Universiteit Leiden
The Netherlands

Het beperkte recht: een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud

Mollema, A.F.

Citation

Mollema, A. F. (2013, May 23). *Het beperkte recht: een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*. *Meijers-reeks*. E.M. Meijers Institute of Legal Studies, Leiden. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/20906

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/20906

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/20906 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Mollema, A.F.
Title: Het beperkte recht : een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud
Issue Date: 2013-05-23

Het beperkte recht

Het beperkte recht

Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 23 mei 2013
klokke 16.15 uur

door

Anne Fleur Mollema

geboren te Hilversum in 1981

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. W.G. Huijgen

Overige leden: prof. mr. H.D. Ploeger (Vrije Universiteit Amsterdam, TU Delft)
prof. mr. H.J. Snijders
prof. mr. T.H.D. Struycken (Universiteit Utrecht)
prof. mr. W.J. Zwalve

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Drukwerk: Proefschriftmaken.nl/Uitgeverij BOXPress

© 2013 A.F. Mollema

ISBN 978-90-8891-597-0

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

1 INLEIDING 1

1.1 Onderwerp 1
1.2 Plan van behandeling en opzet 7

DEEL I – DE CONSTRUCTIE VAN HET BEPERKTE RECHT: INVENTARISATIE VAN GEBRUIKTE MODELLEN IN ENKELE PERIODES UIT DE RECHTSGESCHIEDENIS 11

2 EEN ZEKERE ONTWIKKELING IN HET ROMEINSE RECHT 13

2.1 De klassieke periode: het beperkte recht als deel van de eigendom? 13
2.1.1 Gaius 14
2.1.2 De Fragmenta Vaticana 16
2.1.2.1 Paulus 16
2.1.2.2 Diocletianus en Constantius 17
2.1.3 Korte tussenconclusie en vooruitblik 17
2.2 Justiniaans Romeins recht: het Corpus Iuris Civilis 18
2.2.1 Een ander beeld: opnieuw Paulus 20
2.2.2 Van 'vulgäre Auffassung' naar D. 50,16,25 pr. 24
2.3 Slotsom 34

3 EEN TERUGKERENDE VRAAG IN HET MIDDELEEUWSE GEMENE RECHT 37

3.1 De Glossatoren 37
3.1.1 Placentinus 37
3.1.2 De Accursische glosse 39
3.1.2.1 Over Placentinus 39
3.1.2.2 Over het voorbehoud van een beperkt recht 40
3.2 Slotsom 41

4 DE DUITSE PANDEKTISTEN VAN DE NEGENTIENDE EEUW 45

4.1 De Pandektisten: Neubildung, Neubegründung, Neuconstituirung 45
4.1.1 Windscheid en Dernburg 46
4.1.1.1 Windscheid 46
4.1.1.2 Dernburg 48

4.1.2 Gesterding en Freisen 53
4.1.2.1 Gesterding 54
4.1.2.2 Freisen 55
4.2 Slotsom 58

5 NEDERLANDS RECHT VÓÓR DE INVOERING VAN HET BURGERLIJK WETBOEK VAN 1992 61
5.1 Hugo de Groot en zijn Rooms-Hollandse recht 62
5.2 Nederlands recht onder het Burgerlijk Wetboek van 1838 67
5.2.1 De legisten van de negentiende eeuw: Diephuis, Opzoomer en Land 67
5.2.1.1 Diephuis 68
5.2.1.2 Opzoomer 71
5.2.1.3 Land 77
5.2.2 De twintigste eeuw 81
5.2.2.1 Suijling 81
5.3 Slotsom 87

DEEL II – HET SYSTEEM VAN HET VERMOGENSRECHT IN HET HUIDIGE NEDERLANDSE RECHT EN DE PLAATS VAN HET BEPERKTE RECHT HIERIN 91

6 NEDERLANDS RECHT ONDER HET BURGERLIJK WETBOEK VAN 1992 93
6.1 Het systeem van ons vermogensrecht: drie recente proefschriften 94
6.1.1 Van der Steur 94
6.1.1.1 Eigendom en zaak 94
6.1.1.2 Toebehoren 95
6.1.1.3 Beperkt recht 99
6.1.2 De Jong 105
6.1.2.1 Eigendom en zaak 105
6.1.2.2 Toebehoren 107
6.1.2.3 Beperkt recht 116
6.1.3 Struycken 124
6.1.3.1 Eigendom en zaak 124
6.1.3.2 Toebehoren 125
6.1.3.3 Beperkt recht 126
6.2 Het systeem van het vermogensrecht en de structuur van het goederenrecht: een eigen hypothese 142
6.2.1 Meer fundamentele kritiek 142
6.2.1.1 Eigendom en zaak 142
6.2.1.2 Eigendom en onlichamelijke zaak (‘eigendom van rechten’) 147
6.2.1.3 Loslaten van het kunstmatige onderscheid tussen eigendom en (on)lichamelijke zaak 152

6.2.2 Het vermogensrecht in één laag: de vermogensbestanddelen 162
6.2.2.1 Een vergelijking met de systemen van Van der Steur, Struycken en De Jong: van drie naar twee naar één laag in het vermogensrecht 164
6.2.2.2 Een vergelijking met het systeem van het oud BW en met het ontwerp van Meijers 168
6.2.3 Het beperkte recht in het systeem van het vermogensrecht 172
6.2.3.1 Beperkte rechten op zaken of op andere rechten 172
6.2.3.2 Beperkte rechten op andere beperkte rechten ('stapeling van rechten') 181
6.2.3.3 Stapeling met zekerheidsrechten 182
6.2.3.4 Stapeling met genotsrechten? 191
6.2.3.5 Opstal op erfpacht? 203

DEEL III – CONSEQUENTIES VAN MODEL EN SYSTEEM: DE MOGELIJKE INHOUD VAN BEPERKTE RECHTEN 211

7 GRENZEN AAN DE MOGELIJKE INHOUD VAN BEPERKTE RECHTEN 213
7.1 Inleidende vergezichten over de inhoud van beperkte rechten 214
7.1.1 Beperkte rechten verleend door de eigenaar of rechthebbende 214
7.1.2 Beperkte rechten verleend door een andere beperkt gerechtigde 219
7.2 Oude modellen en bijbehorende principes niet meer leidinggevend voor de inhoud van beperkte rechten 225
7.2.1 Het afsplitsingsmodel en het aftrek- of subtractieprincipe 225
7.2.2 Het afspiegelingsmodel, de theorie van de heerschappijverdeling en de 'insnoerende verplichtingen': de belastingsgedachte 1.0 232
7.2.3 Discrepantie tussen modellen en principes enerzijds en wettelijke mogelijkheden anderzijds: de hulpconstructie van de kwalitatieve verbintenis 235
7.2.4 Van belastingsgedachte 1.0 naar belastingsgedachte 2.0 238
7.3 Waarom hebben we grenzen aan de inhoud van beperkte rechten nodig? 248
7.3.1 Horigheden en de Franse revolutie 248
7.3.2 Rechtszekerheid, derdenwerking, kenbaarheid en kosten 253
7.3.3 Vervagende grenzen tussen verbintenissen- en goederenrecht? 255
7.3.4 De grens tussen publiek- en privaatrecht 256
7.4 Alternatieve criteria: een opvallende discrepantie tussen dogmatische criteria en criteria uit jurisprudentie en parlementaire geschiedenis 257
7.4.1 Criteria uit de jurisprudentie: voldoende verband en het wezen van het beperkte recht 258
7.4.2 Criterium uit de parlementaire geschiedenis: voldoende verband voor een gelijke behandeling 262

8 SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING 273

SUMMARY AND CONCLUSION 279
LITERATUURLIJST 285
TREFWOORDENREGISTER 297
CURRICULUM VITAE 301

1 Inleiding

1.1 Onderwerp

Sinds 1992 bevat ons Burgerlijk Wetboek een bepaling die omschrijft wat onder een 'beperkt recht'[1] wordt verstaan: artikel 3:8 BW. Het is een van de weinige regels die betrekking heeft op beperkte rechten in het algemeen.[2] Het artikel luidt als volgt:

> "Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard."

Het is een merkwaardige omschrijving. Om te beginnen is het een omschrijving waarbij het omschrevene in zijn eigen definitie staat. Maar los daarvan wordt het beperkte recht erdoor omschreven als een recht dat aan de ene kant *afgeleid* is *uit* een meer omvattend recht, maar tegelijkertijd dit meeromvattende recht ook *bezwaart*. Het is daarmee een omschrijving waarin twee verschillende basismodellen voor de constructie van het beperkte recht tot uitdrukking worden gebracht; twee modellen die elkaar bovendien als het ware *doorkruisen*.[3] Hierover schrijft Kisch:

> "Het beperkte recht is af-geleid, het is weg-gevoerd. Dat suggereert een *horizontale* richting. Maar ook: het beperkte recht bezwaart, het oefent druk uit. Dat suggereert een *verticale* richting. Dus: kruising van de lijnen door de formule getrokken."[4] (cursiveringen toegevoegd)

---

1 Onder oud BW bestond geen specifieke term voor deze rechten. Ze werden wel – om ze te onderscheiden van de eigendom – overige zakelijke rechten of beperkte zakelijke rechten genoemd. Men bedenke hierbij dat de term 'zaak' onder oud BW gebruikt werd in de ruime betekenis die de huidige term 'goed' heeft. De Raad van State achtte de introductie van het begrip 'beperkt recht' een "verrijking der wetstaal, welke deze op menig gebied aan bruikbaarheid doet winnen, en tevens een aanwinst als werkbegrip." (Advies RvS bij de algemene bepalingen van Afd. 3.1.1 BW, PG Boek 3 BW, p. 62).

2 Ook in de literatuur wordt meestal weinig aandacht besteed aan (de constructie van) het beperkte recht in het algemeen. Zie in die zin bijv. Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 106.

3 Vgl. hierover ook Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 108.

4 Kisch, *WPNR 4407* (1955), p. 322.

Er is volgens hem ook sprake van:

> "De fout dat een fragment zou kunnen drukken ter zelfder plaatse als waar het is uitgesneden, dus zou kunnen drukken waar geen druk-vlak meer bestaat (...)."[5]

Kisch oppert zelf een andere definitie voor het geval men "à tout prix de gedachte èn van afleiding èn van bezwaring tot uiting wil brengen". Men zou dan kunnen zeggen:

> "Een beperkt recht is een recht dat sommige, maar niet alle trekken van een meer omvattend recht vertoont, en waarmee een meer omvattend recht kan worden bezwaard."[6]

Wery acht ook deze omschrijving niet onberispelijk. Hij vermeldt als bezwaar tegen de omschrijving dat men kan betwijfelen of in een definitie als element mag worden verwezen naar een feit dat slechts kán gebeuren. Ook meent hij dat de tekst te ruim is: de omstandigheid dat het beperkte recht sommige trekken van het meer omvattend recht vertoont, sluit namelijk niet uit dat het daarnaast eigen trekken vertoont die aan het meer omvattend recht vreemd zijn.[7] Hijzelf meent dat aan de bezwaren van Kisch wellicht op eenvoudige manier tegemoet kan worden gekomen door de toevoeging "hetwelk met het beperkte recht is bezwaard", die hem niet strikt noodzakelijk voorkomt, uit de definitie van artikel 3:8 BW te schrappen en ook de pluraliteit van gerechtigden als element erin op te nemen. Wery stelt daarom de volgende omschrijving voor:

> "Een beperkt recht is een recht dat uit een aan een ander toekomend meer omvattend recht is afgeleid."[8]

Wat van de door Kisch en Wery geopperde omschrijvingen verder ook zij, vastgesteld kan worden dat wetsartikel 3:8 BW in de huidige vorm in ieder geval twee basismodellen voor de constructie van het beperkte recht in één zin omvat, zonder er een duidelijke keuze tussen te maken. Het ene model ziet het beperkte recht als een afgesplitst en overgedragen deel van de eigen-

---

5 Idem, p. 323. Zie ook Wery, *RM Themis* 1961, p. 80, die nog eens benadrukt dat hiermee het beperkte recht wordt afgeleid uit een ander recht waarop dat beperkte recht reeds in mindering is gebracht.

6 Idem, p. 322-323.

7 Wery, *RM Themis* 1961, p. 80-81. Of dit laatste een bezwaar is, of juist een goede weergave van de juridische werkelijkheid, is een vraag die uiteindelijk in hfdst. 7 zal worden beantwoord.

8 Idem, p. 81.

dom (of van een ander meer omvattend recht).[9] Het andere model ziet het als een belasting of bezwaring van de eigendom[10] (of van een ander recht), als een last die erop drukt.[11] De twee visies zijn – via het Romeinse recht – door alle tijden en plaatsen heen steeds weer tot uitdrukking blijven komen:

> "Such rights (rights *in rem* other than ownership, *AFM*) are commonly described in metaphorical terms as fractions of ownership vested in someone other than the owner, or as encumbrances or burdens on ownership or on the thing owned. The commentators gave them the name of *iura in re aliena* – rights *in rem* over another man's property."[12]

De parlementaire geschiedenis is op dit punt evenmin eenduidig en ook hierin blijven de *beide* basismodellen voor de constructie van het beperkte recht opdoemen.[13] Er wordt in de parlementaire geschiedenis evenwel een opmerkelijke mededeling gedaan over de definities van afdeling 3.1.1 BW in het algemeen:

---

9 Dit kan men zich voorstellen door zich de eigendom te zien als een gelaagde taart, waarbij (een deel van) één of enkele van de lagen eruit wordt gesneden bij de vestiging van een beperkt recht. In deze metafoor stelt men zich een aandeel in de mede-eigendom van de zaak in zijn geheel voor als een gehele taartpunt van diezelfde taart. Een metafoor die (op enigerlei wijze) gebruik maakt van het beeld van een taart voor het eigendomsrecht wordt in ieder geval aan de Leidse rechtenfaculteit sinds jaar en dag gebruikt in het onderwijs. Met dank aan Bram (A.J.H.) Pleysier voor de achtergrond van deze metafoor.

10 Of misschien wel als bezwaring van de zaak zelf, vooral als men daarbij de gewoonte van vereenzelviging van eigendom(-srecht) en zaak in gedachten houdt. Hierover meer in hfdst. 6 par. 6.2.

11 Dit model wordt ook wel aanschouwelijk gemaakt door de beeldspraak van de eigendom als een 'elastieken bal' die gedeeltelijk wordt ingedrukt door de vestiging van een beperkt recht en weer terugspringt als dat recht tot een einde komt. Deze voorstellingswijze is afkomstig van Van Oven 1948, p. 60, maar komt ook voor bij Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 281 en Pitlo 1949, p. 149 en is tegenwoordig nog terug te vinden in Asser/Mijnssen-De Haan 2006, nr. 10. Men kan ook denken aan een luchtballon (zie hierover Struycken, diss. 2007, p. 362 noot 3 n.a.v. Van den Bergh 1979, p. 49) of het beeld van een maan die (gedeeltelijk) in de schaduw van de aarde komt te staan tijdens een maansverduistering, maar volledig blijft bestaan en na de verduistering weer kan 'wassen' tot een volledig verlichte maan. Struycken zelf (p. 363) gebruikt een vergelijking met de druppels van een vloeistof die door de Van der Waalskrachten weer aangezogen worden. Voor een laatste beeld, van een middelpunt waaruit stralen uitgaan (van Opzoomer), met kritiek hierop (van Diephuis), zie Struycken, diss. 2007, p. 363 noot 7.

12 B. Nicholas, *An introduction to Roman Law*, Oxford: University Press 1962, p. 141. Zie voor een aanvulling van deze opmerking voor wat betreft het ontstaan van de term *ius in re aliena*: Feenstra 1989, '*Dominium* and *ius in re aliena*: The Origins of a Civil Law Distinction', in: P. Birks (red.), *New Perspectives in the Roman Law of Property*, p. 111-122.

13 Ook Struycken (diss. 2007, p. 364-366) signaleert deze meerduidigheid.

> "Men vindt hier geen wetenschappelijk verantwoorde omschrijvingen maar een aantal begripsbepalingen die uit een oogpunt van wetstechniek noodzakelijk zijn."[14]

Ten slotte bestaat ook in de doctrine geen consensus over de constructie van het beperkte recht.[15] Men komt varianten van de beide basismodellen tegen in een aantal recente proefschriften. Zo bespreekt ook Struycken twee verschillende modellen, en meent hij dat de wetgever van het huidige BW voor het 'afsplitsingsmodel' heeft gekozen.[16] De Jong verwijst eveneens naar de 'afsplitsingsmetafoor', maar hij merkt ook op dat het beperkte recht complexer is dan zich hierdoor laat beschrijven.[17] Rank-Berenschot meende, zo'n vijftien jaar eerder, dat de heersende opvatting over het beperkte recht veel meer neigde naar de verkrijging van een geheel zelfstandig recht dat in beperkte mate soortgelijke bevoegdheden als de eigendom verschaft en dat een belasting vormt van het recht van eigendom, dat in beginsel blijft bestaan.[18] Zij komt zelf uiteindelijk overigens tot nog een heel andere zienswijze: een herkarakterisering van het beperkte recht als *kwalitatief bepaald obligatoir recht*.[19]

De hier omschreven situatie nodigt uit tot een onderzoek naar de constructie van het beperkte recht, teneinde de verschillen in opvatting in de doctrine nader te bezien en van het beperkte recht – in tegenstelling tot wat de wet blijkens de parlementaire geschiedenis doet – wél een wetenschappelijk verantwoorde omschrijving te kunnen geven. Een dergelijk onderzoek richt zich – uit zijn aard – met name op het beperkte recht *in zijn algemeenheid*, en niet (zozeer) op de specifieke, individuele beperkte rechten die ons systeem kent, of op de bijzondere ontstaanswijzen die de (specifieke) beperkte rechten kunnen hebben.

Het belang van een dergelijk onderzoek is niet alleen gelegen in conceptuele helderheid, ook al ligt daarin mijns inziens wel degelijk een groot zelfstandig belang.[20] De constructie is ook van belang voor de plaats van het beperkte

---

14 M.O. bij de algemene bepalingen van Afd. 3.1.1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63. De opmerking werd gemaakt door is regeringscommissaris voor de Boeken 3, 5 en 6 BW W. Snijders.

15 In die zin ook Struycken, diss. 2007, p. 365-366.

16 Struycken, diss. 2007, p. 361-363.

17 De Jong, diss. 2006, nr. 17 e.v. In nr. 78 em 81 wordt t.a.v. het vruchtgebruik respectievelijk het pandrecht ook nog eens duidelijk dat volgens De Jong niet van een echte afsplitsing kan worden gesproken.

18 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 107.

19 Idem, m.n. par. 12.3 en 12.6.

20 Dat een goed doordacht ontwerp en een goede analyse en begrip van het systeem van het goederenrecht vaak niet direct de huidige, dagelijkse rechtspraktijk zullen raken, neemt niet weg dat deze van het grootste belang zijn en op de langere duur wel degelijk consequenties kunnen hebben voor die rechtspraktijk. Een goed begrip van het beperkte recht en zijn constructie bijvoorbeeld kunnen van belang zijn voor de mogelijkheden om te voorzien in toekomstige – nieuwe en onvoorziene – vragen die zullen gaan rijzen omtrent

recht in het systeem van het vermogensrecht. Bovendien hebben de verschillende modellen en opvattingen van het beperkte recht een grote invloed op de mogelijkheden die er – dogmatisch gezien – bestaan om de inhoud van beperkte rechten nader in te vullen. Uit de verschillende modellen zijn immers criteria te destilleren die bepalen welke bevoegdheden en verplichtingen deel kunnen uitmaken van (de inhoud van) een beperkt recht. Zo lijkt bijvoorbeeld een belangrijk gevolg van de meeste modellen te zijn, dat binnen het kader van een beperkt recht slechts verplichtingen tot een dulden of een niet-doen op kunnen worden gelegd, en niet tot een doen. Aan verplichtingen tot een doen – die in dit kader toch vrij veelvuldig op betrokkenen komen te rusten, door middel van uitdrukkelijke wetsbepalingen of door de inhoud van de akte van vestiging van het beperkte recht – wordt dan veelal een ander (namelijk obligatoir) karakter toegedicht dan aan de overige inhoud van het beperkte recht. Tegelijkertijd wordt in de parlementaire geschiedenis echter een hele andere maatstaf gehanteerd om grenzen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten te stellen, een maatstaf die niet direct verband houdt met enig dogmatisch model. Deze maatstaf houdt in dat, wil men een bevoegdheid of verplichting welke de wet niet regelt tot inhoud van een beperkt recht maken, deze een zodanig verband met dit recht moet hebben dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.[21] Dit laatste, dan wel een daarmee vergelijkbaar criterium

---

het beperkte recht in zijn algemeenheid of een bepaald beperkt recht in het bijzonder, nog voordat de wetgever hierin heeft (kunnen) voorzien, en zelfs voor de ontwikkeling van mogelijkheden voor nieuwe juridische vormen waar de maatschappij om zal (kunnen) vragen. In die gevallen is het immers aan de jurisprudentie en de rechtswetenschap om de gewenste duidelijkheid en mogelijkheden te bieden. Vgl. over dit onderwerp ook 'The Usefulness of Useless Knowledge' van Abraham Flexner (*Harper's Magazine*, Oktober 1939, p. 544-552), de oprichter van het Mekka van de wetenschap, *The Institute of Advanced Study at Princeton*, waarvan onze oud-voorzitter van de KNAW Robbert Dijkgraaf per 1 juli 2012 de nieuwe directeur is. Hij schrijft (p. 545): "Institutions of learning should be devoted to the cultivation of curiosity and the less they are deflected by considerations of immediacy of application, the more likely they are to contribute not only to human welfare but to the equally important satisfaction of intellectual interest which may indeed be said to have become the ruling passion of intellectual life in modern times." Zie over Flexners visie op universitair onderwijs en onderzoek ook 'The Pursuit of Excellence: Abraham Flexner' van Sachiko Iwabuchi (*The Japanese Journal of American Studies*, no. 15 (2004), p. 139-161) die over het artikel vermeldt (p. 153): "Necessity was, according to Flexner, not always requisite or desirable for great inventions, and the ultimate role of the university was to protect academia from a utility-oriented spirit." Met Flexner betwijfel ik sterk of de taak van de rechtswetenschap (of de rechtsgeleerdheid) moet worden beperkt tot of zelfs überhaupt gericht moet zijn op het rechtstreeks op zoek gaan naar praktische consequenties en mogelijkheden. Ook in andere takken van wetenschap zijn belangrijke ontdekkingen veelal een kwestie geweest van de bevrediging van nieuwsgierigheid i.p.v. een zoektocht naar praktisch nut, en vaak zelfs eenvoudigweg een kwestie van *serendipity* (o.a. de ontdekking of uitvinding van penicilline, de pacemaker, röntgenstraling, radioactiviteit, supergeleiding (al is recentelijk geopperd dat Kamerlingh Onnes deze ontdekking toch niet helemaal per toeval deed), polyetheen, de kosmische achtergrondstraling; maar ook het continent Amerika was een toevallige ontdekking!).

21 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.

werd ook in de jurisprudentie al langere tijd gebruikt.[22] Bovendien vindt men in het BW – als gezegd – verschillende bepalingen die het mogelijk maken om binnen de verschillende beperkte rechten bepaalde plichten tot een doen op te leggen.[23] Bij dit alles speelt de dogmatiek vaak een veel geringere rol.

Er blijkt, kortom, een behoorlijke discrepantie te bestaan tussen de theoretische opvattingen inzake het beperkte recht en de manier waarop hiermee op een meer pragmatisch niveau (wetgeving, parlementaire geschiedenis en jurisprudentie) wordt omgegaan. Ook in de literatuur wordt overigens vaak gepleit voor een opener systeem en meer mogelijkheden met betrekking tot de inhoud van beperkte rechten. Hierbij wordt vaak een beroep gedaan op het feit dat hieraan maatschappelijke behoefte bestaat.[24] Los van het theoretische belang van een doordachte visie op de constructie en mogelijke inhoud van beperkte rechten, is hierin derhalve ook een duidelijk praktisch belang gelegen.

Dit laatste vraagstuk kan gebracht worden onder het debat over het bestaan van een gesloten stelsel (*numerus clausus*) in het goederenrecht. Dit onderzoek beperkt zich echter wel tot dát onderdeel van dit (vermeende) gesloten stelsel dat beschreven wordt met de Duitse term *Typenfixierung* en betrekking heeft op de variëteit in inhoud *binnen* de kring van de als goederenrechtelijke rechten geaccepteerde rechten en op de grenzen van de inhoud van die rechten. Het onderzoek heeft géén betrekking op het andere onderdeel van het principe van de *numerus clausus*, dat omschreven wordt als *Typenzwang*. Dit onderdeel speelt zich af op een hoger niveau of – zo men wil – in een eerder stadium, en stelt grenzen aan de *hoeveelheid* en de *soort* rechten die als goederenrechtelijke rechten in een rechtssysteem worden toegelaten.[25]

---

22 Zie met name: HR 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399 m.nt. WMK (erfpacht haventerrein); HR 11 maart 1981, *NJ* 1982, 76 m.nt. WMK (gebruiksrecht opstalhouder).

23 Zie bijv. art. 3:209 lid 1, art. 5:70 lid 2, art. 5:75 lid 3, art. 5:85 lid 2 en art. 5:96 lid 1 BW.

24 Zie in het algemeen Struycken, diss. 2007, p. 414-415; Heyman 2004, p. 77 en 79; Van Erp 2004, p. 149-162; Akkermans, diss. 2008, p. 167 en – ook in internationaal perspectief – de gehele bundels Bartels/Milo (red.), *Contents of Real Rights*, 2004 en Van Erp/Akkermans (red.), *Towards a Unified System of Land Burdens?*, 2006. Zie in het kader van erfpacht nog Vonck, *WPNR 6717* (2007), p. 598-603; en in het kader van erfdienstbaarheid en kwalitatieve verplichting nog Van Oostrom-Streep, diss. 2006. Vgl. tenslotte voor de moderne functies en toepassingen van erfpacht, zoals bij parkmanagement, uitgebreid het – op moment van schrijven nog niet verschenen – proefschrift van Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), hfdst. II en – ook ten aanzien van gereglementeerde en maatschappelijk gebonden eigendom en ten aanzien van (verplicht lidmaatschap van) beheersverenigingen en 'home owners associations' – Van Velten 2012, par. 19.4-19.6 en Van Velten, *WPNR 6700/6701* (2007).

25 Wie geïnteresseerd is in het bredere onderwerp van de *numerus clausus*, wordt verwezen naar het imposante werk van T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

1.2 Plan van behandeling en opzet

Dit onderzoek heeft een drieledig doel, en valt dienovereenkomstig in drie delen uiteen.

Het eerste deel heeft tot doel het meest geëigende model voor de constructie van het beperkte recht te vinden. Daartoe wordt een inventarisatie gemaakt van de in de loop der tijden en op verschillende plaatsen gebruikte theorieën en modellen voor deze constructie en zal worden getracht de theoretische en praktische wortels van deze opvattingen terug te vinden in de rechtsgeschiedenis. Allereerst komt hierbij het Romeinse recht aan de orde, waar – zoals hierboven reeds vermeld werd – de oorsprong van de twee steeds opduikende basismodellen (al) te vinden is. Vervolgens wordt ook gekeken hoe de zich daar reeds aftekenende ontwikkeling zich in hoofdlijnen heeft voortgezet in het Middeleeuwse gemene recht, in het recht zoals dat door de Duitse Pandektisten van de negentiende eeuw is ontwikkeld – een rechtssysteem dat een grote invloed heeft gehad op het Nederlandse recht – en in het Nederlandse recht van vóór de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992. Daartoe worden uit deze tijdsperioden enkele van de belangrijkste en invloedrijkste auteurs en de uit hun geschriften blijkende opvattingen van het beperkte recht besproken en voorts enkele schrijvers die zich specifiek met de constructie van het beperkte recht hebben beziggehouden. Dit laatste blijkt overigens maar zelden het geval te zijn.

Het tweede deel van het onderzoek heeft betrekking op het moderne Nederlandse recht. Ten aanzien hiervan is ervoor gekozen een aantal recente goederenrechtelijke proefschriften – die nadrukkelijk aandacht besteden aan het algemene systeem van het vermogensrecht – te analyseren, om vervolgens tot een eigen opvatting te komen van ons systeem van het vermogensrecht en de (eventuele) gelaagdheid van dit systeem. In het bijzonder wordt hierbij aandacht besteed aan de gewoonte om eigendom en zaak met elkaar te vereenzelvigen. Op basis van deze opvatting van het systeem van het vermogensrecht kan ook de plaats die het beperkte recht in dit systeem inneemt nader worden bepaald. Deze plaatsbepaling hangt immers nauw samen met de opvatting die men heeft van (de constructie van) het beperkte recht. Ook de constructie van de 'gestapelde' beperkte rechten zal hierbij uitgebreid aan de orde komen.

In het derde deel wordt de aandacht gericht op de mogelijke inhoud van beperkte rechten en de (eventuele) grenzen die hieraan gesteld zouden moeten worden. Zoals hierboven reeds naar voren is gebracht, hangt de beoordeling daarvan voor een belangrijk deel af van de opvatting die men heeft van de constructie van het beperkte recht. In dit deel wordt dan ook bezien welke criteria en principes in de geïnventariseerde modellen van het beperkte recht worden gebruikt om tot een beantwoording van de vraag te komen welke

bevoegdheden en verplichtingen nog tot de inhoud van het beperkte recht kunnen worden gerekend. De verenigbaarheid van deze criteria en principes met de wettelijke bepalingen komt hierbij uitdrukkelijk aan de orde. Ook wordt onderzocht welke gevolgen de in het tweede deel geformuleerde opvatting van het beperkte recht voor de mogelijke inhoud ervan zou hebben en welke redenen er überhaupt zijn om deze inhoud te beperken. Bij de bepaling van de grenzen die aan deze inhoud ten slotte zouden moeten worden gesteld, wordt belangrijke inspiratie gevonden in de maatstaven die de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis hiervoor – los van dogmatische modellen – ontwikkeld hebben. Getracht wordt een hierop gebaseerde maatstaf verder uit te werken aan de hand van enkele in de jurisprudentie en parlementaire geschiedenis genoemde en in de praktijk veel voorkomende voorbeelden van de inhoud van beperkte rechten.

De uiteindelijke opzet van dit proefschrift is derhalve om de mogelijkheden voor (aankomende) hoofd- en beperkt gerechtigden te onderzoeken om in het moderne Nederlandse recht in hun goederenrechtelijke rechten, als integraal onderdeel daarvan, bevoegdheden en verplichtingen op te nemen. Hierbij wordt bezien of kan worden aangetoond dat er in het huidige Nederlandse recht (nu al) méér mogelijk is dan in veel gevallen wordt aangenomen. De in het kader van dit onderzoek vrij uitgebreide historische rechtsvergelijking heeft hierin – zonder enige pretentie van volledigheid – tot doel een dogmatisch model op te stellen van het beperkte recht waarvan uit kan worden gegaan bij het bepalen van genoemde mogelijkheden. Het doel van de historische rechtsvergelijking is derhalve niet om het eens geldende recht in zijn tijd te reconstrueren, anders dan als hulpmiddel en ter vergelijking.[26] Wel worden enkele van de belangrijkste en meest interessante periodes uit de rechtsgeschiedenis besproken die op het huidige Nederlandse recht een grote invloed hebben gehad, teneinde de wortels van de hierboven genoemde basismodellen bloot te leggen.[27] Maar zeker buiten het kader van het opstellen van een geschikt dogmatisch model van het beperkte recht zal deze historische rechtsvergelijking verre van compleet zijn. De moderne rechtsvergelijking speelt – gezien de uiteindelijke toespitsing op het moderne *Nederlandse* recht en de

26 Frase ontleend aan Koops, diss. 2010, p. XXII.

27 Het Franse recht komt pas aan de orde in het derde deel over de mogelijke inhoud van beperkte rechten. Het heeft m.b.t. het onderwerp van dit proefschrift voornamelijk invloed gehad op het Nederlandse recht via de Franse revolutie en de daarop volgende tendens tot afschaffing van horigheden en aanverwante rechtsfiguren. Ik realiseer mij dat Frankrijk wel degelijk – althans in theorie – de beperkte rechten baseert op het afsplitsingsmodel (*démembrement de propriété*). In de praktijk worden aan dit model echter – anders dan in het Nederlandse recht – weinig consequenties verbonden. In ieder geval worden de aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten gestelde beperkingen niet op dit model gebaseerd, maar veeleer op andere gronden, die ook in het Nederlandse recht van belang zijn en in het derde deel van het onderzoek aan de orde zullen komen. Vgl. Sagaert 2006, p. 45-46; Sagaert 2004, p. 55 en Akkermans, diss. 2008, p. 119 en 121.

hypothese dat hierin meer vrijheid kan worden gevonden dan vaak wordt aangenomen – maar een zeer geringe rol. Ook een dergelijke rechtsvergelijking is uiteraard geen doel op zich en dient alleen gebruikt te worden indien dit een wezenlijke bijdrage levert aan het betoog. Aangenomen mag worden dat dat bij dit proefschrift niet het geval zou zijn, allereerst gezien het feit dat de in de rechtsgeschiedenis te vinden theorieën en modellen over het algemeen sterk overeen lijken te komen met degene die in het moderne recht nog altijd worden gebruikt. Een moderne rechtsvergelijking zou in dat opzicht dus hoogstwaarschijnlijk weinig nieuwe inzichten opleveren. Bovendien zijn aan het onderwerp de laatste jaren wel enkele rechtsvergelijkende studies gewijd,[28] maar kan daaruit vooral worden geconcludeerd dat het moderne Nederlandse recht relatief veel mogelijkheden biedt aan hoofd- en beperkt gerechtigden, meer dan – of in ieder geval evenveel als – bijna alle andere daarin besproken rechtsstelsels. Zelfs als die stelsels een heel ander uitgangspunt kennen omtrent open- of geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem, blijkt er in de praktijk vaak niet zoveel verschil te bestaan in concrete mogelijkheden.[29] De meeste van die stelsels kennen echter (beduidend) minder mogelijkheden. Nu in dit onderzoek juist gezocht wordt naar meer vrijheid in de vormgeving van goederenrechtelijke rechten en aangezien gemeend wordt dat deze ruimte in het huidige Nederlandse recht ook gevonden kan worden, ligt het niet erg voor de hand om bij dit onderzoek aan deze andere rechtsstelsels een voorbeeld te nemen.

