegt hij *eo ipso* wanprestatie en wanneer de verkrijger hieraan *bewust* medewerkt, pleegt deze een onrechtmatige daad jegens de houder, op grond waarvan de laatste afgifte kan weigeren. Slechts in het geval waarin

127. Zie hierboven blz. 103 waar werd opgemerkt dat juist om deze reden in Duitsland, onder de vigueur van het gemene recht, geen sprake was van misbruik van het constitutum possessorium: ondanks Ruhstrat, *Iherings Jahrbücher* 14 (1875) blz. 341, bleef het Reichsgericht daarom in 1884 vasthouden aan de door Savigny geformuleerde leer.

128. De lezer vergelijkte deze situatie met die waarover de HR besliste in zijn beroemde arrest van 17 nov. 1967, NJ 1968, 42 (Pos-Van den Bosch).

uitdrukkelijk een kortere termijn is overeengekomen dan die waartoe de vervreemder verplicht was en de verkrijger van deze contractsbreuk niet op de hoogte was of kon zijn, kan de houder zich niet tegen de vordering tot afgifte van de verkrijger verweren en blijft hij aangewezen op de vordering uit wanprestatie die hij in dit geval heeft tegen de vervreemder.

Wij komen zo tot de vaststelling dat de persoonlijke gebruiksrechten die een houder van een roerend goed ontleent aan een contract met de eigenaar slechts in uitzonderingsgevallen niet kunnen worden gehandhaafd tegen een opvolger onder bijzondere titel. Dit gegeven vindt zijn oorzaak in de contractueel gebonden wil van de eigenaar, die verplicht is het belang van zijn contractspartij te beschermen in de aan ieder constitutum possessorium gehechte detentieovereenkomst. Veelal is een dergelijk beding ten behoeve van de houder zelfs overbodig; in die gevallen namelijk waarin de wet reeds zelf aan bepaalde detentierechten werking tegen een opvolger onder bijzondere titel toekent, zoals bij huur, huurkoop en het retentierecht.

V. Epiloog: het NBW

De hierboven bestreden leer in verband met de bezitsverschaffing van roerend goed dat zich onder een derde bevindt die voor de vervreemder houdt, heeft, gelijk reeds is opgemerkt, haar weg in het NBW gevonden. De toelichting op het hierboven(129) geciteerde artikel 3.5.9 sub c NBW benadrukt nog eens dat deze wijze van bezitsverschaffing "niet reeds door de enkele onderlinge uitwisseling van de in de eerste zin bedoelde verklaringen van vervreemder en verkrijger (bedoeld is het constitutum possessorium)" dient plaats te vinden(130), maar dat een mededeling aan de houder noodzakelijk is. Gelukkig is in het NBW iedere verwijzing naar een al of niet fictieve wilswijziging van de houder als fundament voor deze vorm van bezitsverschaffing vermeden. Het bezit gaat van rechtswege op de verkrijger over zodra de verkrijger of de vervreemder daarvan kennis hebben gegeven aan de houder. De bezitsverschaffing van roerend goed dat zich onder een houder bevindt geschiedt zo naar toekomstig recht in twee fasen: een daartoe strekkende overeenkomst tussen vervreemder en verkrijger én een mededeling aan de houder. Zij vertoont zo grote overeenkomst met de wijze waarop de cessie van vorderingen naar NBW zal dienen plaats te vinden. Ook deze immers komt - anders dan in het huidige recht - in twee fasen tot stand: de overeenkomst van cessie én de mededeling daarvan aan de debitor cessus (art. 3.4.2.7.1 NBW). Het enige verschil tussen de vorm der cessie en wat men "traditio longa manu" schijnt willen te blijven noemen bestaat hieruit dat in het eerste geval een akte is voorgeschreven en in het tweede niet(131). Cessie van de persoonlijke

129. Blz. 115.

130. *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3, blz. 439.

131. Terzijde wil ik hier opmerken dat het handhaven van de voor een geldige cessie óók naar NBW vereiste akte niet het onderwerp heeft uitgemaakt van een serieuze discussie. Bij mijn weten heeft niemand de vraag opgeworpen waarom het vereiste van een akte van cessie in het NBW zou moeten worden gehandhaafd, nu voor een geldige cessie *tevens* een mede-

vordering tot afgifte zal evenwel naar toekomstig recht niet, evenmin als naar huidig recht, moeten worden opgevat als een wijze van eigendomsverkrijging van de zaak die het object van de vordering is.

De overeenkomst tussen de toekomstige cessie en de "traditio longa manu" van art. 3.5.9 sub c NBW brengt mij op een curieus rechtsgevolg van de in art. 3.5.9. sub c gekozen constructie voor de eigendomsoverdracht van roerend goed dat zich onder een houder bevindt. Aan de noviteit van de verplichte mededeling van de cessie aan de cessus ligt een serieuze belangenafweging ten grondslag: men heeft in het bijzonder de crediteuren van de cedent willen beschermen tegen niet naar buiten blijkende cessies(132). Nu ligt er, naar de lezer weet, ook een belangenafweging ten grondslag aan de in het NBW neergelegde constructie van de "traditio longa manu": het belang dat men heeft willen dienen is dat van de houder, op wiens fictieve wilswijziging de gehele constructie is gebaseerd. Men kan zich echter afvragen of dit belang ook daadwerkelijk wordt gediend door de uiteindelijke "restatement" van de heersende leer in art. 3.5.9. sub c NBW. Naar wij hierboven namelijk reeds opmerkten, leidt deze tot de naar mij dunkt dwingende gevolgtrekking dat het bezit (en tengevolge daarvan in de regel ook de eigendom) van de zich onder de houder bevindende goederen *van rechtswege* overgaat op de verkrijger, zodra de houder de mededeling heeft bereikt. Ook dus wanneer de overdracht niet in het belang is van de houder, zal hij de rechtsgevolgen daarvan niet kunnen verhinderen, evenmin als een debitor cessus de rechtsgevolgen ener aan hem medegedeelde cessie kan verhinderen door te verklaren die niet te willen! Zo openbaart zich nog eens te meer de ongerijmdheid van het mededelingsvereiste, dat de bescherming van het belang van de houder als enige rechtsvaardigheidsgrond heeft. Bij nadere beschouwing blijkt dat *zijn* belang in het geheel niet wordt gediend, *wel* echter dat van een tot op heden nog geheel niet in de discussie betrokken onverwachte groep van derden: de crediteuren van de vervreemder! Zij immers zullen in de toekomst totdat de mededeling de houder heeft bereikt(133) ten laste van de vervreemder derdenbeslag kun-