---

28 Bartels/Milo (red.), *Contents of Real Rights*, 2004; Van Erp/Akkermans (red.), *Towards a Unified System of Land Burdens?*, 2006; Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (diss. Maastricht), 2008.

29 Zie voor Belgisch en Frans recht: Sagaert 2006, p. 45. Zie voor Duits en Engels recht: Bartels & Milo 2004, p. 22 en 22-23. In het Duitse recht bestaat de Reallast, die als hoofdverplichting een verplichting tot een doen heeft. Die vertoont echter veel overeenkomst met onze vroegere grondrente. In het Zuid-Afrikaanse recht, waar een open stelsel van goederenrecht geldt, wordt – op basis van het Romeinse recht – ook aangenomen dat een zakelijk recht in beginsel geen verplichtingen tot een doen kan meebrengen (zie hierover Struycken, diss. 2007, p. 262 noot 71 met verwijzingen en 263). Alleen in het Amerikaanse federale recht bestaan sinds kort beduidend meer mogelijkheden, echter slechts op het terrein van de erfdienstbaarheden, zie hierover Van Erp 2004, p. 159-161 en French 2006, 109-116. Het Schotse recht heeft met de pas recente afschaffing van het feodale stelsel – in scherpe tegenstelling tot het Nederlandse recht – juist de neiging wat minder ruime mogelijkheden te bieden (Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 214-215; Lovett 2008, p. 1-21) en de positieve verplichtingen die zij toelaat zijn in grote meerderheid vergelijkbaar met de Nederlandse (Reid 2006, p. 71).

DEEL I

De constructie van het beperkte recht: inventarisatie van gebruikte modellen in enkele periodes uit de rechtsgeschiedenis

2 Een zekere ontwikkeling in het Romeinse recht

Ons goederenrecht en ook het idee van het beperkte recht heeft zijn oorsprong in het Romeinse recht. Bij beschouwingen over het beperkte recht is het dus allereerst van belang te weten te komen hoe de Romeinen over het beperkte recht dachten en hoe zij zich de constructie van het beperkte recht ten opzichte van eigendom voorstelden. *De* Romeinen? In de lange periode dat het Romeinse Rijk bestond, een periode die zo'n beetje de tijd tussen 750 vóór tot 500 ná Christus[1], of, zo men wil, 1450 ná Christus[2] beslaat, kan natuurlijk niet gesproken worden van *de* Romeinen, *het* Romeinse recht, en ook niet van *de* opvatting van de Romeinse juristen met betrekking tot de constructie van het beperkte recht. Anders gezegd derhalve, poogt dit hoofdstuk een antwoord te geven op de volgende vraag: hoe dachten de belangrijkste Romeinse juristen – die ons in deze tijd nog door het van hen overgeleverde werk bekend zijn – gedurende de op juridisch vlak meest gezaghebbende periodes van de Romeinse tijd over het beperkte recht?

Als men enkele belangrijke Romeinse bronnen bestudeert, dan valt op dat hierin een zekere verandering, of ontwikkeling valt te bespeuren. Hieronder wordt een overzicht van deze ontwikkeling in hoofdlijnen gegeven. Er wordt daarbij grofweg een onderscheid gemaakt tussen de 'klassieke' (vóór-Justiniaanse) periode en een latere periode waarin het recht was neergelegd in het door keizer Justinianus samengestelde *Corpus Iuris Civilis*, aangezien dit – direct of indirect – de voor ons belangrijkste twee juridische periodes uit de Romeinse tijd zijn. Het toen geschreven of samengestelde werk heeft verreweg de grootste invloed op het West-Europese continentale recht gehad.

2.1 De klassieke periode: het beperkte recht als deel van de eigendom?

In de klassieke periode lijkt niet veel te zijn geschreven over het beperkt recht als abstract concept of over de beperkte genots- en zekerheidsrechten op een

1 Rond de val van het West-Romeinse rijk.
2 Rond de val van het Oost-Romeinse rijk.

zaak van een ander (*iura in re aliena*) in hun *algemeenheid*.[3] De rechtswetenschap was dan ook grotendeels casuïstisch van aard. Toch zijn er wel fragmenten te vinden waaruit naar voren komt hoe enkele Romeinse juristen in deze periode zich het beperkte recht voorstelden. Veelvuldig komt hierbij de figuur van het voorbehoud van een beperkt recht aan bod. Deze figuur blijkt in veel rechtsstelsels en tijden een goede indruk te geven van het model of de constructie van het beperkt recht dat de desbetreffende juristen voor ogen heeft gestaan. Neemt men de figuur van het voorbehoud immers letterlijk, dan lijkt men ervan uit te gaan dat het voorbehouden beperkte recht er vóór het voorbehoud ook al was en dus als een deel van de eigendom kan worden gezien.[4] Bij de beantwoording van de vraag naar de constructie van het beperkte recht rijst dus tevens de vraag hoe letterlijk men de figuur van het voorbehoud dient te verstaan en – op deze plek – hoe letterlijk deze figuur in de belangrijkste tijdperken van het Romeinse recht werd verstaan.

2.1.1 Gaius

Gaius is één van de weinige klassieke Romeinse juristen van wie directe, bijna volledige bronnen beschikbaar zijn. Sterker nog, zijn *Instituten* zijn het "enige boek dat rechtstreeks uit de z.g. 'klassieke' periode van de Romeinse rechtswetenschap (± 50 v. Chr.- ± 250) is overgeleverd"[5]. In dit boek wordt het privaatrecht voor het eerst op een systematische wijze aan de hand van beginselen opgebouwd en beschreven.[6] De *Instituten* zijn geschreven rond 160 na Christus.

In Gaius' *Instituten* komt een passage voor over het vestigen van een beperkt recht – in casu het recht van vruchtgebruik – door voorbehoud ervan bij de overdracht van de eigendom. Daaruit komt een vrij duidelijk beeld over de constructie van het beperkte recht, althans van het recht van vruchtgebruik, naar voren:

> "Waar wij echter hebben gezegd, dat vruchtgebruik slechts voor *in iure cessio* vatbaar is, is dit niet zonder reden gezegd, ofschoon het ook door *mancipatio* kan

3 Hetzelfde geldt overigens voor het *Corpus Iuris Civilis*, dat grotendeels op het klassieke recht is gebaseerd. Zie ook Feenstra 1994, p. 82-83. Dit overigens nog los van het feit dat het Romeinsrechtelijke systeem vooral gericht was op rechtsvorderingen (*actiones*), en zich veel minder bezig hield met – de hier (veel) later aan ten grondslag gelegde – subjectieve rechten.

4 "Men zal toch pas iets kunnen voorbehouden wanneer het er eerst is", aldus Van Dooren in *WPNR 5262* (1974), p. 297-298. Zie ook Veugen in *WPNR 5285* (1974), p. 794: "Het is toch zeker buiten kijf, dat men een voorbehoud slechts kan maken ten aanzien van iets, wat men houdt, dus heeft!"

5 J.E. Spruit, *Gesprek met Gaius, jurist in Klein-Azië*, Antwerpen: Maklu 2000, p. 1.

6 Kaser/Wubbe 1971, p. 24.

> worden gevestigd in zoover, dat het bij de *mancipatio* van den eigendom kan worden teruggehouden; want niet het vruchtgebruik zelf wordt gemancipeerd, maar, omdat het bij de *mancipatio* van den eigendom wordt afgetrokken, wordt toch bewerkt, dat bij den een het vruchtgebruik en bij den ander de eigendom is."[7]

Hieruit lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat Gaius zich het beperkte recht voorstelde als een deel van de eigendom, als een stukje van die eigendom, als een afgesplitste, inhoudelijk beperkte deelbevoegdheid van het eigendomsrecht. Het wordt immers door de vervreemder bij de vervreemding "teruggehouden" (*detrahi*). Met andere woorden: het blijft achter waar het daarvoor ook al was, toen vervat in de eigendom. Het beperkte recht wordt daarmee gezien als een recht dat al in geïntegreerde vorm aanwezig is in de eigendom zelf[8] en hier slechts nog van hoeft te worden afgesplitst om een zelfstandig recht te verkrijgen. Dit kan worden gedaan door de eigendom minus dit zelfstandige recht aan de verkrijger over te dragen. De verkrijger krijgt het – normaal gesproken in de eigendom vervatte – recht van vruchtgebruik geen moment in handen. Door de overdracht van de eigendom zelf met voorbehoud van het beperkte recht wordt het beperkte recht uit de eigendom 'losgemaakt', van de eigendom "afgetrokken" (*deducatur)*. De verkrijger verkrijgt daarmee, zoals we dat noemen, de bloot eigendom.[9]

Het eerdere fragment uit Gaius' *Instituten*, waarnaar bovenstaande passage verwijst, geeft reeds ditzelfde beeld. Het gaat hier over de vermenging van beperkt recht – wederom het recht van vruchtgebruik – en eigendom als beide in dezelfde handen komen.

> "Vruchtgebruik wordt slechts door *in iure cessio* verkregen; want de eigenaar kan het vruchtgebruik door *in iure cessio* aan een ander overdragen, opdat gene het vruchtgebruik heeft en hijzelf den blooten eigendom behoudt. De vruchtgebruiker zelf bewerkt door *in iure cessio* van het vruchtgebruik aan den eigenaar, dat het voor hem verloren gaat en in den eigendom opgaat; (…)."[10]

---

7 Gaius, Instituten, 2,33 *Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamuis etiam per mancipationem constitui posit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.* De vertaling is ontleend aan A.C. Oltmans, *De Instituten van Gaius*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1958.

8 Deze in de eigendom geïntegreerde vorm van het vruchtgebruik stond in de Middeleeuwen bekend als *ususfrustus causalis*, zie hfdst. 3 par. 3.1.1.

9 Deze term (*nuda proprietas)* werd ook door de Romeinse juristen reeds gebruikt, zie het volgende tekstfragment.

10 Gaius, Instituten, 2,30 *Usufructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; (…).* Ook deze vertaling is ontleend aan Oltmans 1958.

Ook hier wordt uitgegaan van het beeld van het beperkte recht als een in de eigendom begrepen recht, als een deel van die eigendom. Er wordt immers gesproken van het "overdragen" (*cedere*) van het vruchtgebruik door de (voorheen) vol eigenaar. Bovendien "*gaat* het vruchtgebruik ook weer in de eigendom *op*, keert het erin terug" (*convertatur*)[11] als de vruchtgebruiker het aan de (nu) bloot eigenaar terug overdraagt.

2.1.2 De Fragmenta Vaticana

2.1.2.1 Paulus

De jurist Julius Paulus leefde ongeveer een halve eeuw na Gaius. Van hem zijn enkele geschriften overgeleverd via de *Fragmenta Vaticana*. De *Fragmenta Vaticana* vormen geen rechtstreekse bron uit de klassieke periode, maar een verzameling van uittreksels uit de geschriften van juristen uit de klassieke periode en bepalingen uit diverse keizerlijke verordeningen, die stamt uit de vierde eeuw na Christus.

In de *Fragmenta Vaticana* is van Paulus een stuk te vinden dat ook handelt over het ontstaan van vruchtgebruik door voorbehoud bij de overdracht van eigendom. Van belang hierbij zijn de formuleringen die voor het ontstaan van het vruchtgebruik door middel van *in iure cessio* of *mancipatio* dienden te worden gebezigd. Hierin werd steeds gebruik gemaakt van de bewoordingen "een stuk grond *onder aftrek van* het vruchtgebruik" (*deducto usu fructu*), bijvoorbeeld:

> "(…) Ik beweer dat dit stuk grond van mij is onder aftrek van het vruchtgebruik vanaf 1 januari. (…)"[12]

Ook hierin herkennen we het beeld van het beperkte recht als een deel van de eigendom, dat van de eigendom moet worden afgetrokken om het te doen ontstaan. Het vruchtgebruik moet *uit de eigendom worden gehaald* om een apart recht, een beperkt recht, te gaan vormen.

---

11 In de Instituten van Justinianus komt men de term '*re*vertere/*re*verti' in dezelfde zin tegen, bijv. in Inst. 2,4,4 *(revertitur ad proprietatem)* Er lijkt bij het gebruik van deze twee termen geen wezenlijk verschil in betekenis te bestaan.

12 *(…) Aio hunc fundum meum esse deducto usu fructu ex. kal. Ian. (…)* Zie Fragmenta Vaticana, 50. Voor de vertaling is gebruik gemaakt van Spruit & Bongenaar, *Fragmenta Vaticana e.a.*, Zutphen: De Walburg Pers 1987. Dezelfde terminologie wordt ook in Fragmenta Vaticana, 47 en 47a gebruikt.

2.1.2.2 Diocletianus en Constantius

Ook in de *Fragmenta Vaticana* opgenomen is een constitutie van Keizer Diocletianus en *Caesar* Constantius uit het einde van de derde eeuw na Christus die betrekking heeft op de Lex Cincia inzake schenkingen. Hierin wordt een vergelijkbare terminologie gebruikt waar gesproken wordt over het voorbehoud van een vruchtgebruik:

> "(…) Als derhalve uw beschermvrouwe, toen zij nog in leven was, op grond van de bovenbedoelde rechtregel het perceel grond waarvan zij het vruchtgebruik voor zichzelf behouden heeft, uit hoofde van schenking aan u overgedragen heeft, zult u begrijpen dat uw recht voldoende gewaarborgd is. (…)"[13]

Hier wordt gesproken van het "voor zichzelf behouden" van een vruchtgebruik (*retinere* –"*retento usu fructu*"). Kennelijk zat dit vruchtgebruik ook al besloten in de eigendom, die de beschermvrouwe vóór de overdracht onder voorbehoud van vruchtgebruik had. Ook deze terminologie past goed in de wijze waarop de andere hier aangehaalde klassieke juristen het beperkte recht lijken te beschouwen: als onderdeel van de eigendom.

2.1.3 Korte tussenconclusie en vooruitblik

In de klassieke periode lijkt juristen – voor zover de overlevering van bronnen het toelaat op dit punt een overzicht te krijgen – over het algemeen een vrij eenvoudig model voor ogen te hebben gestaan van het begrip beperkt recht. Men nam de figuur van het voorbehoud (vrij) letterlijk. Vermeld moet worden, dat de fragmenten die hierboven zijn aangehaald om dit model toe te lichten alle geschreven zijn in het kader van de bespreking van het recht van vruchtgebruik. Heel opmerkelijk is dit niet, aangezien het vruchtgebruik samen met de erfdienstbaarheden behoort tot de oudste beperkte zakelijke rechten van het Romeinse recht, waar in de Romeinsrechtelijke geschriften ook verreweg het meeste over te vinden is. Er valt echter niet met zekerheid te zeggen of dit beeld in die tijd ook voor (al) de overige beperkte rechten werd gehanteerd. In ieder geval lijken de Romeinse juristen ten tijde van Gaius ten aanzien van het recht van vruchtgebruik de opvatting te huldigen dat de eigenaar die zich

---

13 *(…) Si igitur patrona tua in rebus humanis agens supra dicto iure ex causa donationis, retento sibi usu fructu, ad te eundem fundum transtulit, intellegis ius tuum satis esse munitum (…)* Zie Fragmenta Vaticana, 313. Ook deze vertaling is ontleend aan Spruit & Bongenaar 1987.

bij overdracht van de eigendom dit beperkte recht voorbehield daarmee een deel van zijn bevoegdheden behield.[14]

Dit beeld – dat in (veel) later tijden ook wel werd beschreven door middel van het idee van de eigendom als de taart waar een taartpunt (het beperkte recht) uit wordt gesneden,[15] of bekend zou staan onder de benaming 'afsplitsingsmodel'[16] of daarmee vergelijkbare termen – speelt nog altijd een dominante rol in de manier waarop tegen het beperkte recht wordt aangekeken en in de manier waarop het op het beperkte recht toepasselijke recht wordt uitgelegd.

Er zal nu worden bezien hoe het hierboven geconstrueerde model van het beperkte recht zich verder heeft ontwikkeld in het Romeinse recht. Er blijkt namelijk verandering te zijn gekomen in het eenvoudige, statische model waartoe men zich in de klassieke periode leek te beperken. Zoals eerder aangegeven, wordt hierbij de aandacht gericht op een ander tijdvak, de voor de latere rechtsontwikkeling belangrijkste periode van de Romeinse tijd: de tijd van Justinianus.

2.2 Justiniaans Romeins recht: het Corpus Iuris Civilis

Keizer Justinianus (527-565 na Chr.) heeft met het *Corpus Iuris Civilis*, dat onder zijn gezag voor het grootste gedeelte in de jaren 533 en 534 na Christus in werking trad, de belangrijkste bronnen van Romeins recht van zijn tijd gecodificeerd. Deze periode van Romeins recht is echter slecht te scheiden van de hierboven behandelde klassieke periode, nu het grootste en belangrijkste deel van Justinianus' codificatie, de *Digesten*, bestaat uit geschriften van juristen uit de klassieke periode, zoals – naast de hierboven reeds geciteerde Paulus en Gaius – Papinianus, Ulpianus, Modestinus en Pomponius. Een ander deel, de *Instituten*, was grotendeels gebaseerd op het hierboven genoemde, gelijknamige werk van Gaius. Belangrijke delen van het *Corpus* vormen daarmee een reconstructie van de stand van het recht uit de klassieke periode. Dat was

14 Zo ook Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 79. Daarmee zou het voorbehoud in die tijd als een zelfstandige, van de reguliere vestiging te onderscheiden vorm van vestiging van een beperkt recht worden gezien, vgl. Dirksen I (1841), p. 110-111. Kaser/Wubbe 1971 (p. 141) lijkt (al) bij de klassieke juristen dit simpele beeld te ontkennen, maar vermeldt ook dat dezen zich "aan een exacte juridische constructie (…) weinig gelegen [hebben] laten liggen."

15 Of, zuiverder: de gelaagde taart waar (een deel van) één van de lagen uit wordt gesneden. Een taartpunt staat in dat geval voor een aandeel in de mede-eigendom van de zaak in zijn geheel. Zie ook hfdst. 1 par. 1.1 noot 9.

16 T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 361 e.v. Zie ook Th. F. De Jong, *De structuur van het goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 14 e.v en E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 105 e.v.

ook precies de bedoeling van Justinianus, die wenste het Romeinse recht uit deze periode in ere te herstellen. In de eeuwen tussen deze beide periodes was namelijk een proces op gang gekomen dat wel *vulgarisering* wordt genoemd: ontbinding van klassieke vormen en denkstructuren, ingeslopen lekenvoorstellingen, sentimentsredeneringen, retorisch beïnvloed taalgebruik, afbraak van juridisch-technische terminologie en versmelting van rechtsinstituten.[17] Justinianus wilde met zijn codificatie deze ontwikkelingen een halt toeroepen.[18]

De in de volgende paragraaf uit het *Corpus Iuris Civilis* aan te halen teksten zijn dus veelal oorspronkelijk geschriften van juristen uit de klassieke periode. Door de opneming van zoveel van deze geschriften in het *Corpus Iuris Civilis* bestaat er zoals gezegd een weinig strikte scheiding tussen de klassieke en de Justiniaanse periode. Een belangrijk verschil met de klassieke periode is echter gelegen in het feit dat *niet alle* geschriften van de gezaghebbende klassieke juristen in de *Instituten* en/of *Digesten* terecht zijn gekomen. Er is een selectie gemaakt uit de enorme hoeveelheid toen nog beschikbare regels uit de klassieke tijd. Alle inmiddels in onbruik geraakte, verouderde en opzij gezette juristenteksten werden hierbij geschrapt. Alleen die geschriften die op dat moment nog als geldend recht en/of van actueel belang werden beschouwd werden opgenomen én kregen vanaf toen *exclusieve* werking.[19] Naast het maken van een selectie uit deze enorme hoeveelheid beschikbare geschriften werden de opgenomen teksten wel door het aanbrengen van *wijzigingen* in de bestaande redactie (*interpolaties*) geschikt gemaakt voor de rechtspraktijk van de zesde eeuw.[20] Men moet hierdoor in het *Corpus Iuris Civilis* het klassieke recht zoeken onder een dikke laag van deze talrijke, welbewuste en soms sterke wijzigingen.[21] De overige, niet opgenomen geschriften werden dus vanaf toen *niet meer* als geldend recht erkend en verloren daarmee hun rechtskracht.[22]

De hierboven in de vorige paragraaf aangehaalde teksten kwamen in het *Corpus Iuris Civilis* niet terug. Onduidelijk is wat hier de precieze reden van is. Eén van de oorzaken kan zijn gelegen in het feit dat in die teksten gesproken wordt van *mancipatio* en *in iure cessio*, vormen van overdracht die in de Justiniaanse periode waren afgeschaft en/of al lange tijd in onbruik geraakt.[23]

---

17 Spruit, *Corpus Iuris Civilis I: Instituten*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 1993, p. XIII.

18 Vergelijk – naast het in de vorige noot genoemde werk – Kaser/Wubbe 1971, p. 6-8 en p. 111, nr.3 en 4; Feenstra 1994, nr. 10; Van Oven 1948, p. 35.

19 Lokin & Zwalve 2006, p. 83.

20 Spruit, *Corpus Iuris Civilis II: Digesten 1-10*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 1994, p. XX; Kaser/Wubbe 1971, p. 9; Feenstra 1994, nr. 3.

21 Van Oven 1948, p. 38, in combinatie met p. 35 en 39.

22 Zie ook Lokin & Zwalve 2006, p. 82-87.

23 Voor afschaffing *mancipatio* zie C. 7,31,1,5.

De vraag blijft echter of het daaruit gedestilleerde model van het beperkte recht nog steeds het beeld weergaf dat in deze latere periode van het beperkte recht bestond.

2.2.1 Een ander beeld: opnieuw Paulus

Ook in het *Corpus Iuris Civilis* komt nog steeds wel eenzelfde soort woordgebruik voor als hierboven werd aangehaald.[24] Zo vinden we in Justinianus' *Instituten* en *Digesten* termen als "het vruchtgebruik (…) als een afscheiding van de eigendom" (*a proprietate separationem*)[25], "een perceel (…) onder voorbehoud van vruchtgebruik" (*deducto usu fructu*)[26], "onder aftrek van het vruchtgebruik" (*detracto usu fructu*)[27], "zijn eigen recht vermindert en dat van de ander vergroot heeft, d.w.z. op zijn huis een erfdienstbaarheid gevestigd heeft" (*quam ius suum deminuit, alterius auxit*)[28], "het vruchtgebruik (…) (dat) tot de eigendom terugkeert" (*ad proprietatem reverti*)[29], etcetera.[30] Dit is uiteraard ook een gevolg van het feit dat het *Corpus* voor het overgrote deel gevormd is uit klassieke geschriften. We vinden zelfs in de *Digesten* (D. 7,1,4) de volgende tekst van Paulus:

> "Vruchtgebruik is *in vele gevallen* een *deel van de eigendom* en het staat vast dat het zowel met onmiddellijke ingang als ook met ingang van een bepaalde datum gegeven kan worden."[31] (cursivering toegevoegd)

---

24 Zie over dit taalgebruik, en hoe dit taalgebruik uit de klassieke tijd in het Justiniaanse recht bleef doorwerken: Dirksen I (1841), p. 114-118.

25 Inst. 2,4,1. Vertaling Spruit c.s. I (1993).

26 Idem. Zie ook D. 7,1,6. Vertaling Spruit c.s. II (1994).

27 D. 7,1,36,1. Vertaling Spruit c.s. II (1994).

28 D. 39,1,5,9. Vertaling Spruit c.s. V (2000).

29 Idem, en Inst. 2,4,4. Vertaling Spruit c.s. I (1993).

30 Ook Spruit 2003, *Cunabula iuris*, nr. 254 vermeldt dat de conceptie van de beperkte rechten als fracties, als afgesplitste, inhoudelijk beperkte deelbevoegdheden van het eigendomsrecht in het klassieke én Justiniaanse recht kenbaar is. Vermeld wordt daar echter ook dat deze conceptie nimmer aldus is verwoord door enige Romeinse jurist en evenmin expliciet is vastgelegd in het *Corpus Iuris Civilis*. De hierna genoemde Digestentekst D. 7,1,4 komt echter wel zeer dichtbij een dergelijke verwoording.

31 D. 7,1,4 *Usus fructus <in multis casibus> pars dominii est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest*. Gekozen is hier voor de meest letterlijke vertaling van *pars dominii* als 'deel van de eigendom'. De vertaling is ontleend aan Spruit c.s. II (1994). Zwalve 2006-I (p. 77-79) vertaalt *pars dominii* met 'een soort eigendomsrecht', zie ook noot 33. Behalve in de tekst van D. 7,1,4 lijkt de kwestie of vruchtgebruik een deel van de eigendom is ook nog bevestigend te worden beantwoord door Papinianus in D. 31,76,2.

Hierin komt het beeld van vruchtgebruik als deel van de eigendom wel zeer letterlijk naar voren, hoewel daaraan wel direct de beperking "in vele gevallen" (*in multis casibus*) wordt toegevoegd.[32]

Tóch lijkt er ten tijde van Justinianus verandering te zijn gekomen in de overheersende opvatting van het beperkte recht. Een sterke aanwijzing hiervoor vindt men in een andere Digestentekst (D. 50,16,25 pr.) onder het veelzeggende titelopschrift "De betekenis van woorden" (*De verborum significatione*), verrassenderwijs óók van Paulus, waarin hij duidelijk blijk geeft van een héél ander beeld van het vruchtgebruik:

> "Met recht zeggen wij dat een perceel grond, ook wanneer een ander het vruchtgebruik ervan heeft, geheel aan ons toebehoort, omdat het vruchtgebruik *geen bestanddeel van de eigendom*, maar een dienstbaarheid is, net zoals het recht van weg en overpad. Het is immers niet onjuist te zeggen dat iets geheel aan mij toebehoort, wanneer van geen enkel deel ervan kan worden gezegd dat het aan een ander toebehoort. Ook Julianus zegt dit en het is inderdaad de meest juiste opvatting."[33] (cursivering toegevoegd)

Hier verkondigt Paulus een mening diametraal tegengesteld aan de hiervoor genoemde opvatting: in de eerste tekst vermeldt hij dat vruchtgebruik een deel van de eigendom (*pars dominii*) is en in deze opvatting vermeldt hij uitdrukkelijk dat vruchtgebruik *géén* deel van de eigendom is, maar juist een dienstbaarheid (*non pars dominii, sed servitutis sit*). Daarom kan de eigenaar ook met recht zeggen dat de zaak – ondanks het erop gevestigde vruchtgebruik – geheel aan hem toebehoort, aldus ook Julianus. De Justiniaanse wetgeving zag in het vruchtgebruik dan ook een persoonlijke *dienstbaarheid*, naast de *zakelijke* of *reële* dienstbaarheid die uit een ander beperkt recht, de

---

32 Mommsen 1954 vermeldt hier overigens dat *in multis casibus* volgens Gradenwitz een interpolatie is geweest. Mocht deze wijziging inderdaad ten tijde van Justinianus in de tekst zijn aangebracht, dan duidt dat des te meer op de in dit hoofdstuk beschreven rechtsontwikkeling in het Romeinse recht die het beperkte recht steeds minder als daadwerkelijk deel van de eigendom is op gaan vatten. De samensteller van het *Corpus Iuris Civilis* lijkt dan immers ook al te hebben geprobeerd van deze ongenuanceerde opvatting af te komen. *In multis casibus* kan in die lijn dan ook met 'in veel opzichten' worden vertaald, zie bijv. Mommsen, Krüger & Watson 1985 ('in many respects').

33 D. 50,16,25 pr. *Recte dicimus eum fundum <totum> nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, <sed servitutis> sit, ut via et iter: nec falso dici <totum> meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Julianus, et est verius.* De vertaling is ontleend aan Spruit c.s. VI (2001), die hierbij de emendatie *servitus* vertaald heeft voor *servitutis*. Zwalve 2006-I (p. 77) verwerpt deze emendatie en geeft als vertaling 'geen soort eigendomsrecht is, maar een *species van het genus genotsrechten*', hetgeen uiteindelijk overigens geen groot verschil in betekenis oplevert. De door Mommsen 1954 aangegeven mogelijke interpolaties zouden ook in dit geval de hier beschreven rechtsontwikkeling slechts kunnen ondersteunen. Behalve Paulus in de tekst van D. 50,16,25 pr. spreekt ook Gaius – hoewel hij onbeslist blijft over de door hem opgeworpen vraag of het vruchtgebruik een deel van de zaak is – in D. 46,1,70,2 over het vruchtgebruik als 'een *op* het perceel grond *rustend recht*'.

erfdienstbaarheid, voortvloeide.[34] Een persoonlijke dienstbaarheid was een *last op een zaak* ten behoeve van een *persoon*, een zakelijke dienstbaarheid een *last op een zaak* ten behoeve van een andere *zaak*. Voorbeelden van die laatste zijn de ook in de tekst van Paulus genoemde rechten van weg en overpad.

Met deze zienswijze komt ook een ander beeld van het beperkte recht naar voren: het beperkte recht niet als *een deel van* de eigendom, maar als een *last*, als een *bezwaring* van die eigendom. Vastgesteld kan tevens worden dat dit beeld niet alleen voor het vruchtgebruik, maar ook voor erfdienstbaarheden opging, zoals in de tekst terloops wordt vermeld. Of Paulus hiermee daadwerkelijk radicaal van gedachten is veranderd, of dat hij wellicht zijn eerdergenoemde bewoordingen in een ander licht – en wellicht op een, in technische zin, juistere wijze – bijstelt, valt niet goed op te maken.[35] Zoals gezegd, stammen bovendien ook de in deze paragraaf aangehaalde teksten oorspronkelijk uit de klassieke periode. Er valt daarom moeilijk te achterhalen in hoeverre deze in de *Digesten* uit de klassieke tijd overgeleverde teksten van Paulus gedurende de eeuwen daarna nog hun oorspronkelijke vorm hadden behouden.[36] Duidelijk is wél dat deze laatste tekst de *enige* tekst is die *expliciet* aandacht besteedt aan de problematiek van de constructie van het beperkte recht – waar in de overige hierboven genoemde teksten het onderwerp steeds in de context van andere rechtsregels naar voren kwam[37] – *én* in het *Corpus Iuris Civilis* is opgenomen.

Bovendien is er nog een aantal andere teksten in de *Digesten* te vinden dat – wederom in het kader van andere rechtsregels – het laatstgenoemde beeld van het beperkte recht, althans het recht van vruchtgebruik, uitdrukkelijk ondersteunt en bevestigt.[38] Zo schrijft Ulpianus in D. 7,6,5 pr.:

---

34 Zie Kaser/Wubbe 1971, p. 137 en 141; Spruit 2003, *Cunabula iuris*, nr. 319 e.v.; Heirbaut 2005, p. 284-285.

35 Vgl. ook Zwalve, Simplex et perpetuum, 2006, p. 78. Volgens Freisen (diss. 1881, par. 3) heeft de spreuk *ususfructus est pars dominii* in o.a. D. 7,1,4 slechts een relatieve betekenis. Hij beroept zich onder meer op Dernburg, die ons in Pfandrecht I (1860), p. 132-133 een (mogelijke) verklaring verschaft voor de in noot 31 genoemde, contraire teksten van D. 31,76,2 en D. 7,1,4. Zie voor deze verklaring hfdst. 4 par. 4.1.1.2. Zie over deze teksten verder nog Windscheid-Kipp I (1906), p. 1024 noot 3. Ook Kaser/Wubbe 1971 (p. 141) vermeldt dat de term *pars dominii* vermoedelijk geen dogmatische betekenis heeft (Kaser/Knütel 2003, p. 179: "*pars dominii* bedeutet nur ein Bild, ohne konstruktive Funktion").

36 Immers, "(…) wij [kunnen] nooit met zekerheid een Digestentekst voor een uitlating van den klassieken jurist (…) verklaren." (Van Oven 1948, p. 38)

37 Regels over of verkrijging door middel van *in iure cessio* of *mancipatio* moest plaatsvinden (Gaius, Instituten, 2,30 en 2,33), welke formuleringen bij de *in iure cessio* moesten worden gebezigd (Fragmenta Vaticana, 50), de wijze waarop schenkingen tot stand worden gebracht (Fragmenta Vaticana, 313) en of vruchtgebruik zowel met onmiddellijke ingang als met ingang van een bepaalde datum kan worden gegeven (D. 7,1,4).

38 Een enigszins twijfelachtige tekst is die van Papinianus in D. 7,1,33,1: "Aangenomen wordt dat in sommige gevallen een vruchtgebruik niet wordt behandeld als een deel van de eigendom. (…)" (*Usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit (…).*)Vertaling van Spruit c.s. II (1994). Deze tekst, en de eerder in noot 31 genoemde D.

> "Een recht om te gebruiken en de vruchten te trekken kan alleen degene opeisen die een vruchtgebruik heeft, maar de eigenaar van een stuk grond kan dat niet, omdat degene aan wie het eigendomsrecht toekomt geen afzonderlijk recht van vruchtgebruik heeft (…)"[39]

En lezen we nogmaals bij Paulus (D. 7,1,63):

> "Wat ons niet toebehoort, zullen wij aan anderen wel kunnen overdragen; iemand die een perceel grond heeft kan bijv., ook al heeft hij niet het vruchtgebruik, toch het vruchtgebruik aan een ander afstaan."[40]

En, opnieuw Paulus, in D. 45,1,126,1:

> "(…) het vruchtgebruik dat iemand op zichzelf beloofd heeft, houdt minder in dan het vruchtgebruik dat in de eigendom is inbegrepen. (…)"[41]

En tot slot Ulpianus nogmaals (D. 46,4,13,2):

> "Zeker is dat wie zich een perceel grond heeft laten beloven en dan het vruchtgebruik of het recht van weg kwijtscheldt, zich in de positie bevindt dat de kwijtschelding ongeldig is, want wie kwijting verleent, moet óf voor het geheel óf voor een deel van hetgeen hij gestipuleerd heeft kwijting verlenen. Welnu, de genoemde rechten zijn *geen delen*, net zomin als wanneer iemand die zich een huis heeft laten beloven kwijting kan verlenen voor de stenen, de ramen, een muur of een kamer."[42] (cursivering toegevoegd)

31,76,2, waar Papinianus nog over het vruchtgebruik spreekt als bestanddeel van de eigendom, lijkt Papinianus echter in D. 31,66,6 te verduidelijken. Hier oordeelt hij – in het kader van nagenoeg dezelfde rechtsvraag – over deze kwestie heel anders en veel genuanceerder en legt ook hij hier uit dat het vruchtgebruik een *recht* en *niet een aandeel* in de zaak is, maar wel een voordeel van de zaak omvat.

39 D. 7,6,5 pr. *Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet propietatem, utendi fruendi ius seperatum non habet (…)* De vertaling is ontleend aan Zwalve, Simplex et perpetuum, 2006, p. 79. Strikt genomen zou men ook kunnen vertalen 'want wie de bloot eigendom heeft, heeft niet het daarvan afgescheiden recht van vruchtgebruik', maar deze vertaling heb ik nergens gevonden en lijkt hier ook minder voor de hand te liggen. De vertaling van Zwalve is in lijn met de meeste grote vertalingen. Spruit c.s. II (1994) geeft overigens "(…) want wie de eigendom heeft, heeft niet afgescheiden daarvan een recht van gebruik en vruchttrekking (…)".

40 D. 7,1,63 *Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest.* Vertaling van Spruit c.s. II (1994).

41 D. 45,1,126,1 *(…) minus est in eo usu fructu, quem per se quis promisit, quam in eo, qui proprietatem comitatur. (…)* Vertaling van Spruit c.s. VI (2001).

42 D. 46,4,13,2 *Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usum fructum vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat: qui emin accepto facit, vel totum vel patrem eius, quod stipuoatus est, debet accepto facere, hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel parietem vel diaetam.* Vertaling van Spruit c.s. VI (2001).

In deze bronnen wordt nog enkele malen duidelijk naar voren gebracht dat hoewel vruchtgebruik in zekere zin natuurlijk wel *lijkt* op eigendom,[43] het niet daadwerkelijk gezien kan worden als een stukje van die eigendom (en het ook minder inhoudt dan de vruchttrekkingsrechten die in de eigendom inbegrepen zijn). Eigendom verschaft immers een in beginsel volledig, onbeperkt, inhoudelijk niet af te bakenen, onbepaald bevoegdhedencomplex.[44] Ulpianus benadrukt dit in D. 46,4,13,2 nog maar eens met zijn metafoor van het huis. En ondanks dat ook hier – in D. 7,1,63 – wordt gesproken van *cedere* (= overdragen, hier vertaald als: afstaan), is duidelijk dat het hier *niet* gaat om de afsplitsing en overdracht van een deel van de eigendom. Om met de woorden van Zwalve te spreken: de teksten D. 50,16,25 pr. en D. 7,6,5 pr. "vormen de weerslag van de (…) zienswijze dat het eigendomsrecht en het recht van vruchtgebruik begripsmatig streng van elkander dienen te worden onderscheiden, en wel op tweeërlei wijze: ten eerste dient het eigendomsrecht niet te worden ontleed in allerlei verschillende genotsrechten die tezamen het 'volle' eigendom (*dominium plenum*) zouden vormen en ten tweede kan de vestiging van een recht van vruchtgebruik niet worden beschouwd als een afsplitsing van het eigendomsrecht, of – beter gezegd – de overdracht van één specifieke, aan de eigenaar toekomende bevoegdheid, want een dergelijke afzonderlijke – dat wil zeggen van het eigendomsrecht als zodanig te abstraheren – bevoegdheid heeft de eigenaar niet."[45]

Met de opname van deze teksten in het *Corpus Iuris Civilis* lijkt het algemene beeld van de constructie van het beperkte recht in belangrijke mate te zijn veranderd.[46] De tekst van Paulus in D. 50,16,25 pr. geeft de beste weergave van dit veranderde beeld en het is het in het besproken Romeinse recht overheersende beeld geworden.

2.2.2 Van "vulgäre Auffassung" naar D. 50,16,25 pr.

Een van de voornaamste Pandektisten, Heinrich Dernburg,[47] laat zich in het eerste deel van zijn standaardwerk over zekerheidsrechten *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* uit over dit veranderde beeld van het beperkte recht. Hijzelf was in zijn tijd sterk gekant tegen de opvatting van een beperkt recht als 'losgemaakt' eigendomsbestanddeel, als 'splinter'

43 Vgl. ook D. 45,1,58.
44 Spruit 2003, *Cunabula iuris*, nr. 254 en 255.
45 Zwalve, Simplex et perpetuum, 2006, p. 79.
46 In dezelfde zin, ook op basis van D. 50,16,25 pr.: Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 79. Vgl. voorts Dirksen I (1841), p. 111-112 en – met name – Freisen, diss. 1881, par. 6.
47 Pandektisten waren negentiende-eeuwse Duitse juristen die het Romeinse recht op hernieuwde wijze bestudeerden. Over – de onder de Pandektisten vrij praktisch ingestelde – Dernburg: *GROM* Deel XXIV (2007). Eén van Dernburgs belangrijkste werken – naast het hier genoemde – vormt zijn *Pandekten* (hierover meer hieronder en in hfdst. 4 par. 4.1.1.2).

van het eigendomsrecht. Zijns inziens kunnen eigendomsrecht en beperkt recht "*durch bloße Addition und Subtraction von Befugnissen nie ineinander übergehen*." In het voorbehoud van een beperkt recht zag hij dan ook geen "*Erhaltung von Eigenthumsbefugnissen, sondern die Neubildung einer bisher nicht vorhandenen Gerechtigkeit* (…)".[48]

Hij doet voor de verdediging van zijn standpunt óók een beroep op de vele fragmenten uit de *Digesten* die (indirect) *in het Romeinse recht zelf* reeds blijk geven van deze 'moderne' hierboven besproken opvatting van D.50,16,25 pr. over de constructie van het beperkte recht. Zo wijst hij ons op een fragment van Ulpianus (D. 8,4,10):

> "Al wat een verkoper zich als een erfdienstbaarheid wil voorbehouden, behoort uitdrukkelijk te worden voorbehouden. Want het algemene voorbehoud 'degenen aan wie een erfdienstbaarheid toekomt, zullen deze in ieder geval behouden', heeft betrekking op derden en geeft de verkoper zelf geen enkel houvast om zijn rechten te handhaven. Hij heeft er immers geen gehad, aangezien niemand aan zichzelf een erfdienstbaarheid verschuldigd geweest is. Meer nog, zelfs als mij een erfdienstbaarheid verschuldigd geweest is en daarna de eigendom van de dienende zaak op mij is overgegaan, wordt consequent gezegd dat de erfdienstbaarheid teniet gegaan is."[49]

Dit fragment gaat niet alleen over het vestigen van een beperkt recht (hier een *erfdienstbaarheid*) door voorbehoud of het tenietgaan ervan door vermenging. Het zegt ook wat over het karakter van de bevoegdheden die in het eigendomsrecht vervat zijn, zolang die hierin vervat zijn d.w.z. zolang geen beperkt recht is gecreëerd waarin soortgelijke bevoegdheden vervat zijn, of nadat een dergelijk beperkt recht weer is tenietgegaan. De eigenaar die zich bij overdracht van een perceel grond een erfdienstbaarheid op dat perceel wil voorbehouden ten behoeve van een aangrenzend perceel dat hem eveneens toebehoort, dient dit met zoveel woorden te doen.[50] Een algemene bepaling waarin gesteld wordt dat bestaande erfdienstbaarheden behouden blijven, leidt er niet toe dat een voormalig eigenaar de rechten die hij voorheen uit hoofde van zijn eigendomsrecht kon uitoefenen (bijv. over het ene perceel naar het andere gaan) hierna uit hoofde van een erfdienstbaarheid kan uitoefenen. Deze erfdienstbaarheid moet daadwerkelijk gevestigd worden, want die erfdienst-

---

48 Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 272 e.v.

49 D. 8,4,10 *Quidquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet: nam illa generalis receptio 'quibus est servitus, utique est' ad extraneos pertinet, ipsi nihil prospicit venditori ad iura eius conservanda : nulla enim habuit, quia nemo ipse sibi servitutem debet: quin immo et si debita fuit servitus, deinde dominium rei servientis pervenit ad me, consequenter dicitur extingui servitutem.* Vertaling van Spruit c.s. II (1994).

50 Dit in tegenstelling tot de situatie onder ons oud BW, waar een erfdienstbaarheid door bestemming kon ontstaan of herleven (art. 747 en 748 OBW). Met het nieuwe NBW is Meijers teruggekeerd naar de Romeinsrechtelijke situatie.

baarheid is *niet* al vervat in de eigendom. Of, zoals Ulpianus het verwoordde: de eigenaar heeft immers geen erfdienstbaarheid gehad. Die kan namelijk niet bestaan ten behoeve van iemand die al eigenaar van de belaste zaak is, zelfs niet als hij pas later eigenaar is geworden. In dat laatste geval gaat een eventuele erfdienstbaarheid immers door vermenging teniet, *niet* doordat de erfdienstbaarheid als afgesplitst stukje eigendom zich weer terug in de eigendom voegt, maar "*aangezien niemand aan zichzelf een erfdienstbaarheid verschuldigd (…) is.*"[51] Het karakter van die bevoegdheden zolang die nog uit hoofde van een eigendomsrecht worden uitgeoefend, is dus van geheel andere aard dan dezelfde soort bevoegdheden die uit hoofde van een erfdienstbaarheid worden uitgeoefend. Kortom: het voorbehoud van dit soort bevoegdheden in de vorm van een erfdienstbaarheid is *geen* voorbehoud van een stukje eigendom, *geen* voorbehoud van enkele voorheen in het eigendomsrecht vervatte bevoegdheden. Opvallend in dit fragment is bovendien het woordgebruik: hier wordt niet meer gesproken van het "aftrekken" (*deducere*) van het beperkte recht van de eigendom, maar van het "terugkrijgen, ontvangen" (*recipere*) van het beperkte recht.[52] Ook wordt vermeld dat een eigenaar op de gestelde wijze *niet* zijn rechten kan "handhaven", de eigenaar die rechten uit het eigendomsrecht *niet* kan "behouden" (*conservare*). De enige manier om die rechten in enige vorm uit te kunnen blijven oefenen is dus de (uitdrukkelijke) vestiging van een erfdienstbaarheid. Ook deze nuance in het taalgebruik maakt goed duidelijk waar het verschil precies in zit.

Ook Dernburg wijst met nadruk op het taalgebruik van de in de *Digesten* aangehaalde fragmenten van diverse Romeinse juristen die handelen over het voorbehoud van een beperkt recht.[53] Dit taalgebruik ondersteunt zijn zienswijze van de constructie van het beperkte recht als 'Neubildung' en is in tegenspraak met de oude zienswijze van het beperkte recht als deel van de eigendom. Hij haalt het taalgebruik aan in verschillende fragmenten waarin sprake is van het vestigen van een beperkt recht door voorbehoud: "*imponere servitutem*" (een dienstbaarheid *opleggen/toevoegen* (vertaling AFM), in: D. 8,4,3; D. 8,4,7 en 8,3,33. Zie overigens ook D. 8,4,6; D. 8,1,8 pr.; D. 8,1,19), "*injungere servitutem*" (een dienstbaarheid *opleggen/verbinden* aan (vertaling AFM), in: D. 8,4,5), "*efficere servam*" (*dienstbaar* maken[54], in: D. 8,2,34 en D. 8,4,6[55]) en "*ser-*

51 Zie ook D. 8,2,26: '*nulli res sua servit*'. Deze redengeving vinden we in een sterk op de tekst van D. 8,4,10 gelijkende formulering ook bij Hugo de Groot (*Inleidinge*, II, 36, 2 slot) nog terug: "*want iemands eighen goed kan hem geen dienstbaerheid schuldig zijn*".

52 Deze term wordt ook gebruikt in D. 8,4,4 en 8,4,5 en duidt op een wat passievere rol van de voormalig eigenaar. Men kan *recipere* ook actiever vertalen als 'terugnemen'. Toch blijft het element 'terug (*re*)' mijns inziens suggereren dat het recht een bepaalde tegengestelde beweging maakt, niet blijft waar het voorheen al was. Zie over het verschillende taalgebruik in deze ook Gesterding VI (1837), p. 38 en Dirksen I (1841), p. 114-118.

53 Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 276.

54 Vertaling van Spruit c.s. II (1994) van D. 8,4,6.

vum facere tradendo" (bij de overdracht *belasten* met een erfdienstbaarheid[56], letterlijk: 'slaaf(s) maken', in: D. 8,4,6). Hier kan voorts nog gewezen worden op de term "*constituere servitutem*" (een dienstbaarheid *tot stand brengen/instellen* (vertaling *AFM*), in: D. 8,1,19).[57]

Een tweede fragment dat in deze context inzicht verschaft is D. 8,4,6 pr., waarin door Ulpianus wordt geconstateerd dat iemand die twee huizen heeft, bij de overdracht van het ene huis kan bedingen dat het andere huis aan dit huis dienstbaar zal zijn (door gelijktijdige vestiging van een erfdienstbaarheid op het niet overgedragen huis), of andersom (door voorbehoud van een erfdienstbaarheid op het overgedragen huis). Maar:

> "Bij de *gelijktijdige overdracht* van de twee huizen (van dezelfde eigenaar, toevoeging *AFM*) kan men echter *niet* het ene aan het andere dienstbaar maken, aangezien men op andermans huis een erfdienstbaarheid noch kan verwerven, noch kan vestigen."[58] (cursivering toegevoegd)

Dat het hier omschrevene niet tot de mogelijkheden behoort, vindt zijn oorzaak in het volgende. Vóór de overdracht behoren de beide percelen tot het vermogen van de verkoper, op welk moment die verkoper geen erfdienstbaarheid kan vestigen op zijn ene perceel ten behoeve van zichzelf, althans zijn andere perceel. Aan een dergelijke vestiging staat hetzelfde uitgangspunt als in het vorige fragment in de weg, namelijk dat een erfdienstbaarheid niet ten aanzien van de eigenaar zelf kan worden gevestigd, beter gezegd: dat een erfdienstbaarheid niet op een zaak kan worden gevestigd ten behoeve van een andere zaak met dezelfde eigenaar als die van de eerste zaak. Een dergelijke last wordt immers per definitie gevestigd ten behoeve van een derde, een ander dus dan de eigenaar van de zaak waarop de last komt te rusten. Vóór de overdracht is er nog geen sprake van een dergelijke derde. Ná de overdracht behoren de beide percelen tot de vermogens van derden, en op dat moment kan de voormalig eigenaar ervan uiteraard ook geen erfdienstbaarheid meer op het ene perceel ten behoeve van het andere vestigen. Een dergelijk doel kan dus alleen bereikt worden door eerst het ene perceel over te dragen aan een derde, waarna direct hierop volgend (feitelijk door deze derde) daarop een erfdienstbaarheid ten gunste van het andere perceel van de voormalig eigenaar wordt gevestigd (vestiging door zogeheten voorbehoud dus). Hierna wordt ook dit

---

55 Door Dernburg werd voor deze term alleen verwezen naar D. 8,3,34, waar ik deze niet heb kunnen ontdekken; mogelijk bedoelde Dernburg D. 8,2,34 waar de term wel voorkomt. Daarnaast heb ik de term ook aangetroffen in D. 8,4,6.

56 Vertaling van Spruit c.s. II (1994).

57 Vgl. ook Dirksen I (1841), p. 114.

58 D. 8,4,6 pr. (…) *Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas, quia neque adquirere alienis aedibus servitutem neque imponere potest*. Vertaling van Spruit c.s. II (1994).

andere, heersende perceel door de eigenaar overgedragen, inclusief de erfdienstbaarheid die de eigendom van dit perceel volgt als afhankelijk recht.[59]

Zou men nu echter de theorie aanhangen van het beperkte recht als afgesplitst stukje eigendom, dan zou het bovenstaande moeilijk zijn uit te leggen. Waarom zou dan een eigenaar niet van zijn ene perceel een bevoegdheid kunnen afsplitsen en deze aan het andere perceel als afhankelijk recht toevoegen op het moment dat deze beide percelen zich nog in zijn eigendom bevinden, om deze vervolgens gelijktijdig aan derden over te dragen? De eigenaar kan in die visie immers ook een bevoegdheid van de eigendom afsplitsen en bij zich houden, zoals bij voorbehoud van een dergelijke erfdienstbaarheid. Ook deze laatste afsplitsing vindt – op deze wijze bezien – plaats op een moment dat de eigendom zich nog in het vermogen van de verkoper bevindt. Tussen beide situaties valt in deze visie geen fundamenteel onderscheid meer te maken. Dit leidt ertoe dat deze visie niet houdbaar is in het licht van het hier geciteerde fragment. In werkelijkheid, aldus Dernburg, ontstaat de erfdienstbaarheid bij voorbehoud niet al als de percelen zich beide nog in het vermogen van de verkoper bevinden, maar pas *na* overdracht van het eerste perceel. Dat is de reden waarom op het moment van vestiging van de erfdienstbaarheid de verkoper nog eigenaar dient te zijn van het heersende erf, opdat hij hierop eerst zélf een erfdienstbaarheid, die hij (ook in onafgesplitste vorm) ervóór nog *niet* bezat, kan verwerven, alvorens hij ook het andere perceel – *met* erfdienstbaarheid – kan overdragen.

Dernburg besteedt ook aandacht aan de uiterlijke verschijnselen die met het voorbehoud van een dienstbaarheid (erfdienstbaarheid of vruchtgebruik) gepaard gaan. In vroeg-Romeinse tijden kon een dienstbaarheid slechts door middel van de formele leveringsvormen *mancipatio* of *in iure cessio* tot stand worden gebracht.[60] Men kon heel eenvoudig bij de eigendomsoverdracht via de *in iure cessio* en de *mancipatio* een vruchtgebruik voorbehouden door toevoeging van de woorden '*deducto usufructu*',[61] bewoordingen die we in de geciteerde teksten in paragraaf 2.1.1, 2.1.2 en 2.2.1 hierboven veelvuldig voorbij

59 Een vergelijkbare casus wordt besproken door Pomponius in D. 8,4,8. De tweede zin van dit fragment is wat ambivalent, maar moet – aldus ook Dernburg (a.w., p. 274, noot 5; vgl. ook Gesterding, a.w., p. 40-41 en Freisen, diss. 1881, p. 34-35) – en kan – zeker in het licht van de overige hier genoemde fragmenten – gemakkelijk zo worden uitgelegd dat hier, in tegenstelling tot de gelijktijdige overdracht uit de eerste zin, overgegaan wordt op een *opeenvolgende* overdracht van de twee onroerende zaken, waarbij vestiging van een geldige erfdienstbaarheid geen problemen oplevert. In Mommsen 1954 vindt men overigens aangegeven dat deze tweede zin volgens Riccobono is geïnterpoleerd.

60 Gaius, Instituten, 2,29-30 en 2,33 (zie ook par. 2.1.1). Een normale vestiging geschiedde bij beperkte rechten die tot de *res mancipi* werden gerekend door *mancipatio* of *in iure cessio*, voor de overige slechts door *in iure cessio*. Voorbehoud van een beperkt recht uit de laatste categorie kon echter wel ook bij de *mancipatio* van de zaak zelf geschieden. Zie ook Fragmenta Vaticana, 47.

61 Zie hiervoor ook Kaser I (1971), p. 451.

hebben zien komen. Op dezelfde, eenvoudige wijze (*deductio*) konden hoogstwaarschijnlijk ook andere dienstbaarheden worden voorbehouden. Een afzonderlijke totstandkomingsdaad voor het beperkte recht in kwestie door *in iure cessio* was niet vereist. Het onderscheid dat door de latere zienswijze was ontstaan tussen de eigendomsoverdracht en het aansluitende voorbehoud van het beperkte recht – waarbij het beperkte recht als belasting van de eigendom gevestigd moest worden *na* de overdracht en niet meer werd gezien als het door de eigenaar 'bij zich houden' van een stukje van de eigendom – kwam niet tot uitdrukking in de op de oude zienswijze gebaseerde uiterlijke verschijnselen die daarmee gepaard gingen. Men zou immers verwachten dat de noodzakelijke formaliteiten voor beide rechtshandelingen terug te vinden zouden zijn in die uiterlijke verschijnselen, in die zin dat ze weliswaar onmiddellijk na elkaar, maar toch gescheiden en van elkaar te onderscheiden plaatsvonden, maar dat was niet het geval. De oud-Romeinse zienswijze is in de uiterlijke verschijnselen van de constructie blijven bestaan, en daarom zijn die verschijnselen niet meer in overeenstemming met de latere Romeinse theoretische constructie van het beperkte recht. Het feit dat de uiterlijke verschijnselen niet veranderd zijn doet echter – aldus Dernburg – niet af aan het feit dat de theoretische constructie in de loop der tijd wel degelijk fundamenteel is gewijzigd:

> "Doch dies Alles kann höchtens darthun, daß man sich zur Zeit der Entwerfung der Mancipationsformel "fundus emptus mihi est pretio, deducto usufructu" an die *Vulgäre Auffassung* anlehnte, welche in der Reservation eines Ususfructs die Erhaltung eines Theils der bisherigen Gerechtsame des Übertragenden sieht. Jene Periode geht ohne Zweifel der Ausbildung der wissenschaftlichen Jurisprudenz um viele Jahrhunderte voraus."[62] (cursivering toegevoegd)

Hiermee stelt hij zich duidelijk op het standpunt dat de zienswijze van de vestiging van een beperkt recht door overdracht van een deel van de eigendom, zoals in het ook door hem aangehaalde fragment uit de *Instituten* van Gaius (2,33)[63] – zelfs in de tijd van Justinianus al – een achterhaald idee ("*vulgäre Auffassung*"[64]) is. *Vulgair* nu zou, los van de betekenis van 'volks' en 'ordinair', ook een verwijzing in kunnen houden naar een periode van verval van het (klassiek-)Romeinse recht, die voorafging aan de heerschappij en wetgeving van Keizer Justinianus.[65] Het was een periode waarin sprake

62 Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 277.
63 Zie hierboven in par. 2.1.1.
64 Hij spreekt ook van een "vulgäre Betrachtung" (p. 277) of een "vulgäre Betrachtungsweise" (p. 272).
65 Veel meer over de term 'vulgair recht' en het gebruik ervan is te vinden in: Kop 1980, *Beschouwingen over het zgn. 'vulgaire' Romeinse recht* (diss. UvA). De negatieve connotatie van de term en de vraag of in dit tijdperk daadwerkelijk gesproken kan worden over degeneratie van het recht zijn niet geheel onomstreden. In ieder geval lijkt de constatering

was van *vulgarisering*, een proces dat zich volgens Spruit karakteriseerde door – zoals hierboven al eerder aangehaald – ontbinding van klassieke vormen en denkstructuren, ingeslopen lekenvoorstellingen, sentimentsredeneringen, retorisch beïnvloed taalgebruik, afbraak van juridisch-technische terminologie en versmelting van rechtsinstituten.[66] Er bestond ook een neiging naar simplificatie van gecompliceerde structuren.[67] Deze vulgarisering was het sterkst in het goederenrecht en onder meer het vervagen van de grenzen tussen het eigendomsrecht en de beperkte rechten was hiervan een typisch verschijnsel.[68]

Dernburg oppert nog dat de oude zienswijze misschien zelfs in vroeger tijden al slechts uit praktische overwegingen werd gebruikt:

> "Vielleicht aber waren es selbst in der älteren Zeit nur Utilitätsgründe, welche zur Conception der Formel führten. Es erschien als unbequem, den Eigenthümer, so oft er sich bei Übertragung des Eigenthums den Ususfruct vorbehalten wollte – und dies kam ohne Zweifel nicht selten vor – zu nöthigen, mit dem Erwerber nach Rom zum Prätor zu gehen, um dem Ususfruct durch *in iure cessio* die civilrechtliche Sanction zu geben."[69]

Om de formaliteiten van die *in iure cessio* te omzeilen, werd voor de vestiging van een vruchtgebruik dus de clausule '*deducto usufructu*' verzonnen die kon worden toegevoegd aan de eigendomsoverdracht van de zaak via de *mancipatio*, hetgeen een gemakkelijkere vorm van voorbehoud opleverde. Dit voorbehoud van een vruchtgebruik bleef echter uitzondering en was niet bij elke wijze van eigendomsoverdracht mogelijk: bij de *traditio* – een wijze van eigendomsoverdracht door middel van bezitsverschaffing – behoorde een dergelijk voorbehoud *niet* tot de mogelijkheden.[70] Werd dit voorbehoud van een beperkt recht nu daadwerkelijk als een terughouden van een deel van de eigendom(-sbevoegdheden) gezien, dan valt niet goed in te zien waarom het niet ook bij de *traditio* mogelijk zou zijn.[71] Blijkbaar ging het echter in zekere zin toch ook hier al om de creatie van een *nieuw* (beperkt) recht: een dergelijke creatie was in die vroeg-Romeinse tijd immers ook bij een normale vestiging

---

juist dat er sprake is van een theoretisch minder zuivere en meer op de praktijk gerichte rechtsbeoefening.

66 Spruit, *Corpus Iuris Civilis I: Instituten*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 1993, p. XIII.

67 Spruit 2003, *Cunabula iuris*, nr. 94-95; Spruit 1994, *Enchiridium*, nr. 182 en 200; zie ook De Koninck 2000, p. 526.

68 Spruit 2003, *Cunabula iuris*, nr. 96; Spruit 1994, *Enchiridium*, nr. 202 met verdere verwijzingen. Zie voor dit laatste onder meer ook Kaser/Wubbe 1971, p. 111. Zie voor vele (goederenrechtelijke) voorbeelden van vulgaire rechtsopvattingen ook de appendix van Kop 1980, a.w., p. 188 e.v.

69 Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 277-278.

70 Fragmenta Vaticana, 47a.

71 Zie naast Dernburg hierover ook: Freisen, diss. 1881, p. 53-55.

van een beperkt recht niet mogelijk via de *traditio*, aangezien de vorm van de *traditio* (bezitsverschaffing) hieraan in de weg stond.[72]

Ook met betrekking tot het *pand- of hypotheekrecht* ten slotte kwam de visie van de creatie van een nieuw recht in de *Digesten* tot uiting. Dat blijkt wel uit de tekst van Ulpianus in D. 27,9,1,4:

> "Indien iemand onder de 25 jaar percelen koopt in dier voege dat deze jegens de verkoper als pand verbonden zouden zijn totdat hij de koopprijs zou betalen, is de pandovereenkomst naar mijn mening niet geldig. Want vanaf het moment waarop voor een minderjarige eigendom verworven is, kan dit niet als pand verbonden worden."[73]

Op grond van de *Oratio Severi* was het – anders dan met de speciale toestemming van de praetor in uitzonderingsgevallen – niet mogelijk om goederen *die tot het vermogen van een minderjarige behoorden*, te verpanden.[74] In het geval hierboven, waarin een minderjarige percelen grond koopt met voorbehoud van een pandrecht,[75] wordt door Ulpianus geconcludeerd dat daar van een dergelijke situatie, die onder het verbod van de *Oratio Severi* viel, sprake is. De constructie kan derhalve volgens hem niet tot een geldig pandrecht leiden. De gedachtegang van Ulpianus is slechts te begrijpen als men uitgaat van de zienswijze dat het hier beoogde pandrecht pas kan ontstaan nádat de eigendom van de percelen eerst tot het vermogen van de minderjarige is gaan behoren, en het pandrecht door het voorbehoud dus *niet* al bij de verkoper 'achterblijft'. Men leest immers in zijn tekst met zoveel woorden dat het pandrecht hier ongeldig is *omdat* het goed niet als pand verbonden kan worden, vanaf het moment waarop *voor een minderjarige eigendom verworven is*. Het pandrecht kan ook in zijn visie dus pas ontstaan op het moment dat de eigendom door de minderjarige is verkregen. Bij die visie zit tussen de overdracht van de eigendom en de vestiging van het pandrecht immers een ondeelbaar moment waarin het goed tot het vermogen van de minderjarige behoort. En dàn komt

---

72 Dat sprak voor zich, aldus Gaius, Instituten, 2,28. Een bezitsverschaffing was bij een dergelijke 'onlichamelijke zaak' immers niet denkbaar.

73 D. 27,9,1,4 *Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere: nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.* Vertaling van Spruit c.s. IV (1997). *Pignus* wordt hier vertaald met 'pand'. Naar huidig Nederlands recht zou hier uiteraard sprake zijn van een hypotheekrecht, niet van een pandrecht.

74 De *Oratio Severi* verbood namelijk vervreemding en bezwaring met zekerheidsrechten van de goederen van een minderjarige zonder toestemming van de praetor, vgl. D. 27,9,1, pr. t/m D. 27,9,2. Zie bijv. Berger 1953, p. 611. Hetzelfde gold overigens voor het vestigen van een vruchtgebruik of erfdienstbaarheid: D. 27,9,3,5.