deling aan de cessus is voorgeschreven. Het vereiste van een akte lijkt nu overbodig, temeer daar voor de datering van de cessie en haar werking tegen derden niet het tijdstip van de akte maar dat van de mededeling beslissend is!

132. *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3, blz. 392.

133. Het laat zich aanzien dat rondom de vraag op welk tijdstip de mededeling de houder heeft bereikt veel jurisprudentie zal ontstaan. Wat bovendien, wanneer de houder op zijn beurt de zaak aan een andere houder heeft afgestaan? In zo'n geval weten noch de vervreemder noch de verkrijger aan wie de mededeling moet worden gestuurd en degene die haar ontvangt is de verkeerde persoon, want de mededeling van 3.5.9 sub c zal toch, indien ik het artikel goed versta, aan de *feitelijke* detentor moeten worden gedaan?! Zal men in een dergelijk geval, waarin de mededeling aan de verkeerde houder is verzonden, geen enkel rechtsgevolg verbinden aan het aan de mededeling voorafgaande constitutum possessorium? Wat echter wanneer het constitutum possessorium in een akte is neergelegd en zodoende voldaan lijkt te zijn aan het voorschrift van art. 3.4.2.7a NBW, dat - in overeen-

nen leggen op de zich onder de houder bevindende goederen. De Toelichting op art. 3.5.9 (134) constateert dit rechtsgevolg van de sub c gekozen constructie slechts terloops door op te merken dat "ook hier (het ontwerp waakt) tegen misbruik doordat een zodanige bezitsoverdracht door constitutum possessorium(!) niet aan schuldeisers van de overdrager kan worden tegengeworpen, indien daarvan niets naar buiten is gebleken". Het misbruik waar de Toelichting op doelt moet dus, zo ligt voor de hand, betrekking hebben op vervreemdingen door middel ener "traditio longa manu" waardoor het belang van de crediteuren van de tradens wordt benadeeld. Deze echter beschikken over het rechtsmiddel van art. 3.2.11 e.v. NBW (de Pauliana), zodat een extra middel ter bescherming van de crediteuren van de tradent (lees: het bankwezen) een grondiger motivering - zoals inderdaad bij de cessie is geschied - zou hebben behoeft dan hier het geval is. De indruk wordt gewekt dat de wetgever zich het rechtsgevolg van zijn constructie heeft gerealiseerd en daaraan door de hierboven geciteerde zin een diepere ratio heeft willen verbinden, waarvan de zin niet geheel duidelijk is, te minder daar ook in art. 3.4.2.5, lid 2 NBW reeds een afdoende bescherming is gelegen van de belangen van derden bij vervreemdingen waarbij het goed in handen van de vervreemder blijft(135).

Wij kwamen tot de vaststelling dat het belang van de houder met een persoonlijk recht op het goed dat door de eigenaar/burgerlijk bezitter wordt vervreemd *niet* door de in art. 3.5.9 sub c gekozen constructie wordt gediend. Mij dunkt dat dit dan óók voor het toekomstige recht niet anders kan worden beschermd dan op de wijze zoals wij hierboven voor het heersende recht hebben verdedigd. Het wil mij daarom voorkomen dat men er goed aan gedaan zou hebben om, in plaats van het leerstellig tamelijk zwak onderbouwde artikel 3.5.9 sub c NBW, als tweede lid van art. 5.5.1 NBW een bepaling van veel algemener strekking op te nemen en wel een artikel als § 986, Abs 2 BGB, waarin had kunnen zijn bepaald dat de houder van een roerend goed dat door middel van een constitutum possessorium door de bezitter daarvan is vervreemd tegen de revindicatie van de nieuwe eigenaar alle verweermiddelen kan naar voren brengen welke hem tegen de vorige eigenaar toekwamen.

W.J. Zwalve

stemming met het sinds de bekende arresten van 1979 en 1980 (zie hierboven n. 67) geldende recht - eigendomsoverdracht bij akte mogelijk maakt? Zal men deze bepaling in de toekomst werkelijk zo restrictief blijven uitleggen dat deze vorm van eigendomsoverdracht is uitgesloten voor diegenen die burgerlijk bezitter zijn van goederen die voor hen door derden worden gehouden? Ik acht het onwaarschijnlijk en voorzie een rechtsontwikkeling die ons recht beweegt in de richting van het Engelse dat een eigendomsoverdracht hetzij door levering, hetzij door middel van een akte, *zults ter keuze van partijen*, toelaat (zie hierboven blz. 22). Het is toch paradoxaal te blijven volhouden dat de eigenaar die zelfs geen bezitter meer is zijn eigendom wel door middel van een enkele akte zou kunnen overdragen (art. 3.4.2.7a), terwijl een eigenaar/burgerlijk bezitter dit niet zou kunnen?

134. *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3, blz. 438.

135. Zie hierover Vriesendorp, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* III (1986), blz. 39 e.v.