75 Hoewel in de geciteerde tekst slechts wordt gesproken van een gesloten pandovereenkomst, mag men hier aannemen dat hiermee (mede) de vestiging van het pandrecht wordt bedoeld, vgl. hiervoor Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 82 noot 32 met verdere verwijzingen en p. 83.

men de *Oratio Severi* tegen. Zou het pandrecht een bevoegdheid zijn die de verkoper van de percelen terughoudt bij de overdracht ervan – als ware het een afgesplitste deelbevoegdheid van de eigendom – dan valt niet op deze wijze uit te leggen waarom aldus geen geldig pandrecht zou kunnen ontstaan. Het pandrecht heeft dan immers geen moment tot het vermogen van de minderjarige behoord.[76]

Paulus, die – zoals uit het voorgaande blijkt – vaker met de precieze beschrijving van het ontstaan van een beperkt recht heeft geworsteld, voegt in D. 27,9,2[77] aan deze vaststelling van Ulpianus nog een opmerking toe. Volgens hem *lijkt* het in dit geval wel dat eigendom en pandrecht tegelijkertijd verworven worden, en het pandrecht van begin af aan de eigendom vast zat. Dit zou tot een andere zienswijze leiden dan de bovenstaande visie van de creatie van een *nieuw* recht waarmee de eigendom wordt belast. Dat deze schijn echter toch geen waarheid is blijkt wel uit de hierop volgende mededeling van Paulus dat er wel degelijk een keizerlijke voorrangsregeling is vereist voor een geldig pandrecht, in die zin dat het pandrecht op grond van een rescript bekrachtigd wordt.[78] [79]Hier blijkt de opvatting van Ulpianus derhalve te zijn gevolgd. Zou men daadwerkelijk (nog) de (oudere) afsplitsingsvisie aanhangen, dan lijkt een dergelijke regeling niet vereist te zijn om tot een geldig pandrecht te kunnen concluderen. De onmogelijkheid van het verpanden van goederen *van een minderjarige* op grond van de *Oratio Severi* zou in dat geval immers geen roet in het eten kunnen gooien, nu die goederen in dat geval niet in diens vermogen terecht zijn gekomen.[80] [81]Nu zou men wellicht

76 Zie ook Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 80-83.

77 D. 27,9,2 *Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est et ab initio obligatio inhaesit. quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit. si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur*. Voor enkele bewoordingen in de tekst is gebruik gemaakt van de vertaling van Spruit c.s. IV (1997).

78 Hiervan uitgezonderd is het geval van het wettelijke pandrecht van de *keizerlijke schatkist* indien hiervan is gekocht – daaraan is namelijk een bijzondere, van de wil van de minderjarige en zijn vertegenwoordiger onafhankelijke positie verbonden (Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 279). Vgl. ook Freisen, diss. 1881, p. 44 e.v. hierover.

79 Zie voor de hiermee verband houdende keizerlijke voorrangsregeling van het *privilegium* vanwege *versio in rem* uitgebreid Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 83-87. Ook het bestaan van deze regeling geeft aan dat de afsplitsingsvisie niet (meer) werd aangehangen, aangezien deze regeling een ongewenst gevolg van de hiervan afwijkende, heersend geworden visie moest tegengaan.

80 Zie hiervoor ook Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 278-279.

81 D. 27,9,1,4 en 27,9,2 worden door Sohm-Mitteis-Wenger 1928 (p. 330-331, noot 6) – die verdedigt dat het Romeinse recht wel degelijk de zienswijze van beperkt recht als deel van de eigendom huldigde – zo uitgelegd als zouden ze slechts betrekking hebben op het voorbehoud van een beperkt recht door middel van *traditio*, aangezien bij die vorm van levering geen voorbehoud van een beperkt recht door middel van de eenvoudige *deductio* kon worden gemaakt (zie hierboven noot 70), maar twee separate rechtshandelingen vereist waren. Er is echter geen aanleiding voor deze uitleg te vinden in die teksten, waar niet gesproken wordt over enige specifieke leveringsvorm, waar dit doorgaans indien van belang

nog tegen kunnen werpen dat de *Oratio Severi* óók in dát geval nog aan een geldig pandrecht in de weg zou kunnen staan, indien men aanneemt dat ook de afspraak dat het pandrecht bij de verkoper achterblijft hierdoor al ongeldig is en dus niet tot een geldig voorbehoud kan leiden.[82] Maar dan *nóg* kan men niet om de woorden van Ulpianus heen: het pandrecht is ongeldig *omdat* het goed niet als pand verbonden kan worden, vanaf het moment waarop *voor een minderjarige eigendom verworven is*. Hieruit blijkt onomwonden én los van welke hierboven genoemde gedachtegang men precies aanhoudt dat Ulpianus ook hier *niet* uitgaat van de zienswijze dat het pandrecht – als afgesplitste bevoegdheid van de eigendom – bij de vervreemder 'achterblijft'.[83] Dernburg voegt daaraan nog toe dat ook hier geen reden bestaat om onderscheid te maken tussen het pandrecht en eventuele andere beperkte rechten (vruchtgebruik, erfdienstbaarheid).[84]

Dernburg doet in één van zijn standaardwerken, de *Pandekten*, nog eens een duidelijk beroep op D. 50,16,25 pr. waar hij bepleit dat de volle eigendom weliswaar door beperkte rechten 'ontkleed' kan zijn tot bloot eigendom, maar dat ook in het (Justiniaans) Romeinse recht deze eigendom nog steeds in feite dezelfde is, en niets van zijn begripsmatige aard heeft verloren.[85] Er is dus geen sprake van eigendom waar 'een stukje uit mist'. Dat de *erfdienstbaarheid* net als het *vruchtgebruik* geen afsplitsing van een eigendomsbestanddeel was, beargumenteert hij hier met een beroep op het hierboven geciteerde D. 7,1,63.[86] Windscheid beroept zich in zijn *Lehrbuch des Pandektenrechts* voor dezelfde opvatting op het zojuist behandelde D. 27,9,1,4 over voorbehoud van *pand- en hypotheekrecht*.[87] Gesterding verwijst voor zijn in ditzelfde beeld

---

toch wel degelijk wordt aangegeven. Het lijkt ook niet erg voor de hand te liggen, nu de ouderwetse vormen van overdracht *mancipatio* en *in iure cessio* in de door Justinianus hergebruikte klassieke teksten wel door de modernere variant *traditio* werd vervangen, maar een interpolatie c.q. veralgemenisering *andersom* onwaarschijnlijk lijkt. Zie in overeenkomstige zin Pleysier, *WPNR 5510* (1980), p. 199 noot 33.

82 Immers, de gedachte achter de *Oratio Severi* was nu eenmaal dat het vermogen van de minderjarige beschermd moest worden.

83 Pleysier (*WPNR 5510* (1980), p. 199) hecht naar mijn idee onterecht weinig waarde aan D. 27,9,1,4. Hij vertaalt met "waar een minderjarige eigendom verwerft", wat mijns inziens niet goed overeenstemt met de voltooide tijd (*perfectum*) van het werkwoord.

84 Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 279. Ook voor deze rechten gold de *Oratio Severi*: D. 27,9,3,5. Zie ook Windscheid-Kipp I (1906), p. 1085 noot 12 ("Der Schluß von dem Pfandrecht auf die Dienstbarkeit aber ist ein unabweislicher.") en Freisen, diss. 1881, par. 5 met als opschrift 'Zwischen der deductio eines Pfandrechtes und der deductio einer Servitut ist kein Unterschied.'

85 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 452 noot 11. Zie ook p. 574 noot 2. En zie ook Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 132 noot 7, waar hij naast D. 50,16,25 pr. ook een beroep doet op de in noot 38 genoemde teksten van D. 7,1,33,1 en D. 31,66,6.

86 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 574 noot 2.

87 Windscheid-Kipp I (1906), p. 1085 noot 12. Op p. 1024 noot 3 komen ook vele van de overige in dit hoofdstuk besproken teksten pro en contra aan de orde.

passende conclusies onder meer naar de eerder genoemde bepaling D. 8,4,6 over voorbehoud van erfdienstbaarheden.[88] Freisen ten slotte bepleit in zijn dissertatie over het voorbehoud van beperkte rechten in het algemeen soortgelijke stellingen met verwijzing naar onder meer de hierboven besproken teksten van D. 7,6,5 pr.; D. 8,4,6; D. 50,16,25; D. 46,4,13,2 en D. 7,1,63.[89]

Dat deze schrijvers ook in hun eigen tijd en recht deze opvatting huldigden, komt aan de orde in hoofdstuk 4. Hier van belang is dat zij er – terecht – op wijzen dat ook in de Justiniaans Romeinsrechtelijke teksten deze opvatting reeds de heersende was geworden.

2.3 SLOTSOM

Het moge duidelijk zijn dat ook Romeinse juristen de constructie van het beperkte recht (hieronder in ieder geval begrepen het recht van vruchtgebruik, de erfdienstbaarheid en het pand- en hypotheekrecht) en de verschillende zienswijzen die men ten aanzien hiervan kan huldigen reeds onder ogen hebben gezien. Niet geheel duidelijk zal kunnen worden in hoeverre deze zienswijzen elkaar in de tijd opgevolgd hebben, of dat deze gedurende bepaalde perioden naast elkaar hebben bestaan. Wel duidelijk is dat door hen, in ieder geval ten tijde van Justinianus[90], afstand is gedaan van de (te) eenvoudige opvatting van het beperkte recht als *deel van de eigendom* en een letterlijke opvatting van de figuur van het voorbehoud van een beperkt recht. Bij juridische vraagstukken wordt veeleer uitgegaan van een andere, complexere opvatting die een beperkt recht als een *eigensoortig recht* op een zaak ziet, als een *last* waarmee de eigendom kan worden bezwaard.[91]

---

88 Gesterding VI (1837), p. 40. Zie voor zijn conclusies verder hfdst. 4 par. 4.1.2.1.

89 Freisen, diss. 1881. Zie ook voor zijn stellingen hfdst. 4 par. 4.1.2.2.

90 Dit was de tijd waarin de *traditio* – die de mogelijkheid van *deductio* oorspronkelijk niet kende – de enig overgebleven wijze van eigendomsoverdracht was. Het voorbehoud werd toen bij de *traditio* gemaakt (Kaser II (1975), p. 300 noot 31 met verwijzing naar geïnterpoleerde Digestenteksten; zie ook Freisen, diss. 1881, p. 55-57).

91 Tot dezelfde conclusie komt – naast de hier genoemde Pandektisten – recentelijk ook J.E. Jansen, a.w., p. 86 (zie ook noot 79 hierboven). Zie verder ook Zwalve 2006-II, p. 87-88. Vgl. over deze kwestie in het Romeinse recht tevens H.J. Roby in *An introduction to the study of Justinian's digest (containing an account of its composition and of the jurists used or referred to therein together with a full commentary on one title (de usufructu))*, Cambridge: University Press 1886 bij de bespreking van D. 7,1,4, die overigens geen duidelijke keuze maakt. Pleysier (*WPNR 5509/5510* (1980)) (en de in noot 81 genoemde Sohm-Mitteis-Wenger) lijkt een andere mening toegedaan, hoewel hij zich strikt genomen richt op de vraag of een beperkt recht in het Romeinse recht in de ware zin kon worden voorbehouden of na overdracht van de eigendom nog moet worden gevestigd. Hij beroept zich voor een groot deel op de – ook hier genoemde – (puur) klassieke teksten, die mijns inziens door de teksten uit het *Corpus Iuris Civilis* en een gewijzigde heersende opvatting zijn achterhaald. Bovendien geven ze, net als de door hem aangehaalde Digestenteksten, geen (direct) antwoord op

de vraag hoe men het beperkte recht nu precies moet zien – als een deel van de eigendom of niet. Hij baseert zich voornamelijk op het gegeven dat de teksten *géén* blijk geven van een constructie van het voorbehoud van een beperkt recht waarbij het recht door de verkrijger nog moet worden gevestigd. Zie ook de krachtige afwijzing van deze zienswijze door J.E. Jansen in *GROM* XXV (2008), p. 86-87 noot 48, die deze onder meer dogmatisch onjuist en in strijd met de teksten acht.

3 Een terugkerende vraag in het Middeleeuwse gemene recht▪

3.1 De Glossatoren

Vanaf Justinianus kan voor ons onderwerp zonder veel bezwaar een sprong worden gemaakt naar de Glossatoren. In de schaarse rechtsbronnen uit de periode tussen het begin van de zesde en het beginn van de twaalfde eeuw zal men immers tevergeefs zoeken naar de ontwikkeling van de abstracte begrippen van het zakenrecht die hier aan de orde zijn.[1] De hiervoor genoemde Digestenteksten van Paulus (D. 7,1,4 en D. 50,16,25 pr.) hebben echter wél de Glossatoren beziggehouden, de middeleeuwse Italiaanse juristen die rond de twaalfde eeuw opnieuw onderwijs waren gaan geven aan de hand van het *Corpus Iuris Civilis* en hierop aantekeningen (glossen) maakten bij de bestudering ervan. Ook zij hebben zich het hoofd gebroken over de tegenstelling die in deze twee teksten te vinden is[2]: het vruchtgebruik als deel van de eigendom (*pars dominii*), of juist niet?

3.1.1 Placentinus

De Accursische glosse[3] op D. 50,16,25 vermeldt een theorie die naar verluidt door Placentinus,[4] een glossator uit de twaalfde eeuw, was ontwikkeld om deze problematische combinatie van teksten uit te leggen als een slechts

---

▪ Met gemeen recht (*ius commune*) wordt bedoeld het vanaf de tweede helft van de elfde eeuw op basis van Justinianus' *Corpus Iuris Civilis* in de continentaal-Westeuropese landen gerecipieerde recht.

1 Aldus uitdrukkelijk Feenstra 1979, p. 8.

2 Men dient zich bij de oplossing van dergelijke tegenstellingen door de glossatoren overigens te realiseren dat deze geen inzicht hadden in de historische problemen die voortvloeiden uit het feit dat het *Corpus Iuris Civilis* is ontstaan over een periode die zes eeuwen rechtsontwikkeling omvat: van het begin van de klassieke periode tot aan de samenstelling van het *Corpus* in opdracht van Justinianus. Zij hadden immers nog niet de beschikking over de kennis van eventuele later aangebrachte wijzigingen (*interpolaties*) in de klassieke teksten.

3 De Accursische glosse is een omvangrijk glossenapparaat op het gehele *Corpus Iuris Civilis* die de glossator Accursius omstreeks het midden van de 13e eeuw heeft samengesteld als overzicht en samenvatting van het commentaar tot zijn tijd en is lange tijd als standaardcommentaar blijven gelden.

4 Zwalve 2006-I, p. 78. De theorie wordt door Baldus – in afwijking van Bartolus – toegeschreven aan Placentinus, zie hiervoor Zwalve 2006-I, p. 80, noot 127.

schijnbare tegenstelling. Deze uitleg was gebaseerd op het door hem ontwikkelde onderscheid tussen het 'causale' en het 'formele' vruchtgebruik.[5] Het 'causale' vruchtgebruik (*usufructus causalis*), zo werd het vruchtgebruik genoemd dat een eigenaar 'uit hoofde van zijn eigendomsrecht' (*causa dominii*) heeft. Het zijn als het ware de rechten tot vruchttrekking die een eigendomsrecht – naast alle andere rechten die men met betrekking tot een zaak kan hebben – omvat (vergelijk voor ons huidige recht artikel 5:1 lid 3 BW). Het eigendomsrecht omvat immers àlle rechten die men tot een zaak kan hebben (vergelijk artikel 5:1 lid 1 BW) en zal dus ook rechten tot vruchttrekking in zich dragen. Het 'formele' vruchtgebruik (*usufructus formalis*) werd in deze gedachtegang gebruikt voor het vruchtgebruik dat los van het eigendomsrecht bestaat: het zelfstandige recht tot vruchtgebruik zoals dat door vestiging door de eigenaar ontstaat. Het idee was nu dat de tekst van D. 7,1,4 (in de zinsnede: "*vruchtgebruik is in vele gevallen een deel van de eigendom…*"[6]) slechts slaat op het 'causale' vruchtgebruik, het vruchtgebruik dat in de eigendom is vervat. In die zin opgevat is dit geen opmerkelijke, maar slechts een zeer voor de hand liggende, enigszins obligate vaststelling. De tekst van D. 50,16,25 pr. daarentegen (*"omdat het vruchtgebruik geen deel van de eigendom, maar een dienstbaarheid is"*[7]) zou slaan op het 'formele' vruchtgebruik, en daarmee kon men het vruchtgebruik óók als een zelfstandig en nieuw geschapen recht, als een belasting van de eigendom blijven zien. Dit laatste, het 'formele' vruchtgebruik, kan op grond van deze tekst derhalve *niet* als deel van de eigendom worden gezien. Deze theorie geeft een verklaring voor bovengenoemde tegenstelling tussen D. 50,16,25 pr. en D. 7,1,4 door te veronderstellen dat de twee teksten over twee verschillende soorten vruchtgebruik gaan.[8] Door ook in het eigendomsrecht rechten van vruchttrekking te identificeren, geeft ze bovendien uitdrukking aan de gedachte dat, hoewel het 'formele' vruchtgebruik niet kan worden beschouwd als een deel van de eigendom, het feitelijk of praktisch gezien wel degelijk een grote gelijkenis vertoont met aan de eigendom inheren-

5 Dit onderscheid is ook terug te vinden in de Gl. Reverti op D. 7,1,3,2 en voorts bij Placentinus in zijn Summa Codicis 3,33 (p. 115). En zie voor Rooms-Hollands/Fries recht nog de opmerking van Ulrik Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt*, II, 39, 5: "(…) hoewel het genot van eygen goedt dikwils in de rechten, met het woordt vrucht-gebruik beteekent wordt; maer dan is het een gedeelte van eygendom, met de welke het genot natuurlijk vergezelschapt is."

6 "*usus fructus in multis casibus pars dominii est…*" De rest van D. 7,1,4 luidt: "*…et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest*." ("…en het staat vast dat het zowel met onmiddellijke ingang als ook met ingang van een bepaalde datum gegeven kan worden." Vertaling van Spruit c.s. 1994.)

7 "quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit"

8 Deze gedachte is ook nog terug te vinden in Heumann/Seckel 1914, die als betekenis van *pars* zowel 'abgesonderter Teil von einem Ganzen' als 'integrierender Teil, wesentlicher Bestandteil von etwas' vermeldt. Bij de eerste betekenis wordt onder meer verwezen naar D. 50,16,25, bij de tweede naar D. 7,1,4.

te vruchttrekkingsrechten.[9] Daarnaast blijft hier, vooral waar het het 'causale' vruchtgebruik betreft, nog altijd nadrukkelijk het keurslijf van de theorie van de beperkte rechten als bestanddelen van de eigendom in beeld.

3.1.2 De Accursische glosse

3.1.2.1 Over Placentinus

De Accursische glosse[10] zelf verwerpt de theorie van Placentinus vanwege juist deze gedachte dat het vruchtgebruik (toch) als een bestanddeel van het eigendomsrecht, of als een op (een deel van) het eigendomsrecht lijkend recht kan worden gezien.[11] Zij doet dit in de glosse 'Ususfructus' op D. 7,1,4 en de glosse 'Servitutis' op D. 50,16,25, die naar de eerstgenoemde glosse terugverwijst. Hier wordt vermeld dat het – ondanks een eventuele overeenkomst met het eigendomsrecht – beter is te zeggen dat het hier zelfs niet gaat om een op (een deel van) een eigendomsrecht lijkende figuur, of om een recht dat deel uitmaakt van de categorie van het eigendomsrecht. Men zou het vruchtgebruik dan – onterecht – als een soort eigendomsrecht moeten gaan zien:

> "Vel verius dic, similitudinem habet cum dominio, secundum R(ogerium) non autem est pars praedicamentalis: quia sic esset dominium."[12]

Men kan het ook als volgt verwoorden: het zogenaamde 'causale' vruchtgebruik is een recht dat voortvloeit *uit* het eigendomsrecht, dat derhalve zijn oorzaak (*causa*) in de eigendom vindt. Het *gevolg*, een recht tot vruchttrekking, kan niet tegelijkertijd *deel van die oorzaak*, de eigendom, zijn. Een recht tot vruchttrekking volgt uit het eigendomsrecht en is dus geen onderdeel ervan dat samen met andere onderdelen het eigendomsrecht zelf vormt. De eigendom vormt een zelfstandig recht dat eerder tegenover de uit dit recht voortvloeiende bevoegdheden – causaal dan wel formeel, zo men wil – staat.[13] Er wordt hierbij wel gewezen op het feit dat met deze opvatting werd teruggegaan naar 'het juiste, het ware' – voor zover men daarvan kan spreken – Romeinsrechtelijke begrip van het eigendomsrecht.[14]

---

9 Vgl. Landsberg 1883, p. 94.
10 Zie noot 3.
11 Zie Zwalve 2006-I, p. 79 en Landsberg 1883, p. 94-96. Zo overigens ook Landsberg zelf op p. 95 van dit werk, waar hij als volgt spreekt over deze theorie van Placentinus: "(…) er hat sich freilich hier bei dem Versuche, eine allen möglichen Erscheinungsformen des Eigenthums adäquate Construction zu gewinnen, verleiten lassen, vom richtigen Wege abzuweichen (…)".
12 Uit de Gl. 'Ususfructus' op D. 7,1,4.
13 Landsberg 1883, p. 94.
14 Bijv. Landsberg 1883, p. 96.

3.1.2.2 Over het voorbehoud van een beperkt recht

Er zijn nog andere glossen te vinden waarin het beeld dat de glossatoren hadden van het beperkte recht goed naar voren komt.[15] Dit zijn wederom teksten die zich buigen over de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht. Zo geeft de glosse 'Tradendo' commentaar op D. 8,2,34 (*"Ook kan iemand die twee terreinen heeft, bij de overdracht van het ene, daarop een erfdienstbaarheid vestigen ten behoeve van het andere."*[16]). De glosse stelt zich hierbij de vraag: hoe kan een beperkt recht worden gevestigd bij de *traditio* nu degene die de zaak overdraagt (en ten behoeve van wie het beperkte recht moet worden gevestigd) op dat moment nog de eigenaar van die zaak is? Zij geeft zelf ook een antwoord op die vraag, dat erop neerkomt dat – wegens de zeer korte tijdspanne die verloopt tussen de overeenkomst en het verliezen van de eigendom – men de situatie aldus moet beschouwen dat de eigendom al is verloren op het moment dat de (overeenkomst tot) vestiging van het beperkte recht tot stand komt. Die vestiging wordt dus geacht plaats te vinden op het tijdstip dat het huis is opgehouden eigendom van de vervreemder te zijn.[17]

Ziet men het beperkte recht als een deel van de eigendom, dan zou dit gewoonweg 'afgesplitst' en teruggehouden kunnen worden door de *vervreemder*. In dat geval zou het zeer merkwaardig, zo niet onmogelijk zijn om met de glosse te zeggen dat de vestiging pas *na* de overdracht plaatsvindt. De glosse stelt echter juist de houdbaarheid van deze simpele voorstellingswijze aan de orde, door zich de vraag te stellen hoe een eigenaar een beperkt recht op zijn eigen zaak ten behoeve van zichzelf zou kunnen vestigen. In het achterhoofd hield men hierbij de figuur van de vermenging, die optreedt als eigendom en beperkt recht na de vestiging ervan in één hand komen te verkeren en het tenietgaan van het beperkte recht inhoudt. Die vermenging zou optreden als de vestiging zou plaatsvinden door het 'terughouden' van het beperkte recht vóór of op het moment van de overdracht. Uit het antwoord van de glosse op de opgeworpen vraag blijkt dan ook dat we de overeenkomst

15 Zie voor de hierna genoemde glossen en een vertaling ook: Pleysier, *WPNR 5510* (1980), p. 200.

16 D. 8,2,34 *Et qui duas areas habet, alteram tradendo servam alteri efficere potest*. Vertaling van Spruit c.s. 1994.

17 De glosse verwoordt hier in feite de eeuwen later door Eggens onder de noemer 'samenval van momenten in rechtshandelingen' – beter bekend als 'samenval van rechtsmomenten' – ontwikkelde gedachte (Eggens 1958, p. 168): "Het valt intusschen gemakkelijk in te zien dat datgene, wat als het *logisch-eerdere* van iets anders gedacht wordt, daarom nog niet *in tijd* aan dat andere behoeft vooraf te gaan, en dat in één moment meerdere rechtshandelingen (ook die welke als oorzaak en gevolg tot elkander betrokken worden) kunnen samenvallen of – anders gezegd – dat in eene rechtshandeling meerdere momenten kunnen samenvallen, d.w.z. dat dan in één moment geschiedt wat *anders* (en gewoonlijk) op na elkaar vallende tijdstippen wordt verricht." In ons geval: *logisch eerder* vindt plaats het verlies van eigendom, dan pas de vestiging van de erfdienstbaarheid. *In tijd* echter vallen deze rechtsmomenten en rechtshandelingen samen.

tot vestiging van het beperkte recht moeten plaatsen *na* de overdracht van de eigendom. Als men dat doet, dan bestaat er geen vermengingsprobleem meer: op het moment dat de vervreemder een beperkt recht verkrijgt, is hij immers de eigendom reeds kwijt. De vestiging van dit beperkte recht geschiedt derhalve in feite door de *verkrijger* van de eigendom, direct nadat hij deze heeft verkregen. Volstrekt duidelijk wordt ons hiermee tevens, dat ook de glossatoren hier het beeld van het beperkte recht als een stukje eigendom dat kon worden *teruggehouden* door de *vervreemder,* hebben verlaten.

Een glosse die tot dezelfde conclusie leidt is die op D. 8,4,6,3a, waar wederom het door middel van voorbehoud dienstbaar maken van de ene onroerende zaak aan de andere (hier: *"servas facere"*) het onderwerp van discussie is. Het beknopte – maar uiterst veelzeggende – commentaar van deze glosse luidt:

> "Post traditionem non ante."[18]

De glosse geeft dus ook hier aan dat het door middel van voorbehoud daadwerkelijke dienstbaar maken van een onroerende zaak (i.e. het erop vestigen van de erfdienstbaarheid) geschiedt *nadat* de overdracht heeft plaatsgevonden.[19] Een gedachte die moeilijk te rijmen is met het beperkte recht als afsplitsbaar deel van het eigendomsrecht, en des te beter met het beeld van het beperkte recht als een last die men ten behoeve van een ander (beter gezegd: ten behoeve van het eigendomsrecht van een ander) op zijn eigen eigendom vestigt.

3.2 SLOTSOM

Beide gedachtegangen – zowel die van Placentinus als die van de Accursische glosse – ondersteunen, hoewel ze zich tegen elkaar afzetten, de zienswijze dat het vruchtgebruik niet kan en moet worden gezien als een deel van de eigendom. Want los van de verschillende antwoorden die de glossatoren geven op de vraag of men wel of niet twee soorten vruchtgebruik moet onderscheiden, en op de vraag of men in de eigendom aan het vruchtgebruik verwante vruchttrekkingsrechten mag en kan identificeren, berusten hun antwoorden op diezelfde basisgedachte. Placentinus doet dit door onderscheid te maken tussen 'formeel' en 'causaal' vruchtgebruik, en laat de Digestentekst die spreekt over het vruchtgebruik als een deel van de eigendom slechts slaan op het 'causale' vruchtgebruik, dus niet op het *eigenlijke* ('formele') recht van vrucht-

18 Uit de Gl. 'Facere potest' op D. 8,4,6,3a.

19 Indien vestiging van de erfdienstbaarheid aan en ten behoeve van een derde werd beloofd, lijkt de glosse – logischerwijze – een andere opstelling aan te houden, vgl. de glosse 'Concesserit' op dit punt.

gebruik. De Accursische glosse daarentegen erkent dat onderscheid niet, maar doet dit vanwege precies dezelfde gedachte: men moet – ondanks de eventuele overeenkomsten – voldoende afstand houden tussen vruchtgebruik en eigendom, want vruchtgebruik is géén deel van de eigendom, en mag niet worden gezien als een soort eigendomsrecht.

Ook in de glossen over het voorbehoud van een beperkt recht vinden we een duidelijke weerspiegeling van deze gedachte, en wel door aan te geven wat de precieze chronologische volgorde is bij de overdracht van een zaak met voorbehoud van een beperkt recht. De plaatsing van de vestiging van het beperkte recht *na* de overdracht van de zaak is immers onverenigbaar met de voorstellingswijze van het beperkte recht als afsplitsing van de eigendom van de zaak.

Hoewel deze voorstellingswijze van het vruchtgebruik als deel van de eigendom en daarmee als een soort eigendomsrecht ook door de Accursische glosse nadrukkelijk werd verworpen, is zij toch nooit geheel verdwenen. De oorzaak hiervan lijkt nauw samen te hangen met de óók door de glossatoren geconstrueerde tweedeling van het eigendomsrecht in een *dominium directum* en een *dominium utile*, die het goederenrecht in de Middeleeuwen voor een groot deel in zijn greep hield en een aanzienlijke uitbreiding van het eigendomsbegrip betekende.[20] Het hierboven behandelde beeld van het beperkte recht dat de Accursische glosse hanteerde, was slechts goed hanteerbaar ten aanzien van het Romeinsrechtelijke eigendomsbegrip (*dominium directum*). Genoemde tweedeling in het eigendomsrecht heeft echter – via het middeleeuwse leenrecht[21] – tot aan de Franse revolutie een geduchte concurrent gecreëerd voor dit Romeinsrechtelijke eigendomsbegrip en heeft voor veel complexiteit,

20 Landsberg 1883, p. 96 e.v. Zie over de oorsprong en betekenis van dit verschil ook uitgebreid: Zwalve 2006-I, p. 62-70 en Feenstra 1971 ('Les origines du "dominium utile" chez les glossateurs'). Zwalve 2006-I (p. 80) vermeldt als oorzaak van het voortbestaan van deze voorstellingswijze het feit dat het gebruik van de term *pars dominii* voor het vruchtgebruik door de belangrijke postglossator Bartolus de Saxoferrato (1314-1357) nieuw leven werd ingeblazen, onder andere door het te gebruiken in een betoog voor de mogelijkheid om eigendom onder eindtermijn over te dragen. Bij de Duitse jurist en humanist Johannes Apel (1486-1536) vinden we – in zijn stamboom van het recht met als hoofdtakken *ius in re* en *ius ad rem* – de *ususfructus* samen met de *proprietas* terug in de categorie *partes dominii* die weer samen met de *species dominii* (*dominium directum, dominium utile,* maar ook *superficies*) de onderverdeling van het begrip *dominium* vormden; *pignus vel hypotheca* en *servitus* vielen echter onder het begrip *ius in re specificum*, die naast het begrip *dominium* stond (Feenstra 1989, p. 114, die erbij vermeldt dat Apel (nog) geen duidelijk onderscheid maakte tussen eigendom en beperkt recht). Ook het gebruik dat deze beide juristen van deze voorstellingswijze maken, moet mijns inziens derhalve in verband worden gebracht met de tot veel verwarring leidende tweedeling van het eigendomsrecht in *dominium directum* en *dominium utile.*

21 Het waren immers het feodale stelsel en de bijbehorende "needs of the legal practice of the time" die om een dergelijk onderscheid vroegen, Feenstra 1989, p. 112-113.

verwarring en vertroebeling in het goederenrecht gezorgd.[22] Uiteindelijk werd zelfs het beperkte recht wel met de term *dominium utile* (de 'praktische' of 'economische' eigendom) aangeduid.[23] Toch heeft het latere continentale privaatrecht rondom het onderscheid tussen *dominium directum* en *dominium utile* nimmer een algemeen leerstuk gebouwd.[24] Zolang het leenrecht op het Westeuropese continent heeft gegolden (tot de Franse revolutie) werd de analogie tussen het leenrecht en bepaalde Romeinsrechtelijke beperkte zakelijke rechten veel gebruikt, maar zodra het was afgeschaft, raakte zij onmiddellijk in onbruik.[25] Het Romeinsrechtelijke uniforme eigendomsbegrip behaalde in de negentiende-eeuwse codificaties zijn ultieme triomf op de hier genoemde (leenrechtelijke) tweedeling in het eigendomsrecht.[26] De tweedeling zal dan ook verder niet meer heel uitgebreid aan de orde komen. Voor ons volstaat het hier te constateren dat (ook) de Accursische glosse de voorstellingswijze van het beperkte recht als deel van de eigendom verwierp.

22 Vgl. Zwalve 2003, p. 70-71.

23 Door Landsberg overigens aangemerkt als een 'schwerer systematischer Fehler' (a.w., p. 98).

24 Dit was wel het geval in het Engelse recht, met zijn 'estates' in land (Zwalve 2003, p. 113).

25 Aldus Zwalve 2003, p. 113. Het was de verdienste van de negentiende-eeuwse Duitse jurist Thibaut dat het gebruik van dit verwarrende onderscheid tussen *dominium directum* en *dominium utile* uiteindelijk definitief uit de wereld werd geholpen (Zwalve 2006-II, p. 98-99; MünchKommBGB/Säcker (§ 903), nr. 7). Een vergelijkbare tweedeling vindt men in het huidige recht overigens wel weer in het onderscheid tussen juridische en economische eigendom (zie hierover Huijgen 1995, p. 2 en Zwalve 2006-II, p. 157) dat echter geen afbreuk heeft kunnen doen aan het – ook in het Nederlands BW opgenomen – Pandektistische eigendomsbegrip (Van den Bergh/Jansen 2011, p. 144).

26 Zwalve 2006-I, p. 303.

4 De Duitse Pandektisten van de negentiende eeuw

4.1 De Pandektisten: Neubildung, Neubegründung, Neuconstituirung[1]

Tot de weinige juristen die in hun geschriften expliciet en vrij uitgebreid aandacht besteden aan de vraag hoe de constructie van het beperkte recht moet worden gezien, behoren de – dogmatisch goed uitgeruste – Duitse Pandektisten[2] uit de negentiende eeuw. Bij hen lijkt dan ook voor het eerst te zijn nagedacht over beperkte rechten 'in algemene zin', als een samenhangend geheel en los gezien van de individuele rechten die onder deze noemer kunnen worden gevat. Onder hen lijkt bovendien een vrij grote mate van consensus te bestaan over het onderwerp. Hieronder komen de twee belangrijkste en meest invloedrijke Pandektisten en hun visies en argumenten aan de orde, en wordt ook aandacht besteed aan enkele andere schrijvers die zich in het bijzonder op de constructie van het beperkte recht hebben toegelegd.

De Pandektisten zijn in hoofdstuk 2 reeds aan het woord gekomen. Hierin werd hun visie aangehaald op het Romeinse recht, zoals zich dat (al) in de daar besproken Romeinse tijd zelf had ontwikkeld. In dit hoofdstuk komen zij wederom aan het woord, maar nu met name over het recht van hun eigen tijd. Overigens laten de geschriften van de Pandektisten zich inhoudelijk niet gemakkelijk indelen in deze twee onderscheiden gebieden. Zij beschouwden het recht van hun tijd en plaats als een rechtstreeks voortvloeisel uit en een voortzetting van de Romeinsrechtelijke traditie en hanteerden een directe en praktische toepassing van de Romeinsrechtelijke bronnen in hun eigen rechtssysteem. Er bestaat dan ook een grote verwevenheid tussen hun opvatting van het Romeinse recht zelf en die van het geldende Duitse gemene recht van hun tijd, en het hieronder besprokene vertoont daardoor een grote mate van samenhang met hetgeen in hoofdstuk 2 al aan de orde kwam.

---

1 De term *Neuconstituirung* wordt gebruikt door Freisen (diss. 1881, p. 35). Ik houd dan ook zijn spelling van de term aan.

2 De Pandektisten zijn negentiende-eeuwse Duitse juristen die het Romeinse recht op hernieuwde, systematische wijze bestudeerden en navolgers van de door Friedrich Carl von Savigny aangevangen Historische School. De benaming stamt van het grootste en belangrijkste deel van Justinianus' codificatie van het Romeinse recht: de *Digesten* of *Pandekten*.

4.1.1 Windscheid en Dernburg

Bernhard Windscheid (1817-1892), met zijn *Lehrbuch des Pandektenrechts*, en Heinrich Dernburg (1829-1907), met zijn *Pandekten*, schreven de twee belangrijkste samenvattingen van de resultaten van de negentiende-eeuwse Duitse Pandektistiek. Beiden stellen zij zich nadrukkelijk op het standpunt dat zowel de 'Servituten' of 'Dienstbarkeiten' (i.e. vruchtgebruik en erfdienstbaarheden[3]) als het pandrecht niet gezien kunnen en mogen worden als afsplitsing van de eigendom van een zaak.

4.1.1.1 Windscheid

Windscheid omschrijft in zijn *Lehrbuch des Pandektenrechts* allereerst de dienstbaarheden als rechten op de zaak van een ander, dat wil zeggen zakelijk rechten die zich over de zaak, op wie zij rust, niet in zijn totaliteit, maar slechts in een of meerdere specifieke opzichten uitstrekken.[4] Ook bij Windscheid komt het beeld van het beperkte recht – als eigendomsbestanddeel of niet – aan de orde bij de bespreking van de ontstaanswijze van de dienstbaarheid door *voorbehoud*:

> "Das Rechtsverhältnis ist hier nicht, wie das Wort andeutet, so zu denken, daß der Eigentümer das Eigentum mit Ausnahme der Dienstbarkeit weggäbe, also in der Dienstbarkeit einen Teil dessen behielte, was er auch bisher gehabt hat; denn er hat die Dienstbarkeit, welche etwas qualitativ anderes ist, als das Eigentum, bisher nicht gehabt. Sondern die Dienstbarkeit wird bei der Eigentumsübertragung neu begründet, und zwar ist der sie Begründende nicht der Übergeber, sondern der Empfänger des Eigentums."[5]

Begripsmatig is deze voorstelling van zaken volgens Windscheid ook *noodzakelijk*: de eigenaar kan de zaak immers niet ten behoeve van zichzelf belasten.[6] De vestiging door voorbehoud kan dus niet plaatsvinden vóór de eigendomsoverdracht. Zou men zeggen dat deze belasting dan pas door de eigenaar plaatsvindt op het moment dat hij ophoudt eigenaar te zijn (na de overdracht van de zaak), dan geldt dat de (voormalig) eigenaar met die overdracht echter ook onbevoegd is geworden om een beperkt recht op de zaak te vestigen. De vervreemder kan niet op hetzelfde moment zowel gelden als *eigenaar* (en

---

3 Zij gebruikten deze term in de hier bedoelde zin in navolging van Justinianus, zie hfdst. 2 par. 2.2.1.

4 Windscheid-Kipp I (1906), p. 1021-1022.

5 Windscheid-Kipp I (1906), p. 1085. Ook op p. 859 noot 5 (slot) verzet hij zich tegen de opvatting dat de eigendom zich slechts van de beperkte rechten onderscheidt door zijn relatief grotere omvang (vgl. hierbij tevens p. 857 noot 2). Vgl. over het voorbehoud van een pandrecht in overeenkomstige zin ook nog heel uitdrukkelijk: Vangerow I (1863), par. 385, p. 873-874.

6 D. 8,2,26: '*nulli res sua servit*'.

gebruik te maken van de bijbehorende beschikkingsbevoegdheid) als als *niet-eigenaar* (om te voorkomen dat hij een beperkt recht op zijn eigen zaak vestigt).[7]

Naast dit dogmatische bezwaar tegen de opvatting van het beperkte recht als deel van de eigendom volgt deze zienswijze zijns inziens bovendien, zoals hiervoor in hoofdstuk 2 ook reeds aan de orde is gekomen, voor zowel dienstbaarheid als pandrecht onvermijdelijk uit de Romeinsrechtelijke tekstbronnen. Windscheid acht hierbij de al sinds Romeinse tijden veelvuldig voorkomende uitdrukkingswijze dat de *vervreemder* de zaak die hij vervreemdt bij het voorbehoud 'belast' of dat hij die zaak 'dienstbaar maakt' niet doorslaggevend. Men kan dit immers ook zo beschouwen dat de wil van de vervreemder hier bepalend is voor de wil van de verkrijger tot vestiging van een beperkt recht, aangezien deze laatste op grond van de overeenkomst slechts verkrijgt onder de door de vervreemder tevoren bepaalde eis dat op de zaak te zijnen behoeve een beperkte recht wordt gevestigd.[8]

Dat toch ook – in zijn algemeenheid, ook buiten de vestiging door voorbehoud – in deze periode van het recht de dienstbaarheid als eigendomsbestanddeel of als een recht op een zelfstandig geworden eigenschap van een zaak een nog immer wijdverbreid en veelgebruikte opvatting[9] was, blijkt eveneens bij Windscheid. Hij spreekt zich tegen deze opvatting uit, en verwijt de aanhangers ervan kortzichtigheid:

> "Ich muß mich auch gegen diese Auffassung erklären. So wenig wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigentumsbestandteile sind, so wenig sind sie aus Eigentumsbestandteilen gebildet. Die Verteidiger dieser Ansicht scheinen allein, oder doch vorzugsweise, den Fall im Auge zu haben, wo die Dienstbarkeit von dem Eigentümer *bestellt* worden ist. Allein, selbst in diesem Fall ist die Dienstbarkeit zwar kraft des Eigentums begründet, aber immer noch nicht umgebildetes Eigentumselement; sie ist durch die ununterschiedene im Eigentumsrecht liegende Macht geschaffen, nicht aber z.B. der Nießbrauch kraft Gebrauchs- und Fruchtgenußrechts des Eigentümers, die Wegegerechtigkeit kraft des Rechts des Eigentümers zu gehen usw. Beruht aber die Dienstbarkeit *nicht* auf der Bestellung des Eigentümers, sondern auf Ersitzung, richterlicher Verfügung oder Gesetz, so fehlt für die so

7 De aanname van een samenval van rechtsmomenten (zie hfdst. 3 par. 3.1.2 noot 17) maakt deze voorstelling van zaken niet anders. Op geen enkel moment is de vervreemder immers in staat het beperkte recht op de zaak te vestigen.

8 Windscheid-Kipp I (1906), p. 1085 noot 12.

9 Zo wordt deze bijvoorbeeld ook door Jhering in zijn *Geist des römischen Rechts* (Jhering III (1877), p. 141-142) nog naar voren gebracht, maar alleen als argument voor de stelling dat het in het oudere Romeinse recht niet mogelijk was om bij een en dezelfde rechtshandeling twee systematisch verschillende rechtsgevolgen te bewerkstelligen. Hij beroept zich hierbij dan ook slechts op de in hoofdstuk 2 besproken voor-Justiniaanse bronnen (Gaius, Instituten, 2,33; Fragmenta Vaticana, 47, 50 en 51).

> gefaßte Zurückführung der Dienstbarkeit auf das Eigentum jeder Anhalt."[10] (cursivering toegevoegd)

De *ontstaanswijze* van de dienstbaarheid (vestiging, verjaring e.d.) doet volgens Windscheid voor het door hem verdedigde beeld van het beperkte recht dus niet ter zake. Wel bestaat bij een ontstaanswijze anders dan door vestiging *nog minder* grond voor de opvatting van het beperkte recht als deel van de eigendom dan bij een vestiging, eventueel door voorbehoud, door de eigenaar. Bij vestiging door de eigenaar kan men zich in ieder geval nog de voorstelling maken dat sprake is van een afsplitsing en overdracht van bestanddelen van de eigendom door deze eigenaar in plaats van een vestiging van een recht dat tevoren nog niet bestond (*Neubildung*). In het geval dat verkrijgende verjaring of een rechterlijke beschikking ten grondslag liggen aan het ontstaan van een beperkt recht, of in het geval dat dit recht van rechtswege, direct op grond van de wet ontstaat, is echter nauwelijks voorstelbaar dat er sprake is geweest van een dergelijke afsplitsing en overdracht van bestanddelen van de eigendom.

4.1.1.2 Dernburg

Ook Dernburg richt zich in zijn *Pandekten* met argumenten tegen deze vrij gangbare voorstellingswijze van het beperkte recht als eigendomsbestanddeel:

> "Häufig betrachtet man die Servitut als einen ausgeschiedenen Eigenthumsbestandtheil. Aber nur um eine *Beschränkung* des Eigenthumers, nicht um *Ablösung* eines Eigenthumsbestandtheiles handelt es sich. Sonst wäre stets ein Neuerwerb nöthig, damit sich die abgetrennte Servitut mit dem Eigentume wieder vereinige, dem sie entfloß. Dies ist keineswegs der Fall."[11]

De vermengingsfiguur – waarbij zodra een beperkt recht in handen van de eigenaar van de zaak waarop dit recht rust terechtkomt, het beperkte recht *van rechtswege* tenietgaat en de eigendom onmiddellijk en eveneens van rechtswege geen beperkingen meer kent in zijn uitoefening – verdraagt zich slecht met het idee van het beperkte recht als een deel van de eigendom. Naast de al eerder aan de orde gekomen kwestie dat deze figuur in de weg staat aan een letterlijke opvatting van de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht, speelt nog iets anders. In het geval men een beperkt recht inderdaad als een eigendomsbestanddeel ziet, zou immers niet alleen bij de *vestiging* van het beperkte recht een overdracht van dit bestanddeel aan de beperkt gerechtigde plaats moeten hebben om de afsplitsing te bewerkstelligen, maar zou logischerwijs een dergelijke overdracht van dit bestanddeel *terug*

10 Windscheid-Kipp I (1906), p. 1023-1024 noot 3.
11 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 574-575.

aan de bloot eigenaar ook aan het *einde* van de rit moeten plaatsvinden om deze weer met de bloot eigendom te kunnen samenvoegen en zo opnieuw een vol eigendomsrecht te doen ontstaan. Een dergelijke overdracht vindt echter niet plaats en wordt ook door niemand voorgestaan.

Een tweede argument waarin de onhoudbaarheid van het veelgebruikte 'afsplitsingsmodel' goed naar voren komt, ontleent Dernburg aan het verschil tussen de inhoud van de dienstbaarheid en de beperking in de uitoefening van het eigendomsrecht door de eigenaar:

> "Daß es sich nicht um Ablösung und Übertragung eines Eigenthumsbestandtheiles handelt, tritt besonders darin zu Tage, daß der Inhalt der Servitut nicht immer identisch ist mit dem, was der Eigenthümer aufgiebt."[12]

Weliswaar zijn er dienstbaarheden te bedenken die wel degelijk in beperkte of zelfs in vergaande zin (bijv. het vruchtgebruik) de uitoefening van *dezelfde* bevoegdheden die deze rechten zelf belichamen ook (tijdelijk) aan de eigenaar ontnemen, noodzakelijk is dit niet. Dernburg geeft het voorbeeld van de *servitus altius non tollendi*, een al eeuwenlang gebruikte erfdienstbaarheid die de eigenaar van het dienende erf het recht ontneemt om op zijn eigen grond hoger dan een bepaalde hoogte te bouwen. Dit ontnomen recht om te bouwen komt echter in geen enkel opzicht na de vestiging van de erfdienstbaarheid wél toe aan de beperkt gerechtigde tevens eigenaar van het heersende erf, en kan daarmee dus niet gezien worden als overgedragen aan de beperkt gerechtigde. Aan de andere kant kan het recht dat de beperkt gerechtigde wél heeft gekregen (het verbieden van hogere bouw) ook moeilijk gezien worden als een recht dat tevoren onderdeel uitmaakte van de eigendom van het dienende erf. In veel gevallen is de zin van een dienstbaarheid veeleer gelegen in een *gezamenlijk* gebruik, een *gezamenlijk* nut van de zaak. Zo is dat bijvoorbeeld heel duidelijk het geval bij een recht van overpad: het recht van de beperkt gerechtigde ontneemt de eigenaar eenzelfde recht in dat geval *niet*. Beide gerechtigden kunnen op overeenkomstige wijze gebruik maken van hun recht over de zaak te gaan. Daarom ook kan de eigenaar een tweede erfdienstbaarheid met dezelfde inhoud vestigen op zijn zaak.

Zoals eerder in hoofdstuk 2 al aan de orde kwam, ziet ook Dernburg niet alleen de reguliere vestiging, maar ook het *voorbehoud* van een beperkt recht als een *Neubildung* of *Neuconstituirung* van een recht dat tevoren nog niet voorhanden was. Tussen de twee bestaat geen wezenlijk verschil. Er moet dan ook worden voldaan aan precies dezelfde voorwaarden:

> "Daher müssen bei einem solchen Vorbehalte alle Voraussetzungen der Neubegründung von Servituten vorhanden sein, und reservirte Servituten können keine

12 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 575.

anderen Eigenschaften und Wirkungen haben, als durch selbständige Geschäfte begründete."[13]

Dernburg categoriseert de vestiging van een beperkt recht, regulier of door voorbehoud, echter – net als wij – óók als een *derivatieve* verkrijging ('abgeleitete Erwerb'): een verkrijging *van een rechtsvoorganger*, in casu de eigenaar van de zaak. Het gaat echter wel om een heel speciale vorm van deze soort van verkrijging: de 'konstitutiver Übertragung'. In tegenstelling tot bij de 'translativer Übertragung', zoals de reguliere overdracht van een goed, gaat het hier in werkelijkheid niet om een echte *overdracht* ('Übertragung') van een recht, maar om een schepping van een nieuw recht dat de eigenaar tevoren niet had (vandaar *constitutief*), zo legt hij ons uit. Toch schaart men dit geval onder de noemer van de (constitutieve) *overdracht*, nu het beperkte recht wel degelijk van het eigendomsrecht en de medewerking van de eigenaar *afhankelijk* is en (in beginsel) slechts ontstaat als degene die het recht vestigt ook de eigenaar van de zaak is.[14] Het kan dus niet geplaatst worden onder de tegenhanger van de derivatieve verkrijging, de *originaire* verkrijging, die de categorie gevallen bestrijkt waaraan geen andere persoon, geen rechtsvoorganger actief meewerkt. De term *constitutieve overdracht* geeft deze complexe en meervoudige achtergrond van de constructie van het beperkte recht goed weer.

Dernburg richt zich in een deel van zijn andere grote standaardwerk, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, met name op de weerlegging van de opvatting dat er een principieel verschil zou bestaan tussen het recht van vruchtgebruik en het pandrecht. Een dergelijk verschil zou in de weg kunnen staan aan het aanwenden van gelijksoortige principes op de beide rechten en een gelijksoortige opvatting van de juridische constructie.[15] Hij komt hierbij te spreken over de vraag of er een verschil in constructie bestaat tussen de vestiging van een vruchtgebruik aan de ene kant en die van een pandrecht aan de andere kant. Een dergelijk verschil werd in zijn tijd door enkele schrijvers aangenomen.[16] Het verschil zou erin bestaan dat een vruchtgebruik ontstaat door afsplitsing van een deel van het eigendomsrecht, maar het pandrecht niet. De vervreemdingsbevoegdheid die aan de pandhouder toe kan komen, zou hij veeleer als vertegenwoordiger van de eigenaar uitoefenen. Dernburg verzet zich als gezegd tegen een dergelijk verschil tussen deze beperkte rechten. Volgens hem volgt dit verschil *zeker niet* uit het Romeinse

13 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 619. Zie ook Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 273 noot 3. Het laatste is ook het standpunt dat Dirksen m.b.t. de dienstbaarheden inneemt (Dirksen I (1841), p. 110-119). En Freisen, diss. 1881, p. 64-65. De enkele Digestentekst die op het tegengestelde zou duiden (D. 8,1,19 en evt. D. 8,4,6 pr.) is voor hen allen verre van overtuigend.

14 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 188.

15 Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 123.

16 Idem, p. 125 e.v.

recht, alwaar de beide rechten juist steeds op vergelijkbare wijze worden behandeld. Dernburg verzet zich in zijn weerlegging van het bestaan van dit verschil in constructie vooral met kracht tegen de opvatting van de dienstbaarheid als afsplitsing, waar een bevoegdheid aan de eigenaar *ontnomen* zou zijn: immers, de eigenaar verliest niet het recht over zijn eigendom te gaan door een erfdienstbaarheid van weg, hij verliest niet zijn (recht op zijn) eigen uitzicht door een erfdienstbaarheid van uitzicht enzovoorts. Zelfs de eigenaar van een zaak die in vruchtgebruik is gegeven kan altijd nog zijn eigendom in zijn totaliteit revindiceren van een derde, die aan de eigenaar niet kan tegenwerpen dat deze het recht op vruchttrekking zelf niet meer heeft. De 'vermindering' van bevoegdheden, in die zin dat de uitoefening ervan wordt beperkt, bestaat steeds slechts in een omvang die door de behoefte van de beperkt gerechtigde wordt geëist en noodzakelijk is ter voorkoming van de verstoring van diens recht. Dit is echter *evenzeer* bij het pandrecht het geval: ook hier zijn de verleende bevoegdheden de eigenaar niet ontnomen, maar is zijn recht slechts beperkt voor zover het in strijd zou komen met het verleende pandrecht. Dernburg verzet zich ten slotte óók tegen de opvatting van de pandhouder als niet meer dan een *vertegenwoordiger* van de eigenaar: er bestaan teveel verschillen tussen de rechten van de pandhouder en die van de eigenaar om ook de eerste een *eigen* recht te kunnen miskennen.

Eigendom en beperkt recht zijn derhalve, al kunnen ze veel gelijkenissen vertonen, in wezen *ongelijksoortige* grootheden en om die reden is een beperkt recht, *servituut zowel als pandrecht*, niet als een afsplitsing van de eigendom te zien. Het eigendomsrecht omvat iedere denkbare bevoegdheid tot gebruik van de zaak op *onbeperkte* wijze.[17] Dat maakt het gebruiksrecht van een zaak op grond van een eigendomsrecht naar haar aard en karakter fundamenteel verschillend van dat op grond van een beperkt recht, al lijken de twee in uitwerking en uiterlijke schijn soms erg op elkaar. Zo is de eigenaar bij de uitoefening van zijn gebruiksrechten niet gebonden aan enigerlei behoefte of voordeel en kan hij zelfs de zaak tot zijn eigen (niet: andermans) schade gebruiken.[18] Het beperkte recht is echter, hoe groot zijn inhoud ook moge zijn, naar zijn wezen – de term zegt het al – *beperkt* in omvang en uitoefening en richt zich steeds naar het specifieke doel waarvoor het in het leven is geroepen en waaraan het is gebonden.[19] Dit doel bepaalt zijn aard, omvang en duur. De uitoefening van het beperkte recht is hieraan steeds gebonden. Zo kan de eigenaar bijvoorbeeld niet een ander het goederenrechtelijke recht toekennen eigenaars zaak te beschadigen, te vernietigen of op een anderszins

17 Afgezien van algemene beperkingen op grond van privaat- en publiekrecht.

18 Vgl. de term van het *ius utendi et abutendi* van de eigenaar, zie bv. Van den Bergh 1979, tekst nr. 3, 8, 11, 31, 40 en 55. *Abuti* heeft naast 'misbruiken' echter ook de betekenis van '*ver*bruiken' of 'verspillen'.

19 Zie over dit fundamentele onderscheid bijv. ook Vangerow I (1863), par. 295.

voor de zaak nadelige of voor de eigenaar onnodig belastende wijze te gebruiken. Zonder doel, zonder specifiek nut, bij het ontbreken van ieder (redelijk) belang voor de beperkt gerechtigde kan een beperkt recht niet meer worden gebruikt, kan het in bepaalde gevallen zelfs vervallen of worden opgeheven.[20] Dit uitgangspunt is ook in het huidige Nederlandse Burgerlijk Wetboek nog op verschillende plaatsen duidelijk terug te vinden en komt tot uitdrukking in het karakter van vele van de bepalingen over beperkte rechten.[21]

Door dit fundamentele onderscheid kan niet volgehouden worden dat het beperkte recht bevoegdheden verschaft die door afsplitsing en overdracht uit de eigendom zijn verkregen. Zou dit immers wel het geval zijn, dan zouden de afgesplitste eigendomsbevoegdheden in hun natuurlijke onbegrensdheid een *nieuwe klasse* van rechten gaan vormen. Ze zouden niet de vorm aannemen van bestaande beperkte rechten, dat wil zeggen: geen rechten gaan vormen met een bepaald doel en een bepaalde duur en niet afhankelijk worden van een bepaald subject (bijvoorbeeld een heersend erf of een vruchtgebruiker). Dergelijk rechten zijn ons rechtssysteem, gelijk het Romeinse, vreemd. En alleen de binnen de grenzen van de in de wet genoemde beperkte rechten kunnen goederenrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van andermans goed bestaan. Hierbuiten is de vorming van goederenrechtelijke rechten door ons gesloten systeem immers in beginsel uitgesloten. De eigenaar nu, behoudt echter ook na verlening van een beperkt recht op zijn zaak aan een ander wél zijn *onbeperkte* bevoegdheden in de kern, al zal hij bij de uitvoering ervan vanaf dat moment met de door hem gecreëerde of aanvaarde beperkte rechten uiteraard de nodige rekening moeten houden. Dat hij zijn bevoegdheden behoudt, is eens te meer af te leiden uit het feit dat hij – voor zover niet in strijd met het eerder door hem verleende recht – meer gelijksoortige beperkte rechten op zijn eigendom kan vestigen.[22]

Dernburg verschaft ons in zijn *Pfandrecht* ook een (mogelijke) verklaring voor de in hoofdstuk 2 genoemde Digestentekst van Paulus (D. 7,1,4), een tekst die lijnrecht tegenover een andere tekst van dezelfde Paulus (D. 50,16,25 pr.) bleek

20 Zo vermeldt Kaser/Wubbe 1971, p. 140 bijv. de Romeinsrechtelijke regel van het tenietgaan van de erfdienstbaarheid bij het wegvallen van de *utilitas*.

21 Zie bijv. over de mogelijkheden tot opheffing bij de erfdienstbaarheid art. 5:78-80 BW en bij erfpacht (en opstal) art. 5:97 (jo. 104) BW. Maar vergelijk over de gebondenheid aan het doel van het recht qua aard, omvang en duur ook bepalingen als art. 5:73-75 voor de erfdienstbaarheid, art. 5:89 lid 2 en 91 BW voor erfpacht, art. 5:102 BW voor opstal, art. 3:203 lid 2 en 3, 205, 207-209, 212, 214 en 221 BW voor het vruchtgebruik en art. 3:226 lid 2-4 BW voor de rechten van gebruik en bewoning. Zie voor de gebondenheid bij (uitoefening van) het pandrecht en het hypotheekrecht – rechten die hiernaast natuurlijk ook volledig gebonden zijn aan een vorderingsrecht – bepalingen als art. 3:234 en 235 BW, voor het pandrecht voorts art. 243, 249, 250, 252 en 257 BW en voor het hypotheekrecht art. 3:268, 269 en 272 BW.

22 Zie – naast de hierboven reeds genoemde vindplaats – ook Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 272-273.

te staan, en waarin het vruchtgebruik wel degelijk werd aangeduid als een *pars dominii*. De tekst van D. 7,1,4 over het vruchtgebruik als *pars dominii* had zijns inziens echter slechts het oog op één heel specifiek geval, en was ook slechts voor *dat* geval geschreven. De bepaling was bedoeld om te verduidelijken dat als aan iemand een zaak verschuldigd was, deze normaal gesproken overgedragen diende te worden *zonder* enig erop rustend vruchtgebruik ten behoeve van een derde. Dit lijkt vrij logisch, maar dit lag in die tijd bij erfdienstbaarheden *anders*: die kwamen zó veelvuldig voor en waren veelal zó weinig waardedrukkend, dan men niet zonder meer mocht verwachten dat een verschuldigd stuk grond van elke dienstbaarheid vrij zou zijn bij de overdracht. Slechts in *deze* zin kon men de zinsnede verstaan dat het vruchtgebruik als 'bestanddeel' van de eigendom gold: droeg men eigendom over, dan moest men er zorg voor dragen dat dit gebeurde *inclusief* alle daarin begrepen vruchttrekkingsrechten, en mochten deze niet door een verleend recht van vruchtgebruik aan een derde buiten werking zijn gesteld. Maar de tekst is zijns inziens veelvuldig verkeerd begrepen én verkeerd gebruikt, en daarmee is er vaak een veel te ruime betekenis aan gegeven.[23]

Met deze laatste verklaring van Dernburg verschaft hij ons *niet alleen* enkele sterke argumenten tegen de veelgebruikte voorstellingswijze van het beperkte recht als eigendomsbestanddeel, maar geeft hij *óók* een plausibele verklaring voor twee andere, opvallende verschijnselen. Dit is in de eerste plaats het feit dat in de Romeinsrechtelijke bronnen naast vele Dernburgs visie *ondersteunende* bepalingen, de voorstellingswijze van het beperkte recht als eigendomsbestanddeel op bepaalde plaatsen tóch voor lijkt te komen. Daarnaast is het een verklaring voor het feit dat ook in alle *latere* juridische geschriften deze voorstellingswijze steeds opnieuw blijft opduiken.

4.1.2 Gesterding en Freisen

Franz Gesterding (1781-1841) en Joseph Freisen (1853-1932) hebben zich beiden in geschriften specifiek op de constructie van het voorbehouden beperkte recht gericht. De eerste schreef zijn essay over het onderwerp reeds enige tijd vóór de twee meest gezaghebbende Pandektisten, die zojuist zijn besproken, en naar aanleiding van de ontdekking van de oudste, voor-Justiniaanse Romeinse rechtsbronnen van klassiek recht aan het begin van de negentiende eeuw: de *Instituten* van Gaius en de *Fragmenta Vaticana*. De ander kan worden gezien als degene die met zijn proefschrift de heersende opvatting van de Pandektisten over het onderwerp aan het einde van 'hun' eeuw (de negentiende) heeft

23 Hetzelfde geldt voor de tekst van D. 31,76,2 (*fructus portionis instar obtinet*): Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 132-133. Dernburgs uitleg hieromtrent heeft overigens duidelijke raakvlakken met de door de latere glossator Placentinus ontwikkelde theorie van het 'causale' en het 'formele' vruchtgebruik, zie hiervoor hfdst. 3 par. 3.1.1.

verwoord. Hij sluit zich hierin aan bij bovenstaande visie van Windscheid en Dernburg.

4.1.2.1 Gesterding

In Gesterdings *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien*, die hij reeds in 1837 schreef, vinden we een essay onder de titel 'Servitus Recepta'.[24] In dit stuk behandelt hij met name de vraag of er een verschil bestaat tussen de regulier gevestigde en de voorbehouden dienstbaarheid:

> "Zwischen der bewilligten und der vorbehaltenen Dienstbarkeit ist ein Unterschied und – auch keiner. (…) Die Art, wie eine vorbehaltene entsteht, weicht nämlich von der gewöhnlichen Form einer durch Vertrag bewilligten Dienstbarkeit und auch mehr scheinbar, als wirklich, ab."[25]

Ook Gesterding werpt namelijk op dat men bij nadere beschouwing niet kan spreken van een daadwerkelijk *voorbehoud* van een dienstbaarheid door de vervreemder, aangezien aan deze zelf voorheen geen dienstbaarheid ter beschikking stond. Niet alleen het feit dat een eigendomsrecht geen optelsom van dienstbaarheden is en de dienstbaarheid zich door zijn onlichamelijke natuur niet leent voor een dergelijk 'afscheiden' en 'uit de eigendom nemen', maar ook de rechtsfiguur van de vermenging staat hieraan in de weg. Die figuur zorgt er ook voor dat de vestiging van een dienstbaarheid op een zaak door de eigenaar van die zaak ten behoeve van zichzelf pas rechtsgevolg kan hebben vanaf het moment dat de zaak niet meer zijn eigendom is, vlak na het moment dus dat de eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden.[26]

Gesterding keert zich in zijn essay ook tegen de opvatting dat bij het voorbehoud van een dienstbaarheid in tegenstelling tot de reguliere vestiging geen *quasitraditio*[27] zou zijn vereist, een standpunt dat in zijn tijd door een enkeling werd verdedigd. Afgezien van het feit dat voor een dergelijk onderscheid zijns inziens een uitdrukkelijke wettelijke bepaling noodzakelijk zou zijn, die ontbreekt, bestaat er immers geen fundamenteel onderscheid tussen de reguliere vestiging en de vestiging door voorbehoud. Nu voor de reguliere vestiging deze *quasitraditio* zijns inziens vereist was, zou het uiterst merkwaardig zijn deze eis zonder meer voor een vestiging door voorbehoud te laten vallen. Gesterding houdt ons hierbij het geval voor waarbij de eigenaar van twee percelen grond het ene perceel vervreemdt en bij de overdracht ervan hieraan een erfdienstbaarheid *ten laste van* het achterblijvende perceel koppelt.

---

24 Gesterding VI (1837), p. 38-47.
25 Gesterding VI (1837), p. 38.
26 Dat volgde zijns inziens ook uit de constructie van de in het Romeinse recht bestaande mogelijkheid van voorbehoud, Gesterding VI (1837), p. 44-45.
27 Een aan de *traditio* analoge levering van het beperkte recht, vgl. voor Nederlands recht art. 3:98 BW.

Het vervreemde perceel is hierbij het heersende, het achterblijvende perceel het dienende erf. Dit geval kan gezien worden als de *omgekeerde* situatie van die van de *voorbehouden* erfdienstbaarheid, een dienstbaarheid *ten gunste van* het achterblijvende perceel. In deze omgekeerde situatie kan de erfdienstbaarheid die aan het perceel dat wordt overgedragen wordt gekoppeld pas ontstaan op het moment dat dit perceel ook daadwerkelijk in andere handen terecht is gekomen dan het achterblijvende perceel, vlak na de overdracht dus. Er bestaat uiteraard geen verschil tussen deze vestiging van de erfdienstbaarheid *ten tijde van* de overdracht ten opzichte van een vestiging van deze erfdienstbaarheid enige tijd *na* overdracht van het perceel, anders dan het tijdstip van ontstaan van de erfdienstbaarheid. Een *quasitraditio* is hier dan ook steeds vereist, aldus Gesterding. Men ziet in dit geval scherp hoe de situatie ligt. Maar bij het omgekeerde geval van het voorbehoud van een erfdienstbaarheid is in feite iets heel vergelijkbaars aan de hand. Net als de erfdienstbaarheid *ten laste van* het achterblijvende perceel kan ook de erfdienstbaarheid *ten gunste van* dit perceel immers slechts ontstaan *nadat* het vervreemde perceel in eigendom is overgegaan, en dus slechts door middel van een (separate) *quasitraditio*. Enkel de *overeenkomst* tot de vestiging van de erfdienstbaarheid gaat in beide gevallen vooraf aan de overdracht van de eigendom die de daadwerkelijke vestiging mogelijk maakt. In de eerste situatie zal niemand daaraan twijfelen, doch bij het voorbehoud houdt men zich ineens toch voor dat dit beperkte recht tevoren ook al bestond ('in' de eigendom) en kan worden 'teruggehouden', en dus een aparte *quasitraditio* niet zou zijn vereist.[28]

Gesterdings constatering dat tussen een reguliere vestiging van dienstbaarheden en een vestiging door voorbehoud geen enkel wezenlijk verschil zit, leidt hem niet alleen tot de conclusie dat (ook) bij voorbehoud van een dienstbaarheid een *quasitraditio* aan de vervreemder is vereist, maar leidt tevens tot de onvermijdelijke conclusie dat het beperkte recht óók bij voorbehoud door de *verkrijger* van de eigendom gevestigd wordt.

4.1.2.2 Freisen

Freisen verdedigde in 1881 zijn dissertatie over het *Vorbehalt von dinglichen Rechten bei Eigenthumsübertragung nach römischem Recht* en schreef daarmee met zoveel woorden niet alleen over de dienstbaarheid of het pandrecht, maar over het beperkte recht *in zijn algemeenheid*. Hij zet zich er in dit werk toe de juridische betekenis van het voorbehoud van een beperkt recht te onderzoeken. De meeste schrijvers lijken het voorbehoud zoals dat in oudere bronnen naar voren komt, zo schrijft hij, als vanzelfsprekend in letterlijke zin te nemen, en besteden nauwelijks aandacht aan de precieze juridische betekenis ervan. Pas

28 Gesterding VI (1837), p. 46-47.

sinds de ontdekking van de eerste voor-Justiniaanse Romeinse rechtsbronnen aan het begin van de negentiende eeuw is een wat grotere belangstelling voor de figuur ontstaan. Deze bronnen lijken immers – zoals in paragraaf 2.1 van hoofdstuk 2 reeds bleek – de constructie van het beperkte recht ook zeer letterlijk op te vatten en als een *zelfstandige* vorm van vestiging op te voeren.

Met gebruikmaking van vele van de hierboven reeds besproken argumenten van rechtshistorische en rechtssystematische aard verdedigt hij een aantal fraaie stellingen[29] die een goed overzicht en opsomming geven van het onderwerp van de theoretische constructie en het begrip van het beperkte recht bij de Pandektisten aan het eind van de negentiende eeuw. Hij begint algemeen:

– Het eigendomsrecht laat zich niet in afzonderlijke delen splitsen (laat staan overdragen)

Het uit het Romeins recht stammende begrip van ons eigendomsrecht is de juridische bevoegdheid om een zaak te beheersen in al zijn verhoudingen, een universele machtsvolkomenheid waar geen nadere begrenzing in afzonderlijke bevoegdheden aan ten grondslag ligt. Er kan van tevoren niet bepaald worden in welke verhoudingen de eigenaar in de voortdurende verandering van het dagelijks leven tot zijn zaak zal komen te staan. Het is ook niet nodig die verhoudingen vooraf te bepalen, nu de eigenaar niet op grond van een specifieke bevoegdheid hoeft te ageren, maar slechts op grond van het feit dat de zaak hem toebehoort. Los daarvan, vormt de som hier meer dan de afzonderlijke delen. De eigendomsbevoegdheden vormen niet samen het eigendomsrecht, maar uit het eigendomsrecht vloeien deze eigendomsbevoegdheden voort. Vestigt een eigenaar immers alle denkbare beperkte rechten op zijn eigendom, dan *nog* houdt hij een (bloot) eigendomsrecht over. Bovendien kan een eigenaar niet maar naar believen bevoegdheden uit zijn eigendom halen om daar een eigen goederenrechtelijk recht van te creëren.[30]

– Eigendom en beperkt recht zijn twee kwalitatief verschillende rechten

Het Romeinse recht rekende, net als het oude Nederlandse Burgerlijk Wetboek dat nog deed, de eigendom dan ook tot de *res corporales* (lichamelijke zaken) en het beperkte recht tot de *res incorporales* (onlichamelijke zaken), hoewel het wel allebei rechten op een lichamelijke zaak zijn. Aangenomen dat eigendom de som van zijn bevoegdheden vormt, zou toch ook een afzonderlijke bevoegdheid dezelfde kwaliteit moeten hebben als de som van al deze afzonderlijke

29 Zie Freisen, diss. 1881, p. 2.

30 Freisen, diss. 1881, p. 4-11. Ook Dernburg verzet zich tegen "die Vorstellung (…), als sei der Eigenthümer berechtigt, mit einzelnen Bestandtheilen seines Eigenthumsrechts einen direkten Commerz zu treiben."

bevoegdheden: uit de som van onlichamelijke zaken kan immers moeilijk een lichamelijke zaak ontstaan.[31]

Het beeld van het beperkte recht dat Freisen met deze twee stellingen – in het kader van zijn proefschrift over het voorbehoud van een beperkt recht – beschrijft, geldt uiteraard evenzeer voor een beperkt recht dat bij een reguliere vestiging tot stand komt. Ook in dat geval kan men dus niet van de afsplitsing en overdracht van eigendomsbestanddelen spreken.

Met deze argumenten in het achterhoofd kan men het beperkte recht niet als een deel van de eigendom zien en ontkomt men vervolgens eigenlijk ook niet aan de conclusie dat het beperkte recht – óók bij vestiging door voorbehoud – door de *verkrijger* wordt gevestigd. In het vervolg van Freisens stellingen komt dit dan ook aan de orde:

- Het voorbehoud van een beperkt recht kan men niet letterlijk nemen, maar is de vorming van een nieuw, tevoren niet bestaand recht (*Neubegründung of Neuconstituirung*) ten behoeve van de vervreemder van een zaak
- Deze vorming geschiedt *niet* door de vervreemder (maar gaat uit van de verkrijger van de zaak)

De nadruk die bij het voorbehoud van een beperkt recht veelal op de vervreemder van de zaak (tevens *verkrijger* van het beperkte recht) ligt, hangt zijns inziens samen met het feit dat het Romeinse recht de verkrijging van een goed voornamelijk zag als een *toeëigening* of *inbezitneming* van dat goed, en daarmee de activiteit van de *verkrijger* van het goed de hoofdzaak vormde. Bij het voorbehoud van een beperkt recht is de verkrijger van het beperkte recht als gezegd tevens de vervreemder van de zaak die werd overgedragen. De persoon die de *zaak* verkreeg was dus weliswaar bij de overdracht van die zaak de hoofdpersoon, maar bij de *vestiging van het beperkte recht* viel zijn activiteit als degene die het beperkte recht vestigt vrijwel weg tegen de nadruk die ook hierbij op de *verkrijger* van dat recht lag. Dáárin moeten we de achtergrond van het gebruik van de term 'voorbehoud' zoeken:

> "Er gibt die Sache ganz weg, eignet sich aber in demselben Momente ihre Dienstbarkeit wieder an."[32]

De overdracht van de zaak en de vestiging van het beperkte recht zijn bij het voorbehoud van dit recht zó hecht met elkaar verbonden, en de één volgt zo naadloos op de ander dat ze haast in elkaar overgaan en dat er nauwelijks een scheiding tussen de twee is waar te nemen. De verkrijger van de zaak

31 Freisen, diss. 1881, p. 7.
32 Freisen, diss. 1881, p. 42 met verwijzing naar Scheuerl.

neemt de zaak aan zoals de vervreemder deze wil overdragen en de wil van die vervreemder is er de oorzaak van dat de verkrijger zodra hij kan – direct na de overdracht van de zaak – het beperkte recht weer teruggeeft. Met de aanname van de zaak wordt in feite door de verkrijger (al) de wil van de vervreemder vervult om zich een beperkt recht voor te behouden, hij kan hier bij de overdracht niet meer van afwijken. Dat nu is de reden dat we zeggen dat de vervreemder van de zaak zich het beperkte recht 'voorbehoudt'. In tijd is dus nauwelijks een scheiding tussen de twee handelingen te bespeuren, in rechte echter wel degelijk.[33] Want ook volgens Freisen leiden de figuur van de vermenging gecombineerd met het feit dat men geen beperkt recht kan vestigen of verkrijgen op een zaak van een ander er in de juridische werkelijkheid onvermijdelijk toe dat het de *verkrijger van de zaak* is die het voorbehouden beperkte recht vestigt en niet de vervreemder. Het feit dat de eigenaar zijn zaak niet ten behoeve van zichzelf kan belasten weerhoudt deze laatste hiervan immers vóór de overdracht van de zaak,[34] en ná de overdracht weerhoudt hem het feit dat de zaak waarop het recht moet worden gevestigd niet meer tot zijn vermogen behoort.[35,36]

Ook Freisen baseert zich voor zijn stellingen steeds mede op het aan zijn en ons recht ten grondslag liggende Romeinse recht, gebruikt hiervoor een veelvoud aan Romeinsrechtelijke teksten en maakt hierbij onderscheid tussen het klassieke en Justiniaanse recht. Hij dicht de reeds meerdere malen aan de orde gekomen tekst van D. 7,1,4 (*ususfructus est pars dominii*) slechts relatieve betekenis toe,[37] en maakt geen onderscheid tussen het voorbehoud van een pandrecht en het voorbehoud van een vruchtgebruik of erfdienstbaarheid. Hij beëindigt zijn bespreking van *andersluidende* opvattingen met de volgende woorden:

> "Wir sehen aus dem Angefürhrten, daß die Praktiker, wenn sie auch im Allgemeinen mehr geneigt sind, für die Praxis den buchstäblichen Vorbehalt anzunehmen, für die Theorie die hier vertretenen Grundsätze anzunehmen nicht umhin können."[38]

4.2 SLOTSOM

Men ziet dat ook onder de Pandektisten op het hier besproken vlak het beeld van het beperkte recht als deel van de eigendom en de letterlijke opvatting

33 Freisen, diss. 1881, p. 37-38. Dit fenomeen wordt ook wel – in navolging van Eggens – 'samenval van rechtsmomenten' genoemd. Zie hierover nader hfdst. 3 par. 3.1.2 noot 17.
34 '*nulli res sua servit*' (zie D. 8,2,26).
35 '*nemo alienis aedibus servitutem acquirere vel imponere potest*' (zie D. 8,4,6,pr.).
36 Freisen, diss. 1881, p. 42-43.
37 Freisen, diss. 1881, p. 23-33. Zie ook hfdst. 2 par. 2.2.1 noot 35 en noot 23 hierboven.
38 Freisen, diss. 1881, p. 70.

van het voorbehoud van een beperkt recht *niet* tot de heersende leer zijn gaan behoren. Integendeel, men zag de vestiging van een beperkt recht als een *Neubildung*, een *Neuconstituirung*: de vorming van een *nieuw* recht. Dit is van belang om te constateren, niet alleen om de argumenten van de Pandektisten voor het voetlicht te kunnen brengen, maar ook omdat zij een zeer grote invloed hebben gehad op het in 1900 ingevoerde Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), dat in feite een weerslag vormt van de resultaten van de Pandektistiek.[39] Het volgende citaat uit het voorontwerp voor het Duitse zakenrecht uit 1880 van Johow dat het voorgaande nog eens mooi samenvat, moge daarvan getuige zijn:[40]

> "Als unhaltbar ist wohl jetzt allgemein erkannt die von einigen Schriftstellern, z.B. Puchta, Pand. § 145, aufgestellte Ansicht, daß die dinglichen Rechte aus dem Eigenthum herausgenommene Befugnisse seien. Das Eigenthum ist ein untheilbares Recht, welches zwar eine Reihe von Befugnisse gewährt, aber nicht aus solchen sich zusammensetzt. Der Eigenthümer ist mithin gar nicht in der Lage, eine solche Befugniß aus seinem Rechte herauszunehmen und auf einen Anderen zu übertragen. Das dingliche Recht, welches er bestellt, besteht auch nicht in einer Beschränkung des Eigenthums; es ist einfach ein Recht des Nichteigenthümers an der Sache, welches die Herrschaft des Eigenthümers über dieselbe beschränkt. Mit dem Erlöschen dieses Rechts erlischt zugleich die Beschränkung. Das Eigenthum konsolidirt sich wieder, ohne daß es einer Rückerwerbung der dem Berechtigten zugestandenen Befugniß seitens des Eigenthümers bedürfte."[41]

Op zijn beurt is het BGB een groot voorbeeld, zo niet hét grote voorbeeld geweest bij het ontwerp van het huidige Nederlandse Burgerlijk Wetboek uit 1992. Men zou in algemene zin kunnen zeggen dat de opvattingen van de Pandektisten rechtshistorisch gezien grotendeels aan dit Burgerlijk Wetboek

---

39 Windscheid zat zelfs in de commissie die dit wetboek ontwierp. Dernburg heeft als lid van de vaste *Kommission für Justizangelegenheiten* van de Pruisische Eerste Kamer deelgenomen aan de discussies over het nieuwe wetboek.

40 Vergelijk voor de constructie van het beperkte recht in het BGB voorts nog bijv. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 Sachenrecht* (Vorbem zu §§ 1030/J. Frank), nr. 5, p. 418, waar in het kader van het vruchtgebruik aangesloten wordt bij het begrip van het beperkte recht als een (nieuw ontstaan, eigen) recht dat een inhoudelijke belasting of beperking vormt van de uit de eigendom voortvloeiende bevoegdheden van de eigenaar (hier genaamd *Duldungstheorie*) en waar de conceptie van het beperkte recht als afgesplitst deel van de eigendom(-sbevoegdheden) (hier genaamd *Abspaltungstheorie*) met zoveel woorden wordt verworpen. Die laatste theorie wordt daar in strijd geacht met de systematiek van de wetsbepalingen van het vruchtgebruik als dienstbaarheid en kan ook niet verklaren hoe de eigendom na tenietgaan van het vruchtgebruik weer zijn volle werking krijgt. Vgl. ook de omschrijving als belasting van een vreemd goed m.b.t. alle *Dienstbarkeiten* in MünchKommBGB /Falckenberg (Vor § 1018), nr. 7 en m.b.t. het vruchtgebruik ook de tekst van § 1030 lid 1 BGB zelf.

41 R. Johow, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 1*, Berlin: Walter de Gruyter & Co 1982 (oorspr. uitgave 1880), p. 626 (oorspr. 502).

ten grondslag hebben gelegen.[42] De vraag is of dit ook zo is geweest met betrekking tot het onderwerp waar dit proefschrift over handelt: de conceptie van het beperkte recht.

42 Zeker wat betreft het goederenrecht, vgl. hierover bijv. Struycken, diss. 2007, par. 3.6. Deze invloed heeft echter voornamelijk op indirecte wijze plaatsgevonden en wordt vaak niet door directe verwijzingen tot uitdrukking gebracht. Van den Bergh/Jansen 2011, p. 110 spreekt van de Duitse rechtswetenschap die spoedig na 1838 in Nederland 'volstrekt dominant' werd en een 'ongeëvenaarde invloed op de Nederlandse rechtsgeleerdheid' die de Pandektisten tot in de twintigste eeuw hadden. Zie ook p. 151-152. Ook het eigendomsbegrip van Meijers (art. 5:1 BW) is sterk door de Pandektistische rechtswetenschap beïnvloed; het Pandektistische eigendomsbegrip overleefde voorts alle beperkingen van de eigendom welke de verzorgingsstaat met zich bracht, en staat in het nieuwe BW nog steeds overeind (p. 146, vgl. ook p. 153 en Van den Bergh 1979, p. 49).

5 Nederlands recht vóór de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992

In dit hoofdstuk worden niet alleen de opvattingen van enkele van de invloedrijkste Nederlandse rechtsgeleerden over de constructie van het beperkte recht onder het Burgerlijk Wetboek van 1838 in beschouwing genomen, maar wordt ook nog enige tijd stilgestaan bij de wortels van het Nederlandse privaatrecht in de persoon van Nederlands beroemdste jurist aller tijden, Hugo de Groot (1583-1645). Zijn grote invloed strekte zich niet slechts uit over het terrein van het internationaal publiekrecht (volkenrecht) – waarvoor zijn werk de basis heeft gevormd – maar ook over het terrein van het privaatrecht. In chronologische zin is deze Nederlandse rechtsgeleerde de in het vorige hoofdstuk behandelde Pandektisten van de negentiende eeuw natuurlijk ver voorafgegaan. Zoals wij zojuist zagen, is het begrip van het beperkte recht in abstracto voor een belangrijk deel het product geweest van deze negentiende-eeuwse rechtswetenschap, waarin de Pandektisten de hoofdrol hebben gespeeld. Op de weg die vanuit de middeleeuwen van de Glossatoren – met hun zeer veelomvattende begrip van eigendom (*dominium directum* en *dominium utile*): het *dominium* "dans un sens large et un peu vague"[1] – heeft geleid naar het weldoordachte begrip van eigendom en beperkt recht dat de Pandektisten er op na hielden, heeft echter deze Nederlandse rechtsgeleerde een zeer belangrijke en invloedrijke stap in de richting van voormeld onderscheid gezet.[2] Hieronder wordt

1 Villey 1950, p. 199. Zie ook Feenstra 1989, p. 112: "(…) *dominium*, in a rather broad and vague sense."

2 Zie hiervoor met name Feenstra, die in zijn *Ius in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief* (Feenstra 1979, p. 27) tot de conclusie komt dat op deze weg aan Hugo de Groot een ereplaats toekomt. In een later stuk van zijn hand (Feenstra 1989, '*Dominium* and *ius in re aliena*: The Origins of a Civil Law Distinction', in: P. Birks (red.), *New Perspectives in the Roman Law of Property*, p. 111-122) nuanceert hij deze ereplaats in die zin dat hij de eerste 'uitvinding' van een fundamenteel onderscheid tussen eigendom en beperkt recht daar aan de Franse humanist en Leids hoogleraar Hugo Donellus (1527-1591) toeschrijft (door wie De Groot op zijn beurt weer beïnvloed lijkt te zijn geweest, zie ook noot 20 hieronder), hoewel hij ook aangeeft dat het moeilijk is een specifieke auteur te identificeren. Wat hiervan ook zij, belangrijker in dit kader is dat Hugo de Groot met zijn *Inleidinge* in Nederland veel invloedrijker is geweest dan Donellus: niet alleen op de universitaire wereld, maar ook op de Hollandse rechterlijke praktijk heeft hij grote invloed uitgeoefend. Zelfs op de buitenlandse rechtspraktijk lijkt zijn invloed – indirect – aanwezig te zijn geweest (Feenstra 1989, p. 115 en 117-118; vgl. ook Van der Walt 1992, p. 485-520; en de in de volgende noot aangehaalde literatuur).

allereerst kort bij deze stap stilgestaan, alvorens het meer recente Nederlandse recht aan de orde zal komen, dat door al deze ontwikkelingen is beïnvloed.

5.1 Hugo de Groot en zijn Rooms-Hollandse recht

In zijn in 1631 gepubliceerde *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* behandelt De Groot op een systematische wijze het destijds in Holland geldende privaatrecht, dat een samensmelting was van Romeins en inheems Hollands burgerlijk recht. Het boek is één van de belangrijkste bronnen van dit zogeheten Rooms-Hollandse recht, zoals zich dat in de 17e en 18e eeuw heeft ontwikkeld en het was zowel voor de rechtspraktijk als voor het universitaire onderwijs in het geldende recht van groot belang.[3] Ook de eventuele betekenis van andere gezaghebbende auteurs uit deze periode voor de ontwikkeling van het beperkte recht kan over het algemeen worden herleid tot dit werk van De Groot.[4]

De Groot maakt in de *Inleidinge* een hoofdonderscheid in het vermogensrecht tussen "beheering" aan de ene zijde en "inschuld" aan de andere.[5] In de marge van de tekst geeft hij de Latijnse equivalenten van deze termen weer: *ius reale* en *ius in rem* voor "beheering" en *ius personale* en *ius in personam sive creditum* voor "inschuld". "Beheering" bestrijkt derhalve het terrein van het goederenrecht en de daartoe behorende subjectieve rechten, "inschuld" ziet op de verbintenisrechtelijke rechten. "Beheering" wordt door De Groot gedefinieerd als "'t recht van toe-behooren bestaende tusschen den mensch ende de zaecke zonder noodigh opzicht op een ander mensch", een – nu vrij gebruikelijke – omschrijving van het goederenrechtelijke recht, die echter niet bij oudere schrijvers wordt aangetroffen.[6] Binnen de term "beheering" wordt verder onderscheid gemaakt tussen "bezitrecht" (*ius possessionis*) en "eigendom" (*ius dominii vel quasi*).[7] Eigendom wordt hier (nog) gebruikt in een zeer ruime betekenis (die al sinds de Glossatoren gangbaar was[8]), mede omvattende de beperkte rechten. Deze "eigendom" wordt op zijn beurt immers door De Groot onderverdeeld in "volle" en "gebreckelicke" eigendom (*dominium plenum*

3 C.J.H. Jansen, 'Hugo de Groot (1583-1645)', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Canon van het Recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 11. Zie ook Nève 1996, p. 226 en Van den Bergh/Jansen 2011, p. 77.

4 Vgl. Feenstra 1979, p. 24-27.

5 Hugo de Groot, *Inleidinge*, I, 1, 8 en II, 1, 57-59.

6 Feenstra 1979, p. 25.

7 Hugo de Groot, *Inleidinge*, II, 1, 60. Eigendom wordt door hem gedefinieerd als "het toebehooren van een zaeck waer door iemand, schoon het bezit niet hebbende, 't zelve vermag rechtelick te bekomen" (II, 3, 1). Over *vel quasi* zie noot 9 hieronder.

8 Zie hierover hfdst. 3 par. 3.2 slot.

respectievelijk *quasi dominium*[9] *et dominium minus plenum*), zijnde respectievelijk "den eigendom waer door iemand met de zake alles mag doen nae sijn geliefte ende t'sijnen bate dat by de wetten onverboden is" en die "waer aen iet, om zulcs alles te moghen doen, ontbreect".[10] Vooral deze laatste categorie is in dit kader van bijzonder belang. Deze "gebreckelicke" eigendom is, aldus De Groot, ontstaan doordat het vanouds gebruikelijk was dat twee of meer personen tezamen de "beheering" over een en hetzelfde goed hebben, ofwel met een gelijk recht, ofwel met een verschillend recht.[11] De Groot schrijft hierover nog het volgende:

> "(…) dat waer ghebreckelicken eighendom is, ghemeenlick 't gunt den eenen ontbreeckt is by iemand anders, die over-zulcks mede heeft een ghebreckelicken eighendom, als by voorbeeld die over een land heeft de toe-behoorte van een voetpad heeft geen vollen eigendom, want hy 't land niet en mag verkoopen, nochte de vruchten daer van trecken, 't welck tot vollen eigendom behoort, ende den ander die het voet-pad ghedooghen moet heeft mede geen vollen eigendom, alzoo hy den ander niet en mag beletten op sijn land te komen, welcke macht een deel is van den eigendom (…)"[12]

De term "gebreckelicke eigendom" is dus een ruim begrip dat hier door De Groot – althans in eerste instantie – wordt gebruikt voor *zowel* hetgeen wij tegenwoordig aanduiden met de term bloot eigendom, *als* voor hetgeen wij aanduiden met de term beperkt recht: de beide gerechtigden die betrokken zijn bij de uitoefening van het beperkte recht lijken te beschikken over een vorm van "gebreckelicke eigendom". "Maer", zo vervolgt hij direct:

> "om onderscheidelick te spreecken noemtmen *eighendom* 't recht van den ghene die 't meerendeel heeft van den eighendom, als die 't land mag verkoopen ende verhuiren: ende 't minste deel noemtmen een *gerechtigheid*, als het recht van 't voetpad."[13] (cursivering toegevoegd)

Uiteindelijk reserveert De Groot de term "gebreckelicke eigendom" in een dergelijke situatie derhalve wel degelijk slechts voor de met een beperkt recht (een "gerechtigheid") bezwaarde eigendom, hetgeen "'t meerendeel van den eighendom" vormt.[14] Maar hoe werd nu precies bepaald wat "'t meerendeel"

---

9 Zie over deze term Feenstra 1978, p. 231-232 en noot 14 hieronder.

10 Hugo de Groot, *Inleidinge*, II, 3, 9-11.

11 Hugo de Groot, *Inleidinge*, II, 3, 8. Met de gezamenlijke 'beheering' met een gelijk recht lijkt hij te doelen op de gemeenschap. De term 'gebreckelicke eigendom' lijkt hij te reserveren voor de gezamenlijke 'beheering' met een verschillende recht.

12 Hugo de Groot, *Inleidinge*, II, 33,1.

13 Idem.

14 Zo ook Feenstra ((Feenstra 1978 ('Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius'), p. 232). Volgens deze is hieruit af te leiden dat De Groot met de hierboven al even genoemde uitdrukking

en wat "'t minste deel" van de beide rechten was? Ook op die vraag wordt een antwoord gegeven:

> "Doch om te vinden het meerder ende minder deel zietmen dickmael meer op de waerde als op de baet. Ende daerom noemt men eighenaer van erfpacht-land dien die den erfpacht beurt, ende die 't recht heeft van verval van wegen sijn opper-eigendom: ende niet den erfpachter die nochtans de meeste baet heeft van 't land (…)"[15]

Beslissend voor de vraag naar "'t meerendeel" van de eigendom is niet de (huidige, tijdelijke) "baet" van het land, maar veeleer de (onderliggende, uiteindelijke) "waerde" ervan, die na verval van de "gerechtigheid" geheel aan de eigenaar van het erfpachtland (de erfverpachter) toekomt. Erfpacht doet aldus onder voor de bloot eigendom van het land. De tekst vervolgt met een beschrijving van de verschillende "gerechtigheden", maar niet nadat wordt aangetekend dat met de beschrijving van dit "minder-deel" direct ook duidelijk wordt dat alles wat hierbuiten valt toekomt aan degene die "'t meeste deel" heeft, welke laatste gewoonlijk met de naam "eigenaer" wordt aangeduid en met een zekere onderverdeling van de "gerechtigheid":

> "Gerechtigheid dan waer door den eigendom gemindert werd is of erfaanhangig ofte onerfaenhangig."[16]

Enkele bijzondere aspecten van de hierboven weergegeven teksten verdienen de aandacht. Opvallend is in de eerste plaats dat ook de erfpacht (al) onder De Groots begrip van "gerechtigheid" valt. Voorts verdient het opmerking dat De Groot – net als overigens zijn tijdgenoten – geen expliciete aandacht besteedt aan de constructie van het beperkte recht. Toch krijgen we terloops – in aan de orde gekomen benamingen als "meerendeel" en "minder-deel" en in de hierboven als laatste van hem geciteerde tekst – ook een glimp van het beeld dat Hugo de Groot van het beperkte recht ("gerechtigheid") in zijn algemeenheid had: een recht dat de eigendom doet verminderen. Dit doet vooral denken aan een voorstelling van het beperkte recht als een weggegeven deel van de eigendom, al moet gezegd worden dat naast een vermindering van de eigendom in omvang, natuurlijk ook aan een vermindering in kracht of werking zou kunnen worden gedacht.[17] In dit kader is het interessant ook

---

dominium minus plenum doelt op deze bloot eigendom en met de uitdrukking *quasi dominium* de 'gerechtigheden' (beperkte rechten) heeft willen aanduiden.

15 Hugo de Groot, *Inleidinge*, II, 33,1.

16 Hugo de Groot, *Inleidinge*, II, 33,2.

17 Vgl. hierbij ook bijv. de term vermindering of aantasting (*imminutio*) zoals die bij Donellus voorkomt (Feenstra 1989, p. 117 noot 37). Hij geeft hierbij aan dat deze vermindering op twee manieren kan plaatsvinden: of doordat rechten aan anderen dan de eigenaar worden gegeven (*conferuntur*) of doordat deze aan de eigenaar worden ontnomen of verboden (*adimuntur*) maar *niet* overgedragen (*non transferuntur*) aan anderen.

een definitie van een tijdgenoot van Hugo de Groot die net als hij een belangrijke bijdrage aan het Rooms-Hollandse recht heeft geleverd, de Friese rechtsgeleerde Ulrik Huber (1636-1694), te bekijken. Het gaat om zijn definitie van de "dienstbaerheyt", die, net als eerder in het Justiniaanse recht en later bij de Pandektisten, zowel de erfdienstbaarheden als de persoonlijke dienstbaarheden (zoals het vruchtgebruik) omvat:

> "Volgt in ons ordere de dienstbaerheyt van goederen, die beschreven wordt te zijn *een Recht, liggende op een ander mans goedt*, waer door de eygenaer yets in het sijne moet lijden, ofte verboden wordt te doen, *tot voordeel van een ander*."[18] (cursivering toegevoegd)

Zo zien we telkens weer – ook in deze tijd – de opvatting van het beperkte recht als een *last* of een *bezwaring* van de eigendom (de zaak) ten behoeve van een ander opduiken, een voorstellingswijze die zich slecht verdraagt met de opvatting van het beperkte recht als *deel van* de eigendom.

Ten slotte is opvallend en ook van groot belang dat De Groot – in tegenstelling tot de middeleeuwse rechtsgeleerden – (al) de conclusie trekt dat *alleen* het recht van degene aan wie de volle eigendom bij verval terugvalt kan worden aangeduid met de term eigendom. Deze eigendom wordt door hem weliswaar met "opper-eigendom" aangeduid, maar *níet* (meer) als zodanig tegenover een *dominium utile* van de erfpachter gesteld.[19] De Groot gebruikt in het bovenstaande in *eerste* instantie de term eigendom (*ius dominii)* dus nog wel in een zeer ruime, middeleeuwse zin, als een soort overkoepelende term voor al die rechten die wij tegenwoordig goederenrechtelijke rechten noemen. Maar vervolgens maakt hij als een van de eersten in zijn tijd wel degelijk een concreet en belangrijk onderscheid tussen eigendom in een engere zin en de overige goederenrechtelijke rechten (de "gerechtigheden", de tegenwoordige beperkte rechten).[20] Aldus gaf De Groot een duidelijke aanzet om van het verwarrende gebruik dat sinds de Glossatoren van de term eigendom (*dominium*) werd gemaakt af te geraken en te komen tot het onderscheid tussen

---

18 Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt*, II, 39, 1. Huber bleef, zoals vele Nederlandse juristen van zijn tijd, de termen en het onderscheid tussen *dominium directum* ('beheerschende eygendom') en *dominium utile* ('nuttelijke eygendom') gebruiken (II, 2, 14-16), maar lijkt hierbij wel degelijk De Groots tweedeling in eigendom en 'gerechtigheden' te volgen. Hetzelfde geldt voor vele van zijn tijdgenoten. Zie hierover Van der Walt 1992, p. 510-515.

19 Feenstra 1978, p. 233. Zie echter over het gebruik van de term *dominium utile* ook nog noot 22 hieronder.

20 Zo ook bijv. Struycken, diss. 2007, p. 206. Gezegd moet hier worden (zie ook noot 2 hierboven) dat De Groot weer voortbouwde op werk van Hugo Donellus, door wie hij waarschijnlijk – direct of indirect – beïnvloed is, zie Feenstra 1979, p. 20-21, Feenstra 1989, p. 118 en 121 en vgl. ook Nève 1996, p. 226.

eigendom aan de ene kant, en de beperkte rechten (*iura in re aliena*[21]) aan de andere kant als hoofdonderscheid van het huidige goederenrecht.[22] Hiermee was hij, naast één van de grondleggers van het Rooms-Hollandse en dus het Nederlandse recht, tevens een belangrijke schakel tussen Glossatoren en Pandektisten. Een technische term die specifiek de categorie goederenrechtelijke rechten buiten het eigendomsrecht aanduidde was op dat moment nog niet voorhanden en ook de Latijnse term *ius in re aliena* werd tot dan toe nog niet of nauwelijks gebruikt.[23] De door De Groot in zijn in het Nederlands geschreven *Inleidinge* geïntroduceerde term "gerechtigheid" kon destijds dan ook moeilijk worden vertaald in het Latijn.[24] Dit neemt niet weg dat het door hem gemaakte onderscheid tussen "eigendom" en "gerechtigheden" van grote betekenis is geweest voor de begripsvorming in Nederland in de 17e en 18e eeuw en dat hier te lande – in tegenstelling tot elders in Europa, met name de Duitse landen – de vermijding van het begrip *dominium utile* ook door praktijkjuristen werd overgenomen. In de Duitse landen duurde het nog tot de tijd van de 19e eeuwse Pandektistenwetenschap voordat het ruime, middeleeuwse gebruik van de term *dominium* verdwenen was.[25] Toen pas is ook het voor ons begrip van het goederenrecht zo belangrijke onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten tot volle wasdom gekomen, een onderscheid dat ook aan het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 ten grondslag lag.

---

21 Een term die overigens bij Hugo de Groot zelf niet voorkomt (wel bij Donellus en ook bij één van De Groots belangrijkste commentatoren, D.G. van der Keessel (1738-1816), zie Feenstra 1989, p. 115-117 en 120). Als de term 'gerechtigheid' bij De Groot wordt genoemd, staat hierbij geen Latijns equivalent in de marge vermeld.

22 De invloed van de Glossatoren is ook bij De Groot nog wel te bespeuren. Zo wordt bijvoorbeeld bij één van de (soorten) 'gerechtigheden', de 'tocht' (een verzamelbegrip waartoe o.m. vruchtgebruik en erfpacht worden gerekend), in de kantlijn de term *dominium utile* als equivalent vermeld (*Inleidinge*, II, 38), waarschijnlijk bedoeld als vingerwijzing voor de meer traditionele lezer (Feenstra 1989, p. 121). Overigens lijkt hij deze term in het algemeen zo veel mogelijk te vermijden, waarschijnlijk onder invloed van 16e eeuwse humanisten (Feenstra 1978, p. 233-234).

23 Zie hierover uitvoerig de hierboven al enkele malen aangehaalde rede van Feenstra uit 1979: *Ius in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief* en diens bijdrage aan de bundel voor Barry Nicholas uit 1989: '*Dominium* and *ius in re aliena*: The Origins of a Civil Law Distinction', p. 111-122.

24 Zie hierover – en over de ontoereikendheid van de vertaling met *servitus* die Joannes van der Linden in zijn Latijnse vertaling van de *Inleidinge* gaf – Feenstra 1979, p. 26 noot 129 en Feenstra 1978, p. 232 noot 154.

25 Dit gebeurde pas nadat een gezaghebbend artikel van Thibaut een einde maakte aan het onderscheid tussen *dominium directum* en *dominium utile* (zie hiervoor de aangehaalde werken van Feenstra en hfdst. 3 par. 3.2 noot 25).

5.2 Nederlands recht onder het Burgerlijk Wetboek van 1838

Nadat Hugo de Groot het fundamentele onderscheid tussen eigendom en de overige goederenrechtelijke rechten in het Nederlandse recht had geïntroduceerd en de Pandektisten in de 19e eeuw hun op dit onderscheid gebaseerde constructie van het beperkte recht hadden uitgewerkt, werd in Nederland gewerkt aan een eigen, Nederlandse codificatie van burgerlijk recht. Hoewel het wetboek van 1838 nog sterk op de Franse Code Civil geïnspireerd bleef, die hier te lande tussen 1811 tot aan de invoering van het nieuwe wetboek gegolden heeft, drong ook de invloed van de Pandektisten door.[26] De vraag is welke invloed dit alles heeft gehad op de opvattingen in de Nederlandse literatuur onder vigeur van het Burgerlijk Wetboek van 1838 ten aanzien van hun opvatting van het beperkte recht.

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 (oud BW) kende geen wettelijke omschrijving van het beperkte recht. Het kende zelfs geen specifieke wettelijke term voor deze categorie rechten, die dan ook meestal als 'zakelijke rechten' of eventueel als '*beperkte* zakelijke rechten' of '*overige* zakelijke rechten' werden aangeduid. Toch werd wel over het algemene begrip van deze rechten nagedacht en geschreven. De meningen over de precieze constructie van het beperkte recht liepen uiteen, alhoewel dit uit de gebruikte terminologie en omschrijvingen – die alle erg vergelijkbaar waren – niet zo direct blijkt. In deze paragraaf wordt aan de hand van een aantal van de belangrijkste auteurs onder oud BW bezien in hoeverre gezegd kan worden dat een specifiek model in dit tijdperk de heersende leer vormde voor de theoretische constructie van het beperkte recht.

5.2.1 De legisten van de negentiende eeuw: Diephuis, Opzoomer en Land

De Groninger hoogleraar Gerhardus Diephuis (1817-1892) en de Utrechtse hoogleraar Cornelis Willem Opzoomer (1821-1892) hebben een ongekend grote invloed gehad op het Nederlandse burgerlijk recht van de negentiende eeuw, relatief kort na de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1838. Beiden schreven omvangrijke commentaren op dit wetboek, waarin zij dit uitlegden en interpreteerden, waarin zij voorts het systeem ervan uit de doeken deden en waarmee zij richting hebben gegeven aan het burgerlijk recht van hun tijd. Hun belangrijkste rechtsbron en richtsnoer hierbij was steeds de wet (*lex*) zelf, hetgeen hen de benaming 'legisten' opleverde. Toch verschilden zij over talrijke

26 Vgl. Van den Bergh/Jansen 2011, p. 110.

kwesties van burgerlijk recht sterk van mening.[27] Zoals Scholten het in zijn *Algemeen deel* omschrijft:

> "Het was Opzoomer tegen Diephuis, of Diephuis tegen Opzoomer (…). Waren zij het eens, slechts zelden week de rechter af."[28]

Het is dan ook interessant in dit tijdperk eerst en vooral te onderzoeken welke opvatting zij ten aanzien van de constructie van het beperkte recht huldigden.

5.2.1.1 Diephuis

In zijn tweede en meer systematische commentaar op het oud BW – eenvoudigweg *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt* getiteld – beschrijft Diephuis het zakelijke recht als een recht dat "de zaak in meerdere of mindere mate, geheel of in een bepaald opzigt, aan de magt van den regthebbende onderwerpt" en dat "eene regtsbetrekking schept tusschen dezen en de zaak zelve."[29] De zakelijke rechten zijn onder te verdelen in twee te onderscheiden categorieën. De uit een zakelijk recht voortvloeiende macht kan namelijk betrekking hebben op "eene eigene zaak" (dit is het geval bij eigendom), of op "eens anders zaak" (dit is het geval bij de beperkte rechten: de *iura in re aliena*). De (volle) eigendom omvat "alles, wat eenig regt kan insluiten" en is "uit zijn aard het geheel algemeene alomvattende regt op een zaak, uit kracht waarvan de eigenaar te haren aanzien kan doen en laten al wat hij wil, en niets behoeft te gedoogen, wat hij niet wil." De beperkte rechten daarentegen zijn "uit hunnen aard alle binnen zekere grenzen beperkt." [30]Het zijn rechten die "zoo al genot, toch geen vrij genot medebrengen, en zoo ze al een regt van beschikking geven, toch niet bevoegd maken om op de volstrektste wijze te beschikken over de zaak, die er het voorwerp van is."[31] De beperkte rechten zijn dan ook nooit als eigendom te kwalificeren, hoe veelomvattend ze ook mogen zijn, maar zijn rechten van een andere soort en met een eigen (beperkt) karakter, dat van dat van de eigendom verschilt. Het zijn rechten van een mindere inhoud en een meer bepaalde strekking.[32] Diephuis maakt dan ook een duidelijk onderscheid tussen de eigendom en de overige zakelijke rechten:

> "Zij die alzoo nevens den eigenaar een zakelijk regt hebben op de zaak, zijn daarom geene mede-eigenaren. Hun ontbreekt, wat daartoe noodig zou zijn, eigendom.

---

27 Van den Bergh/Jansen 2011, p. 136 vermeldt hiervoor als reden dat Opzoomer zich vooral baseerde op de woorden van de wet en Diephuis meer op de bedoeling van de wetgever, zoals die zich uit de wetsgeschiedenis liet reconstrueren.
28 Asser/Scholten 1974, p. 187.
29 Diephuis VI (1886), p. 7.
30 Idem, p. 12-13.
31 Idem, p. 17.
32 Idem, p. 474.

> Zij hebben wel een regt op de zaak, maar die zaak is daarom niet ook de hunne, zij behoort hun niet toe. En al kan men zeggen, dat hunne regten met dat van den eigenaar te zamen alle regten uitmaken, die de volkomen eigendom op zich zelf insluit, dan is hun regt daarom nog geen eigendom. (…) Elk zakelijk recht op eens anders zaak is, al is het aan den eigendom onttrokken, evenwel, en juist als zoodanig, geen eigendom.[33] (…) En het is ongepast, en zal wel tot verwarring, maar niet tot juiste onderscheiding van verschillende begrippen kunnen leiden, wanneer men eenig zakelijk regt op eens anders zaak eigendom noemt, zij het dan ook met eene bijvoeging, in tegenstelling van anderen met eene andere uitdrukking aangeduiden eigendom, omdat het nu eenmaal geen eigendom is, maar een regt van een ander, een eigen karakter."[34]

Met zijn laatste opmerking zet Diephuis zich – blijkens een voetnoot[35] – onder meer af van het gebruik van de termen *dominium utile* en *dominium directum*. Beperkte rechten hebben een ander en eigen karakter en zijn dus geen *soort* of *vorm* van eigendom.

De vraag is echter of zij wel als een (afgesplitst) *deel* van die eigendom kunnen worden gezien. Nu de beperkte rechten qua aard en karakter – ook volgens Diephuis – zo sterk van de eigendom verschillen, is dit mijns inziens lastig voorstelbaar. Diephuis geeft hierboven echter wel aan dat men naar zijn mening kan zeggen dat eigendom en de andere rechten op een zaak tezamen alle rechten uitmaken die de volle eigendom op zichzelf insluit. We hebben al eerder gezien dat men hierbij enerzijds de kanttekening kan zetten dat niet alle beperkte rechten de eigenaar van de belaste eigendom dezelfde bevoegdheid ontnemen die het onderwerp van het beperkte recht uitmaakt (men denke hierbij bijvoorbeeld aan de erfdienstbaarheid van overpad). Anderzijds zijn er beperkte rechten die bevoegdheden geven die niet tot de inhoud van het eigendomsrecht gerekend kunnen worden (men denke hierbij bijvoorbeeld aan de *servitus altius non tollendi)*.[36] Voor zover hiermee echter tot uitdrukking wordt gebracht dat zowel eigendom als beperkt recht rechten tot een zaak geven, en de eigendom het meest omvattende recht tot een zaak inhoudt dat denkbaar is, valt hiertegen niets in te brengen.

Als Diephuis in het hier besproken werk over de beperkte zakelijke rechten komt te spreken, gebruikt hij veelvuldig termen en uitdrukkingen die goed passen bij de afsplitsingsgedachte. Zo spreekt hij van de eigendom die "eene

---

33 Een hieraan tegengesteld standpunt wordt (onder huidig recht) ingenomen door De Jong, zie hfdst. 6 par. 6.1.2.3.

34 Diephuis VI (1886), p. 18-19. Zie ook p. 477.

35 Idem, p. 19 noot 1.

36 Dit is een erfdienstbaarheid die de eigenaar van het heersende erf het recht geeft zich ertegen te verzetten dat de eigenaar van het dienende erf op zijn eigen grond hogere bouwwerken bouwt dan volgens de erfdienstbaarheid is vastgesteld.

afscheiding van bepaalde regten toelaat, die een ander kan hebben op de zaak van den eigenaar" en noemt hij het beperkte recht een van de eigendom "*afgezonderd*" recht. Ook spreekt hij – neutraler – van de aan de belaste eigendom "*onttrokken*" macht en – weer minder neutraal – van een "aan den eigendom *onttrokken* regt".[37] Door die afscheiding, die onttrekking, verkrijgt het beperkte recht zijn afzonderlijk, zelfstandig bestaan, "'twelk het vroeger niet had."[38] Diephuis lijkt hier te impliceren dat het beperkte recht in theorie wel *bestond* en in de eigendom verscholen lag, slechts nog geen van het eigendomsrecht *losgemaakt* bestaan had. Doch het verdient opmerking dat Diephuis ook een enkele maal – in het kader van stapeling van beperkte rechten – spreekt van het gestapelde beperkte recht als een op een ander beperkt recht "*rustende last*", hetgeen zeker niet de associatie oproept met de afsplitsingsmetafoor.[39]

De eigendom die bezwaard is met een beperkt recht merkt Diephuis aan als "*onvolkomen*" en "*ingekort*", hoewel hij benadrukt dat ook die onvolkomen eigendom evenwel eigendom is en blijft. Veel neutraler is zijn omschrijving van de bezwaarde eigendom als de eigendom waarvan de eigenaar "het genot geheel of ten deele mist, omdat ook een ander een zakelijk regt heeft op dezelfde zaak, (…) uit kracht waarvan het genot (…) aan dien ander toekomt."[40] Ten slotte vermeldt hij dat bij hun tenietgaan de beperkte rechten "weer worden *opgenomen* door", "weder *opgaan in*" of "weder *oplossen in* de eigendom", die daardoor weer volkomen, geconsolideerd en met het beperkte recht "*vereenigd*" wordt.[41] In een wederom veel neutralere of – zo men wil – genuanceerdere uitdrukkingswijze spreekt hij van het tenietgaan van beperkte rechten door vermenging "wanneer zoodanig regt, met den eigendom in ééne hand komt, en daardoor ophoudende een regt op eens anders zaak te zijn, niet meer als een regt op zich zelf van den eigendom te onderscheiden is."[42]

Ondanks het duidelijke onderscheid dat Diephuis dus maakt tussen (het karakter van) eigendom en beperkte rechten en ondanks dat hij aangeeft dat het beperkte recht *nooit* als een vorm van eigendom kan worden gezien, roept het gebruik van veel van zijn terminologie op dit punt een sterk beeld op van het zakelijke recht als een *brokstuk* van de eigendom, en de vestiging van het recht als de *overdracht* van dit stuk. Men kan zich afvragen of hij hiermee daadwerkelijk een dergelijke opvatting van het beperkte recht bedoeld heeft weer te geven. Over dit punt biedt uiteindelijk Diephuis zelf uitkomst, in zijn inleiding op de bespreking van de afzonderlijke "regten op eens anders zaak".

37 Diephuis VI (1886), p. 13 resp. 19 en 18.
38 Idem, p. 20. Zie ook p. 480.
39 Idem, p. 491.
40 Idem, p. 15.
41 Diephuis VI (1886), p. 21 en 491.
42 Idem, p. 488. Zie ook p. 491.

Daar laat hij zich immers met zoveel woorden uit over de constructie van het beperkte recht, waar hij opmerkt dat door de vestiging van een beperkt recht

> "*niet een deel van het eigendomsregt* van de overige deelen [wordt] *afgescheiden*, want eigendom is *geen uit verschillende deelen zamengesteld geheel*, en de zakelijke regten zijn zoo verschillend in inhoud en omvang, dat ze ons ook daardoor aan *geen bepaalde deelen* laten denken; maar een ander heeft een zeker regt op, eene daaraan geëvenredigde magt over dezelfde zaak, en hierdoor is het regt en de magt van den eigenaar zooveel minder, zooveel zwakker geworden; aan dezen is *onttrokken*, wat gene heeft; en het eigendomsregt, uit zijn aard al omvattend, laat zoodanige onttrekking en inkrimping toe, en wordt dan wel een onvolkomen, maar blijft toch nog altijd eigendom."[43] (cursivering toegevoegd)

Diephuis geeft hier een duidelijke visie weer, die ook zijn eerder gebruikte terminologie in een geheel ander daglicht plaatst. Het beperkte recht is naar zijn mening dus uitdrukkelijk *geen* deel van de eigendom, de eigendom uitdrukkelijk *geen* uit bepaalde delen samengesteld geheel. Ondanks dat hij eerder de term 'afscheiding' wel degelijk heeft gebezigd, geeft hij hier met zoveel woorden aan dat er niet van een daadwerkelijke *afscheiding* van een stuk van het eigendomsrecht kan worden gesproken. Het beperkte recht geeft een zekere macht over de zaak die de macht van de eigenaar over diezelfde zaak zwakker doet worden. In dezelfde zin moeten we ook het gebruik van de terminologie van de *onttrokken* macht en het aan de eigendom *onttrokken* recht begrijpen, en dat van de *ingekorte* eigendom. Eens te meer blijkt de door een auteur gebruikte terminologie niet altijd een juiste weergave te zijn van zijn werkelijke opvatting van de constructie van het beperkte recht. Men mag uit eerdergenoemde verhandelingen en de daarin gebruikte terminologie derhalve kennelijk *niet* concluderen dat bij de vestiging van een beperkt recht een brokstuk van de eigendom wordt overgedragen. Eerder lijkt het in Diephuis' visie te gaan om de toedeling van een deel van een zekere *macht* over de zaak, die de macht van de eigenaar over de zaak doet inkrimpen: een opvatting die goed past bij het beeld van het beperkte recht als een *last* of *bezwaring* van de eigendom.

5.2.1.2 Opzoomer

De grootste opponent van Diephuis was ongetwijfeld Opzoomer, die enige tijd na het verschijnen van Diephuis' eerste commentaar het eerste deel van zijn eigen commentaar het licht deed zien: *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door C.W. Opzoomer*.

---

43 Diephuis VI (1886), p. 474.

Opzoomer – hoogleraar in de wijsbegeerte – gebruikt een wat bloemrijker beeld van het beperkte recht dat niet direct zo heel goed te plaatsen is in de twee hiervoor steeds genoemde constructies: afsplitsing *van* of een last rustende *op* de eigendom. Hij beschrijft de eigendom als het middelpunt, de "eenheid van recht" – een soort zon, zou je kunnen zeggen – waarvan verschillende "stralen" uitgaan:

> "Hij [= de eigendom] is het middelpunt, waarvan alle rechten als zoo vele stralen uitgaan. Krijgen die stralen een zelfstandig karakter, als stonden ze naast dat middelpunt, toch blijkt het telkens, dat er de ware zelfstandigheid aan ontbreekt. Ze blijven met dat middelpunt in samenhang; het heeft de kracht om ze weer tot zich te trekken en hun eigen bestaan er aan te ontnemen."[44]

Diephuis heeft op deze beeldspraak wel enige – doch niet al te fundamentele – kritiek:

> "Men zou zich intusschen kunnen vragen, of de onvolkomen eigendom wel een eenheid van regt genoemd kan worden, en of de volkomen eigendom, en zelfs de onvolkomene, niet altijd nog vrij wat meer is dan een middelpunt."[45]

Al is de beeldspraak van Opzoomer niet heel direct te plaatsen in een bepaalde opvatting over de theoretische constructie van het beperkte recht, zijn taalgebruik wijkt – al is hij wat neutraler – niet zo gek veel af van dat van Diephuis:

> "De eigendom kan beperkt zijn; zijn volledigheid kan *besnoeid* zijn. Misschien zijn er rechten aan *onttrokken*, die nu naast en tegenover hem staan. (…) Waar de voorwaarden, waaronder zij geboren is en waaraan haar leven hangt, ten einde zijn, daar *keeren die rechten weer terug tot de eenheid, waaruit zij gevloeid waren*, en de eenheid wordt op nieuw en in werkelijkheid wat zij oorspronkelijk en in haar begrip was, de volheid of volledigheid des rechts. (…) Dan *keert uw recht tot mij terug*, omdat het in de eenheid van recht, die bij mij gebleven is, wordt *opgelost*, in het middelpunt wordt *teruggetrokken*."[46] (cursiveringen toegevoegd)

En ook Opzoomer is van mening dat de zaak door de vestiging van welk beperkt recht dan ook in geen enkel opzicht de zaak van de beperkt gerechtigde wordt, en de beperkt gerechtigde – als rechthebbende van een recht op de zaak van een ander (*ius in re aliena*) – in geen enkel opzicht eigenaar van die zaak.[47] Hij constateert dat het onderscheid tussen *dominium directum* en *dominium utile* ongepast is en

44 Opzoomer III (1876), p. 225.
45 Diephuis VI (1886), p. 18.
46 Opzoomer III (1876), p. 225-226.
47 Idem, p. 226.

> "op niets anders kan rusten dan op een *valsche bepaling van den eigendom*, als ware die *slechts de som van een grooter of kleiner aantal bevoegdheden*, terwijl hij inderdaad niet haar som, maar haar totaliteit is of liever hare eenheid. Ware hij toch niets meer dan haar som, zoo ware hij niet langer aanwezig, zoodra al was het maar ééne van die bevoegdheden die ontbrak. Nu hij hare eenheid is, *blijft hij in stand* en wordt *in zijn natuur niet aangetast*, *niet in zich zelf verminderd* of *gedeeld*, waar hij eenvoudig beperkt en *slechts in zijn bevoegdheden verminderd* of *gedeeld* wordt. Want de eenheid staat *boven hare bestanddeelen* en is tegenover hen een *eigen, een zelfstandig recht*."[48] (cursiveringen toegevoegd)

Uit dit citaat – gedaan naar aanleiding van het onderscheid *dominium directum* en *dominium utile* – kan men tevens een stellingname tegen het beperkte recht als deel of brokstuk van de eigendom afleiden. Die eigendom kan immers *niet* worden verminderd, niet worden aangetast of in stukjes gedeeld, hij kan slechts worden beperkt zodat de *eruit voortvloeiende bevoegdheden* worden verminderd of gedeeld. Eigendom vormt een eigen en zelfstandig recht, een eenheid van een onbepaalde hoeveelheid aan bevoegdheden, maar *geen* optelling van verschillende *delen* van die eigendom en zelfs niet van verschillende uit de eigendom voortvloeiende bevoegdheden.

Opzoomer sluit zich ten slotte ook aan bij de leer van Van Boneval Faure (1826-1909), hoogleraar te Groningen en Leiden – die volgens hem "zeer juist" is – wanneer die zich verzet tegen de opvatting dat een inschrijving in de openbare registers een algemeen vereiste is voor het tenietgaan van een beperkt recht op een onroerende zaak:

> "In die beweering ligt evenwel eene miskenning van de natuur van een regt op eens anders zaak. Gelijk bij de vestiging van dergelijk zakelijk regt *geen deel van het eigendomsregt* werkelijk daarvan wordt *afgescheiden*, zoodat daarin eene werkelijke vermindering van het eigendomsregt gelegen zou zijn, maar veeleer de uitoefening van zekere uit het eigendomsregt voortvloeijende bevoegdheid aan een ander als een zelfstandig zakelijk regt wordt toegekend, en dit bij hem wordt, zoodat wel eene beperking in de uitoefening *geene vermindering van het regt van eigendom zelf* daaruit ontstaat; gelijk dus de eigendom ten gevolge van de vestiging eens zakelijken rechts, voor zoover de aan den ander toegestane bevoegdheden reiken, als 't ware slaapt (*dominium quiescens*), zoo is ook, om die beperking te doen ophouden en het zakelijk recht te vernietigen door vereeniging met den eigendom, geene *nieuwe verkrijging* van den eigenaar noodig; maar juist omdat de vestiging slechts *eene beperking* (*geen werkelijke vermindering van het eigendomsrecht*) deed ontstaan, krijgt ook, door 't wegvallen der beperking alleen, het eigendomsrecht zijne volkomene onbeperktheid *van zelf* terug."[49] (cursiveringen grotendeels toegevoegd)

---

48 Opzoomer III (1876), p. 227-229. Vgl. ook p. 234.

49 Van Boneval Faure 1863, p. 464-465. Opzoomer III (1876), p. 226 noot 1, haalt van dit citaat de laatste zin aan.

Veel duidelijker dan Van Boneval Faure hier doet, kan een stellingname tegen de opvatting van het beperkte recht als brokstuk van de eigendom niet worden verwoord. De eigendom slaapt gedeeltelijk, zij is *niet* daadwerkelijk verminderd. De vestiging van het beperkte recht is *geen* afscheiding van een deel van het eigendomsrecht, maar een zelfstandig zakelijk recht dat de eigendom niet *vermindert*, maar slechts *beperkt in zijn uitoefening*. Zou nu de vestiging van een beperkt recht wél de *overdracht* van een deel van de eigendom inhouden, dan zou het logischerwijs ook in alle gevallen weer *opnieuw* verkregen moeten worden door de eigenaar teneinde weer met de eigendom verenigd te kunnen worden: een inschrijving zou dan vereist zijn.[50] Ziet men het beperkte recht daarentegen als een zelfstandige last op de eigendom, dan valt, wanneer die last tot een einde komt, de beperking van de uitoefening van de eigendom *vanzelf* weg en nemen de voorheen onderdrukte bevoegdheden eveneens *van rechtswege* weer hun volle omvang aan, zo betoogt Van Boneval Faure. Openbaarmaking door een inschrijving in de openbare registers dient de rechtszekerheid, maar is *geen* algemeen vereiste voor het tenietgaan van het beperkte recht op een onroerende zaak. De wet stelt dit vereiste immers óók niet uitdrukkelijk.

Hoewel Opzoomer slechts het laatste deel van dit citaat ("gelijk dus de eigendom…") in zijn verwijzing naar Van Boneval Faure letterlijk overneemt, zegt hij zich bij diens leer aan te sluiten die hij – als gezegd – als "zeer juist" betitelt. Hij lijkt zich hiermee met name aan te sluiten bij Van Boneval Faures opvatting dat voor het tenietgaan van het beperkte recht in het algemeen geen nieuwe verkrijging van den eigenaar nodig is. Het door hem geciteerde stuk omvat echter uitdrukkelijk óók de noties van de slapende eigendom (*dominium quiescens*) en die van de eigendom als *beperking* doch geen werkelijke *vermindering* van het eigendomsrecht. Hij wekt hiermee sterk de indruk zich ook bij deze noties aan te sluiten.

Van Boneval Faure[51] benadrukt in het werk waaruit hij door Opzoomer geciteerd wordt dat – anders dan voor het tenietgaan van beperkte rechten op onroerende zaken – voor de *vestiging* daarvan wél het algemene (constitutionele) vereiste bestaat van inschrijving van de titel in de openbare registers. Dit is immers, ten behoeve van de rechtszekerheid, door de wetgever in de op de verschillende beperkte rechten betrekking hebbende bepalingen steeds uitdrukkelijk voorgeschreven (zie voor huidig recht in beginsel het algemene

50 Opmerkelijk genoeg vindt de door Van Boneval Faure geciteerde Minister van Justitie voor de vaststelling dat er geen levering of overschrijving van het oude <tiendrecht> (maar hij noemt ook het vruchtgebruik) juist grond in de gedachte dat dit recht een deel is van het eigendomsrecht, zodat zodra het recht ophoudt, het terugkeert tot de eigenaar. Deze gedachte komt mij in het algemeen weinig logisch voor. Van Boneval Faure meent dat we de minister in de door hem uitgelegde zin moeten begrijpen, a.w., p. 465.

51 Van Boneval Faure 1863, p. 466-467.

artikel 3:98 BW[52]). Dit voorschrift van inschrijving – op dezelfde *wijze* als bij de overdracht van de onroerende zaak waarop het beperkte recht wordt gevestigd – geldt volgens Van Boneval Faure dus op grond van het door de wetgever uitdrukkelijk bepaalde, en *niet* omdat bij de vestiging van het beperkte recht, evenmin als bij het tenietgaan, sprake zou zijn van enige *overgang* van een recht. De beperkte rechten worden immers pas door de vestiging 'geboren',[53] en gaan derhalve niet van de eigenaar op de beperkt gerechtigde *over*. De inschrijving is eenvoudig dezelfde handeling als die welke ook voor de overdracht van de onroerende zaak op grond van de wet en ten behoeve van de rechtszekerheid wordt gevorderd. Ook bij het tenietgaan van beperkte rechten zou een dergelijk vereiste van inschrijving denkbaar en wellicht zelfs wenselijk zijn, echter het vereiste bestaat *niet* nu dit niet door de wetgever uitdrukkelijk is gesteld. Men kan volgens Van Boneval Faure niet stellen dat een dergelijk vereiste in de wet gelezen mag worden op grond van het feit dat bij het tenietgaan van een beperkt recht óók sprake zou zijn van een zekere overgang van een onroerende (onlichamelijke) zaak.[54]

Vast staat dus dat Opzoomer instemt met Van Boneval Faure ten aanzien van de kwestie dat er geen nieuwe verkrijging door de eigenaar nodig is bij het tenietgaan van een beperkt recht. De reden daarvoor vindt Van Boneval Faure – ook in het door Opzoomer overgenomen citaat – in de constructie van het beperkte recht: dat is geen deel van de eigendom dat bij de vestiging wordt overgedragen (maar een zelfstandig recht dat de eigendom beperkt in de uitoefening door de eigenaar) en hoeft daarom bij het tenietgaan ook niet opnieuw verkregen te worden door die eigenaar. Het is dan ook de vraag hoe deze instemming in overeenstemming kan worden gebracht met de opvatting die Opzoomer op een andere plek met betrekking tot de vestiging van een beperkt recht huldigt, en waarmee hij juist van Van Boneval Faure afwijkt. Het gaat daarbij om de kwestie of de in de wet opgenomen vestigingsvereisten voor de verschillende beperkte zakelijke rechten op onroerende zaken een bijzondere toepassing waren van de leveringsvereisten voor onroerende zaken uit artikel 671 oud BW en dus evenzeer zouden gelden indien dit niet expliciet in de wet zo was bepaald. Van Boneval Faure meende van niet, omdat men

52 Zie onder oud BW de artt. 743, 760, 767, 784, 807, 865 en 1224. Voor een *specifieke* vorm van tenietgaan van een beperkt recht, nl. door afstand, en voor de overdracht van een beperkt recht geldt dit vereiste – naar huidig recht op grond van art. 3:98 BW – ook. Bij de afstand, en uiteraard ook bij de overdracht van een beperkt recht, is overigens wel sprake van een *overgang* van het beperkte recht: bij afstand draagt de beperkt gerechtigde zijn recht eerst aan de eigenaar over, waarna het in feite door vermenging tot een einde komt.

53 Vgl. in die zin uitdrukkelijk art. 807 lid 2 oud BW.

54 Onder oud BW (art. 564) werden bepaalde op onroerende zaken betrekking hebbende rechten (met name beperkte zakelijke rechten) zelf ook als onroerende zaken aangemerkt.

een onderscheid moet maken tussen vestiging en overdracht.[55] Opzoomer echter reageert hierop als volgt:

> "Ik erken het onderscheid niet te vatten. De vestiging, die op overeenkomst steunt, is zoo goed een overdracht, als iedere volgende. Men kan iemand niet geven wat men zelf niet heeft, en al heeft de eigenaar het vruchtgebruik niet onder dien naam, niet als een afzonderlijk recht, *maar als een deel van zijn eigendom*, ik zie niet, wat dit ter zake zal doen. Toch *draagt hij wel degelijk zijn vruchtgebruik*, dat bij hem *van zijn eigendom een deel uitmaakte*, op den anderen *over*."[56]

Onder oud BW werd de vestiging van een beperkt recht niet in algemene zin door de wet 'geschakeld' aan de overdracht van het goed waarop het beperkte recht betrekking heeft, zoals tegenwoordig door artikel 3:98 BW geschiedt. Dat wetsartikel verklaart immers onder meer de eisen van levering van een goed van overeenkomstige toepassing op de vestiging van een beperkt recht op een zodanig goed. Toch gold volgens Opzoomer toentertijd hetzelfde, nu de vestiging van een beperkt recht in zijn optiek een bijzondere vorm van overdracht is, namelijk de overdracht van een van die eigendom afgesplitst deel. Deze geheel aan de opvatting van Van Boneval Faure tegengestelde voorstelling van zaken – met wie Opzoomer eerder juist leek in te stemmen – maakt de opvatting van Opzoomer niet erg eenduidig. Men moet concluderen dat Opzoomer weliswaar – kennelijk op niet vermelde, àndere gronden dan Van Boneval Faure, wiens leer hij echter met vermelding van de door deze gegeven gronden wél citeert en als "zeer juist" betitelt – meent dat bij het tenietgaan van het beperkte recht geen nieuwe verkrijging door de eigenaar nodig is, maar dat hij desondanks de vestiging van het beperkte recht als de overdracht van een deel van de eigendom opvat. Het komt mij echter voor dat het eerder van Opzoomer vermelde citaat waarin hij meent dat in dit kader de eigendom steeds in stand blijft en in zijn natuur niet wordt aangetast, niet in zichzelf wordt verminderd of gedeeld, maar eenvoudig wordt beperkt zodat de eruit voortvloeiende bevoegdheden verminderd of gedeeld worden, hiermee ook moeilijk in overeenstemming te brengen is.

We kunnen nu in ieder geval tot de conclusie komen dat Opzoomer niet (geheel) op dezelfde lijn als Diephuis zit wanneer die meent dat men het beperkte recht niet als een deel van de eigendom dient te zien. Des te interessanter wordt het om de opvattingen van enkele andere belangrijke auteurs onder oud BW te analyseren teneinde te onderzoeken of hierin toch een zekere, algemene lijn ten aanzien van de constructie van het beperkte recht kan

55 Van Boneval Faure 1847, p. 312.

56 Opzoomer III (1876), p. 336-337. Diephuis bespreekt deze kwestie niet en noemt ook Opzoomers redengeving niet in zijn bespreking van leverings- en vestigingsvoorschriften van onroerende zaken (a.w., p. 112).

worden ontdekt. Begonnen wordt met een andere bekende legist uit de negentiende eeuw.

5.2.1.3 Land

Ook Nicolaas Karel Frederik Land (1840-1903), hoogleraar te Groningen en opvolger van Diephuis, schreef een uit meerdere delen bestaand commentaar op het Burgerlijk Wetboek van 1838, onder de titel *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*.[57] Scholten vermeldt hierover in zijn *Algemeen deel* het volgende:

> "Naast deze beide commentaren (van Diephuis en van Opzoomer, *AFM*) is er nog slechts één te noemen; het is die van N.K.F. Land (…). Beknopter, maar ook stellig minder belangrijk: er zijn, indien ik mij niet vergis, niet veel punten waarop Land blijvende invloed heeft gehad."[58]

Ondanks de wellicht wat kleinere (blijvende) invloed, blijft het toch interessant om te bezien wat de visie van dit derde grote commentaar op het oud BW was op de constructie van het beperkte recht, en of deze afweek van de visies van Diephuis en Opzoomer.

In zijn *Verklaring* omschrijft Land het zakelijk recht als een recht op een zaak, inhoudende het recht op de heerschappij over die zaak hetzij in haar geheel (eigendom), hetzij ten dele (de overige zakelijke rechten).[59] De overige zakelijk gerechtigden hebben volgens hem een deel van de wettelijke heerschappij van de eigenaar, maar wel een binnen bepaalde, vaste grenzen afgebakend gedeelte van het onbegrensde veld, waarover de eigenaar heerst.[60] Deze gedeelten van het gebied van de eigenaar zijn door een zakelijk recht "ingenomen". Op deze manier kan de eigendom door de zakelijke rechten belangrijk worden ingekort, maar steeds blijft voor de eigenaar alles wat niet door de zakelijke rechten is "ingenomen". De "ingenomen" gedeelten hebben steeds het streven om zich weer met de eigendom te verenigen, zich te consolideren en zich weer in het geheel "op te lossen".[61]

Valt uit deze bewoordingen nog niet al te veel af te leiden omtrent de precieze constructie van het beperkte recht volgens Land, een beter beeld verkrijgt men al als hij de mogelijke beperkingen van de eigendom beschrijft. Naast de

---

57 Asser/Scholten 1974, p. 187\.
58 Asser/Scholten 1974, p. 187.
59 Land II (1901), p. 7.
60 Idem, p. 111-112. Dit onbegrensde geheel kan niet verdeeld worden in een aantal eindige delen, als ius utendi, fruendi, abutendi en hoe zij verder zijn genoemd, aldus Land. Het is onmogelijk een volledige opsomming van de elementen van de eigendom te geven, p. 112-113, noot 3; vgl. ook p. 90.
61 Idem, p. 112.

beperkte rechten zijn er immers ook *andere* beperkingen van de eigendom mogelijk, zoals door wetsbepalingen en private rechten van anderen, waardoor het recht van de eigenaar wel *niet*, zelfs niet ten dele, wordt *opgeheven*, maar toch krachteloos gemaakt. Beperkingen zijn mogelijk door verplichtingen om te doen of na te laten opgelegd door het administratief gezag, door de strafwet, of door overeenkomsten en acties uit onrechtmatige daad. Het eigendomsrecht blijft door dit alles echter *onbeperkt*, al mag men het niet ten volle uitoefenen. *Werkelijke* beperkingen van de eigendom van privaatrechtelijke aard zijn – aldus Land – de zakelijke rechten (bijzonder) en de beperkingen die voortvloeien uit het burenrecht (algemeen). Bij de algemene, wettelijke regels van het burenrecht *verminderen* zijns inziens de rechten van een eigenaar dikwijls precies zo als bij zakelijke rechten.[62]

Men kan uit het voorgaande de conclusie trekken dat door deze *werkelijke* beperkingen volgens Land kennelijk wél het recht van de eigenaar – de eigendom – ten dele wordt "*opgeheven*".[63] Deze beperkingen bepalen hier derhalve *daadwerkelijk* de inhoud en omvang van de eigendom zelf, in het algemeen of in het bijzonder. Het gaat naar Lands mening niet om beperkingen die enkel de *uitoefening* van de eigendom treffen. Hij distantieert zich dan ook van degenen die niet van vermindering van de eigendom, maar van vermindering van zijn uitoefening spreken, en daarmee van de leer van o.a. Diephuis en Van Boneval Faure van het *dominium quiescens*: het eigendomsrecht dat bestaat, maar gedeeltelijk 'rust' (i.e. niet wordt uitgeoefend). [64]Hij vermeldt hierbij over die leer:

> "Men wil daarmede aanduiden, dat bij het vervallen van een zakelijk recht op eens anders goed de eigendom van zelf weder het *tijdelijk verloren terrein* inneemt, zonder

62 Idem, p. 113.

63 Over de erfdienstbaarheid merkt hij dan ook met zoveel woorden op dat deze leidt tot een vermindering van eens anders eigendom en dat de eigenaar van het heersend erf een recht op gedeeltelijke heerschappij krijgt over het lijdend erf, waardoor de eigendom van het lijdend erf voor dat deel wordt *opgeheven,* Land II (1901), p. 241-242.

64 Zie Land II (1901), p. 7 noot 1, waarover in gelijke zin Rank-Berenschot (diss. 1992, p. 105). Zie voorts p. 241-242, met name noot 3 aldaar. Land haalt op eerstgenoemde plek de Duitse Pandektist Vangerow aan als aanhanger van de *dominium quiescens*-leer, die in de daar aangehaalde paragraaf benadrukt dat het beperkte recht een zelfstandig, van de eigendom verschillend goederenrechtelijk recht is, en niet (slechts) een afgescheiden eigenaarsbevoegdheid of een vermindering van het eigendomsrecht ten voordele van een ander, Vangerow I (1863), par. 338, Anm. 1, p. 688-690. Vangerow maakt overigens een uitzondering voor de stedelijke erfdienstbaarheden (*servitutes praediorum urbanorum*) en maakt daarmee qua constructie een merkwaardig onderscheid tussen de verschillende dienstbaarheden waarvan hijzelf aangeeft dat dit veel tegenspraak heeft gekregen. Het onderscheid zou zijns inziens de verklaring vormen van het feit dat teneinde de stedelijke erfdienstbaarheden weer met de eigendom te verenigen, in tegenstelling tot bij andere beperkte rechten, een nieuwe verkrijging door de eigenaar noodzakelijk zou zijn (zie ook par. 342, Anm. 3, p. 728-731). Wat hier ook van zij, het onderscheid speelt in ieder geval naar huidig Nederlands recht geen rol meer.

dat de eigenaar opnieuw dit *deel van het recht* heeft te verkrijgen." (cursiveringen toegevoegd)

De constructie van het *dominium quiescens* is volgens hem dus slechts een hulpmiddel om te verklaren dat de eigendom vanzelf weer 'aangroeit' met het eerder verloren gedeelte, zonder dat de eigenaar dit gedeelte opnieuw hoeft te verkrijgen. Zelf verkiest hij dan ook te spreken van een vermindering van de eigendom zelf. De hierboven aangehaalde beschrijving van Land geeft ook anderszins een goede indruk van zijn visie op het beperkte recht: het gaat om een *deel van het recht van de eigenaar* dat deze tijdelijk heeft *verloren*.

Land benadrukt derhalve dat het recht op gedeeltelijke heerschappij dat een beperkt recht verschaft, als het ware "in uitzondering van"[65] de eigendom werkt. De eigendom wordt daardoor daadwerkelijk *verminderd*. Die vermindering van de eigendom kan volgens Land verschillende vormen aannemen: *hetzij* de eigenaar verliest een bevoegdheid, die het zakelijk recht aan de ander verschaft (bijvoorbeeld bij het recht van vruchtgebruik: de eigenaar verliest het recht op de vruchten, de vruchtgebruiker verkrijgt dit), *hetzij* de eigenaar moet de gedeeltelijke heerschappij van de ander dulden zonder dat hij zichzelf van deze heerschappij hoeft te onthouden (bijvoorbeeld bij een erfdienstbaarheid van weg: de eigenaar van het heersende erf verkrijgt het recht de weg te gebruiken, maar de eigenaar van het dienende erf behoudt dit recht zelf ook), *hetzij* de eigenaar moet zich slechts onthouden van het een of ander (bijvoorbeeld bij een erfdienstbaarheid om niet hoger te bouwen: de eigenaar van het dienende erf verliest het recht om hoger te bouwen, de eigenaar van het heersende erf verkrijgt dit recht echter niet, hij verkrijgt slechts het recht zich te verzetten tegen hogere bouw).[66]

De drie hier door Land genoemde verminderingen van de eigendom geven aanleiding tot een nadere beschouwing. De verminderingen van Land blijken dan achtereenvolgens te bestaan in:

1 – het *verlies van een bevoegdheid tot een doen* door de eigenaar, waarbij *dezelfde* bevoegdheid door de beperkt gerechtigde wordt verkregen. De eigenaar verliest dus óók de *bevoegdheid zich te verzetten* tegen uitoefening van de bevoegdheid door de beperkt gerechtigde, hetgeen neerkomt op het ontstaan voor de eigenaar van een *plicht tot een dulden*. De beperkt gerechtigde verkrijgt de *bevoegdheid zich te verzetten* tegen de uitoefening van de bevoegdheid door de eigenaar, hetgeen voor de eigenaar neerkomt op het ontstaan van een *plicht tot een niet-doen of nalaten*.
→ De eigenaar mag in deze situatie dus een bepaald gedrag niet meer vertonen of een bepaalde toestand niet meer in stand houden, terwijl hij dat voorheen

65 Land II (1901), p. 7.
66 Idem.

wel mocht; de beperkt gerechtigde mag een bepaald gedrag vertonen of een bepaalde toestand in stand houden, terwijl hij dat voorheen niet mocht.

Deze situatie is in feite een combinatie van de nu volgende onder 2 en 3 beschreven gevallen.

2 – het enkele *verlies van een bevoegdheid zich ergens tegen te verzetten* door de eigenaar: de verkrijging van een *bevoegdheid tot een doen* door de beperkt gerechtigde, *zonder* dat de eigenaar deze bevoegdheid zelf verliest. Dit komt voor de eigenaar neer op het enkele ontstaan van een *plicht tot een dulden*. De beperkt gerechtigde verkrijgt niet de door de eigenaar verloren bevoegdheid om zich ergens tegen te verzetten, maar de hier tegenover staande bevoegdheid tot een doen.
→ De beperkte gerechtigde mag in deze situatie dus een bepaald gedrag vertonen of een bepaalde toestand in stand houden, terwijl hij dat voorheen niet mocht.

In schema:

	Eigenaar	*Beperkt gerechtigde*
Situatie 1	verlies bevoegdheid tot een doen/verkrijging plicht tot een niet-doen	tegenover: verkrijging bevoegdheid zich te verzetten
	+ verlies bevoegdheid zich te verzetten/verkrijging plicht tot ene dulden	tegenover: verkrijging bevoegdheid tot een doen
Situatie 2	verlies bevoegdheid zich te verzetten/verkrijging plicht tot een dulden	tegenover: verkrijging bevoegdheid tot een doen
Situatie 3	verlies bevoegdheid tot een doen/verkrijging plicht tot een niet-doen	tegenover: verkrijging bevoegdheid zich te verzetten

3 – het enkele *verlies van een bevoegdheid tot een doen* door de eigenaar, zonder dat de beperkt gerechtigde deze bevoegdheid verkrijgt. Dit komt voor de eigenaar neer op het ontstaan van een *plicht tot een niet-doen of een nalaten*. De beperkt gerechtigde verkrijgt niet de door de eigenaar verloren bevoegdheid tot een doen, maar slechts de hier tegenover staande *bevoegdheid zich tegen de uitoefening van dit doen te verzetten*, zonder dat gezegd kan worden dat de eigenaar een dergelijke bevoegdheid zelf verliest.[67]

67 Vgl. in overeenkomstige zin Vangerow I (1863), par. 338, p. 690 t.a.v. de *servitus altius non tollendi*.

→ De eigenaar mag in deze situatie dus een bepaald gedrag niet meer vertonen of een bepaalde toestand niet meer in stand houden, terwijl hij dat voorheen wel mocht.

Het eerste geval is goed te beschrijven met de constructie van de overdracht van een deel van de eigendom of van de eigendomsbevoegdheden: de beperkt gerechtigde verkrijgt datgene, wat de eigenaar verliest. In de laatste twee gevallen is het mijns inziens nog maar de vraag of men eigenlijk wel van een dergelijke overdracht kan spreken. Welbeschouwd verkrijgt de beperkt gerechtigde in deze situaties immers niet wat de eigenaar verliest. In situatie 2 verkrijgt de beperkt gerechtigde wel een bevoegdheid, maar de eigenaar is die bevoegdheid niet verloren. In situatie 3 verliest de eigenaar wel een bevoegdheid, maar de beperkt gerechtigde heeft die bevoegdheid niet verkregen. Eerder ontstaat er voor de beperkt gerechtigde een *nieuw, tevoren niet als zodanig bestaande bevoegdheid*, dat de eigenaar voortaan moet dulden en voor hem derhalve in een *beperking* in de uitoefening van zijn recht resulteert (situatie 2) of ontstaat er voor de beperkt gerechtigde een *nieuw, tevoren niet als zodanig bestaande bevoegdheid* om zich ergens tegen te verzetten als tegenhanger van de *beperking* die de eigenaar krijgt opgelegd in de actieve uitoefening van zijn recht (situatie 3). Deze situaties worden treffend gevangen in de benamingen die de Pandektisten hiervoor gebruikten: een *Neubildung*, *Neubegründung* of *Neuconstituirung* van een recht dat een last op de eigendom vormt en daarmee een beperking op de uitoefening van die eigendom.[68] Bovendien kan deze zienswijze behalve de situaties 2 en 3 óók de eerste situatie – immers een combinatie van de overige twee – goed verklaren en omvatten.

Wat van deze nadere beschouwingen verder ook zij, hier kan worden vastgesteld dat Land – in afwijking van het heersende Pandektistische eigendomsbegrip – het beperkte recht wel degelijk blijkt te construeren als een echte *vermindering van de eigendom*, een daadwerkelijk verlies van een deel van (de bevoegdheden voortvloeiende uit) de eigendom.

5.2.2 De twintigste eeuw

5.2.2.1 Suijling

Een andere belangrijke auteur onder oud BW was de Utrechtse hoogleraar J. Ph. Suijling (1869-1962), een late vertegenwoordiger van de Pandektenwetenschap in Nederland.[69] In tegenstelling tot de hiervoor besproken commentaren

68 Zie hfdst. 4. Rank-Berenschot (diss. 1992, p. 106) sprak wel van 'spontane vermenigvuldiging', een term die ik niet erg gelukkig acht, zie hfdst. 6 par. 6.1.2.3 noot 96.

69 Van den Bergh/Jansen 2011, p. 152.

is zijn magnum opus, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, niet artikelsgewijs opgezet, maar veel meer systematisch geordend.

In zijn werk karakteriseert hij de rechten op andermans zaak als rechten van beperkte omvang, die als zodanig tegenover het – naar de wettelijke omschrijving – onbeperkte zakelijke recht van eigendom staan. Ze reiken weliswaar minder ver dan de eigendom, maar gaan aan de andere kant wel aan de eigendom vóór.[70] De eigenaar die zijn eigendomrecht niet (geheel) zelf wil uitoefenen, maar ook niet wil vervreemden, kan de in zijn eigendom begrepen bevoegdheden ten dele, blijvend of tijdelijk, aan een ander afstaan. Deze afstand wordt, zo schrijft hij, door de wet niet geregeld door splitsing van de eigendom toe te laten (zoals in het Anglo-Amerikaanse recht), maar door de eigendom in zijn *geheel* vatbaar te verklaren voor *belasting* met onderscheiden rechten (vruchtgebruik, erfpacht e.d.), die een groter of kleiner deel van de in de eigendom begrepen bevoegdheden tot inhoud hebben. Deze belastingen van de eigendom vormen op zichzelf staande rechten, die op de belaste eigendom *drukken*. De eigenaar behoudt, ondanks deze 'afstand', wel al de in zijn eigendomsrecht begrepen bevoegdheden.[71] Zijn eigendom blijft dus onaangetast en de belasting of *bezwaring* met het beperkte recht verkleint *niet* de (inhoud van de) eigendom. Maar aangezien de belasting boven het bezwaarde moederrecht rang neemt, dwingt zij de eigenaar, zolang zij bestaat, zich te onthouden van de uitoefening van die bevoegdheden die de inhoud van de belasting vormen – in ieder geval in zoverre als het beperkte recht die bevoegdheden tot genot of beschikking over de belaste zaak aan de beperkt gerechtigde schenkt.[72] Suijling duidt de bevoegdheden van de eigenaar gedurende het bestaan van het beperkte recht aan als "slapende bevoegdheden"[73] en spreekt ook van een ten dele "verlamd" eigendomsrecht.[74] Bij het wegvallen van de beperkte rechten herkrijgt de eigendom weer zijn maximale inhoud.[75]

Suijling behandelt ook nog explicieter de voorstelling van het beperkte recht als overgedragen deel van de eigendom, door hem in die voorstelling ook wel als "brokstukken van de eigendom"[76] aangeduid. Dit is volgens hem

70 Suijling V (1940), nr. 8.
71 Zie voor een opsomming van (enkele van) de bevoegdheden die de "gecompliceerde samenstelling" van het eigendomsrecht uitmaken: Suijling V (1940), nr. 118. Het maximum van bevoegdheden, dat aan een zakelijk gerechtigde kan toekomen, is in de eigendom verenigd (nr. 119) en deze bevoegdheden zijn in de grote lijn van tweeërlei aard: bevoegdheden om van de zaak te genieten, en bevoegdheden om over zijn recht te beschikken. Bezwaring van de eigendom is t.a.v. deze beide bevoegdheden toegelaten (nr. 12).
72 Suijling I (1948), nr. 61 en Suijling V (1940), nr. 10.
73 Suijling I (1948), nr. 61.
74 Suijling V (1940), nr. 10 en 81.
75 Idem, nr. 119.
76 Idem, nr. 9.

geen juiste karakterisering. Men moet zich de beperkte rechten dus *niet* voorstellen als brokstukken van de eigendom en de vestiging van die rechten is daarmee ook geen overdracht van dit soort brokstukken:

> "Men moet hier nl. tusschen de economische en de juridieke functie der jura in re aliena onderscheiden. Slechts feitelijk voert de vestiging van dergelijke rechten tot een splitsing der in den eigendom begrepen bevoegdheden tusschen eigenaar en zakelijk gerechtigde."[77]

Men kan deze situatie dus wellicht wel in *economische, feitelijke* zin als een splitsing van de in de eigendom begrepen bevoegdheden tussen eigenaar en beperkt gerechtigde betitelen, maar *juridisch* gezien is deze karakterisering onjuist. De eigendom is namelijk een *onsplitsbaar* recht. De eigenaar kan de in zijn eigendomsrecht begrepen bevoegdheden niet stuksgewijs, afzonderlijk, overdragen of belasten.[78] Dergelijke beschikkingen kunnen slechts ten aanzien van het recht in zijn geheel, ten aanzien van de totaliteit van de eigendom (of voor een *evenredig* deel zoals bij mede-eigendom) getroffen worden. Een juridische splitsing van eigendom, en daarmee een daadwerkelijke overdracht van een of meer van de hierin begrepen bevoegdheden afzonderlijk, behoort in ons rechtsstelsel namelijk *niet* tot de mogelijkheden. Slechts de totaliteit van de eigendom kan dus door de eigenaar worden afgestaan of belast.[79] Niet het geringste deel van de eigendom gaat daarmee in formele zin naar de beperkt gerechtigde over. De beperkte rechten schenken slechts bevoegdheden van dezelfde soort als in de eigendom zelf begrepen zijn, maar de eigendom blijft in juridische zin intact, volledig en ongesplitst.[80] Toch kan de eigenaar dus – door zijn eigendom te belasten met deze in ons systeem bestaande beperkte rechten – wel een soortgelijke situatie als waartoe de afzonderlijke afstand van een of meer van de in de eigendom begrepen bevoegdheden zou voeren, in het leven roepen.[81] Hiermee wordt geduid op de hierboven genoemde *feitelijke* splitsing van deze eigenaarsbevoegdheden. Maar:

> "De vruchtgebruiker, de erfpachter, de hypotheekhouder, enz. verkrijgt niet een deel van het eigendomsrecht, maar een geheel zelfstandig recht, dat in beperkten omvang soortgelijke macht als de eigendom verleent."[82]

---

77 Idem. nr. 9. Zie ook nrs. 306 en 316.

78 Idem, nr. 306. Hetzelfde beginsel van onsplitsbaarheid geldt overigens voor de beperkte rechten. Ook deze kunnen slechts in hun geheel afgestaan of belast worden (nr. 81).

79 Idem, nrs. 81.

80 Idem, nr. 9. Dit blijkt goed wanneer de belastende rechten wegvallen en de eigenaar geen *nieuwe* bevoegdheden (terug)verkrijgt (de bevoegdheden van de beperkt gerechtigde), doch zijn ten dele verlamde eigendomsrecht slechts weer voor volledige uitoefening vatbaar wordt (idem, nr. 81).

81 Idem, nr. 81.

82 Idem, nr. 9.

Zo kunnen slechts indirect – in de vorm van beperkte rechten – de onderscheiden, in de eigendom begrepen bevoegdheden tijdelijk en ten dele aan anderen door de eigenaar worden afgestaan. De hierbij ontstane rechten gaan aan de eigendom vóór en vormen *belastingen* van die eigendom. De eigenaar mag hierdoor niet langer de bevoegdheden uitoefenen welke in de op zijn eigendom gelegde rechten zijn begrepen. Deze rechten vormen *belemmeringen* voor de eigenaar, die hem verhinderen zijn steeds ongesplitst gebleven recht onbeperkt te doen gelden.[83]

Als Suijling over rechtsverkrijgingen komt te spreken, maakt hij daarbij een onderscheid in twee verschillende vormen van overdracht.[84] De vestiging van beperkte rechten ('zakelijke lasten') betitelt hij hier als een *constitutieve overdracht*: een overdracht waarbij een *nieuw* recht ontstaat. Dit in tegenstelling tot de gewone, *translatieve* overdracht van een *reeds bestaand* goed. Beiden zijn vormen van afgeleide of derivatieve verkrijgingen. Bij de constitutieve overdracht (eigenlijk een *contradictio in terminis*) ontstaan, aldus Suijling, formeel nieuwe rechten, vandaar het adjectief 'constitutief'. In werkelijkheid echter, aldus opnieuw de schrijver, heeft er een overdracht plaats, want alleen bevoegdheden die in het bezwaarde moederrecht zijn begrepen, kunnen daarop als zelfstandige lasten gevestigd worden.

Men zou in deze allerlaatste opmerking, waar Suiling lijkt te spreken van een echte *overdracht van bevoegdheden*, toch gemakkelijk een verwijzing naar de 'afsplitsingstheorie' kunnen lezen – als men althans aan de daaraan voorafgaande opmerking over het ontstaan van formeel nieuwe rechten niet al te veel belang hecht. Men dient Suijling echter niet te snel op deze wijze te interpreteren, en steeds het hierboven beschrevene goed in de gaten houden. De constructie van het beperkte recht, maakt Suijling, zoals we zagen, als een *belasting* en niet als een daadwerkelijke gedeeltelijke *overdracht* van de eigendom.[85] Bedoeld is mijns inziens dan ook enkel te zeggen dat aan de beperkt gerechtigde na de vestiging enige bevoegdheden toekomen die daarvoor (alleen) aan de eigenaar toekwamen. Benadrukt wordt daarbij tegelijkertijd dat er een *nieuw* recht wordt geschapen, dat een belasting vormt van de eigendom: Suijling schrijft dan ook dat het adjectief 'constitutief' de toestand naar waarheid tekent. Hij verwijst in deze paragraaf bovendien terug naar de plek waar hij heeft uitgelegd dat men de vestiging van beperkte rechten niet als een splitsing van de eigendom, maar als de vorming van een op zichzelf staand recht dat op de eigendom drukt moet zien. Omdat de in het recht vervatte bevoegdheden van de eigendom worden *afgeleid*, wordt deze

83 Idem, nrs. 81-82 en 86.
84 Suijling I (1948), nr. 192.
85 Ook Rank-Berenschot meent dat de term 'overdracht' in deze context niet letterlijk genomen mag worden en ziet Suijling als tegenstander van de afsplitsingsgedachte, Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 106.

verkrijging voorts door Suijling aangeduid als derivatief.[86] Meer dan een verder onderscheid tussen verschillende derivatieve verkrijgingen (translatief en constitutief) wordt hier dus in feite niet gemaakt. Wél vormt de vergelijking van de vestiging van beperkte rechten als *constitutieve overdracht* met de gewone, translatieve overdracht voor Suijling een rechtvaardiging om dezelfde vereisten die voor overdracht van lichamelijke zaken gelden, ook voor de vestiging van beperkte rechten te laten gelden.[87]

Suijling heeft de begrippen 'translatieve' en 'constitutieve overdracht' overigens niet zelf bedacht. Ze zijn – zoals we in het vorige hoofdstuk al hebben gezien – ook terug te vinden bij Dernburg, die spreekt van "translative" en "konstitutive Übertragung" en deze vormen van afgeleide verkrijging als volgt omschrijft:

> "Der abgeleitete Erwerb ist verschiedener Art. Der Rechtsnachfolger kann nämlich gerade dasjenige Recht erhalten, welches dem Vorgänger, von dem er dasselbe ableitet, zusteht, z.B. im Falle der Eigenthumsübertragung durch Tradition, s.g. *translativer Übertragung*. Dann gilt das Recht des Nachfolgers als identisch mit demjenigen des Autors.
>
> Abgeleiteter Erwerb liegt nicht minder vor, wenn die Rechte *ungleichartige* sind, wenn also zwar formell Neuschöpfung eintritt, aber das neue Recht von dem Rechte des Bestellers abhängig ist, s.g. *konstitutiver Übertragung*. So beispielsweise die Einräumung eines Nieâbrauches. Der Eigenthümer, welcher den Nieâbrauch bestellt, hatte ein derartiges Recht als *besonderes* nicht. Das Nieâbrauchsrecht wird also nicht übertragen, sondern geschaffen. Aber es entsteht nur, falls der Besteller Eigenthümer war; daher liegt derivativer Erwerb vor."[88] (cursiveringen in origineel)

Ik meen dat we in dezelfde zin ook Suijling moeten begrijpen.[89]

In de lijn van het bovenstaande ligt het feit dat men bij Suijling op verschillende plekken – met name indien buiten context beschouwd – wel meer omschrijvingen en redeneringen aantreft die zouden kunnen duiden op het idee van de *afsplitsing* van beperkte rechten van de eigendom. Men denke hierbij aan bewoordingen als: *alsof* bij de bezwaring een *deel van het belaste vorderingsrecht*

---

86 Aangezien het gaat om de verkrijging van een nieuw, tevoren niet bestaand recht, heeft deze echter ook kenmerken van een originaire verkrijging. In feite gaat het om een mengvorm: de verkrijging van een nieuw recht, afgeleid van het recht van de eigenaar.

87 Suijling V (1940), nr. 308. Zie in het huidig BW artikel 3:98 BW. Het feit dat de beperkt gerechtigde zijn recht op enigerlei wijze aan de eigenaar ontleent, vormt ook een rechtvaardiging voor het feit dat gebreken in de eigendom en de hoedanigheid van eigenaar in beginsel óók het door deze eigenaar aan de beperkt gerechtigde verleende recht raken. Zie ook het hierop volgende citaat van Dernburg.

88 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 188. Zie ook hfdst. 4 par. 4.1.1.2.

89 Onder andere Eggens nam het begrip van de 'constitutieve overdracht' weer van Suijling over: Eggens, *WPNR 3651/3652* (1939, p. 614-615 en noot 4). Ik kan me dan ook niet aansluiten bij Struycken (diss. 2007, p. 362 noot 4) als hij schrijft dat Eggens het begrip 'constitutieve overdracht' introduceerde.

op de gerechtigde was *overgegaan*; het door de gerechtigde tot de belasting *verkregen deel* en het aan de gerechtigde tot het moederrecht *verbleven restant*; de hypotheek op het vruchtgebruik die *als het ware* een ten behoeve van een derde *afgescheiden deel* van dit recht vormt; *in feite* komt de bezwaring van een zaak met een zakelijk recht op de *overdracht van een deel der in den eigendom begrepen bevoegdheden* aan de zakelijke gerechtigde neer; als een zaak met een zakelijk recht wordt belast, *gaan* de in het zakelijk recht begrepen eigendomsbevoegdheden *in feite* op de zakelijk gerechtigde *over* en verblijft aan de eigenaar de bloot eigendom.[90] Merkbaar is hoe Suijling worstelt met zijn taalgebruik. Ten dele geeft hij dan ook met termen als "alsof" en "als het ware" al aan dat men zijn opmerking niet letterlijk mag nemen. Op andere plekken geeft hij door gebruikmaking van de term "in feite" (in tegenstelling tot *in rechte*, moet men daarbij bedenken) aan dat de gebruikte bewoordingen gelezen moeten worden als betrekking hebbende op de hierboven genoemde *feitelijke* of *economische* en niet op de *juridische* splitsing van bevoegdheden. Er blijven echter ook plekken waarop hij geen van beide doet. Toch moet men ook hier dit algemeen gebruikelijke en eenvoudig te hanteren taalgebruik niet al te letterlijk nemen, en hieraan mijns inziens geen strikte gevolgtrekkingen verbinden zonder het taalgebruik in de juiste context te beschouwen. Suijling gebruikt de eenvoudige voorstelling van de afsplitsing graag en veel om complexe goederenrechtelijke situaties eenvoudiger uit te kunnen leggen en beter aanschouwelijk te maken. Tegelijkertijd maakt hij als gezegd een duidelijk onderscheid tussen enerzijds een echte *juridische* splitsing van zakelijke rechten met de daarin opgenomen bevoegdheden – die, anders dan in Angelsaksische systemen, in ons systeem in beginsel *niet* tot de mogelijkheden behoort – en anderzijds de *feitelijke* of *economische* splitsing of ook wel "verbrokkeling" van de eigendom door een *de facto* verdeling van de daarin begrepen bevoegdheden – althans daarop gelijkende bevoegdheden – die het gevolg is van de vestiging van een nieuw, *beperkt recht*, maar die de eigendom in *juridisch* opzicht steeds in tact laat.[91] Hij laat echter in bovenstaande fragmenten hier en daar na

90 Zie achtereenvolgens Suijling I (1948), nr. 61a, 63, 64 en Suijling V (1940), nr. 308 en 309. Zie voorts nog de volgende zinsconstructies: tengevolge van de bezwaring is een *deel van de in het moederrecht begrepen bevoegdheid* op de beperkt gerechtigde *overgegaan* (nr. 61a); de *fractie van de blote eigendom*, die op de vruchtgebruiker is *overgegaan*, toen de eigenaar zijn blote eigendom belastte (nr. 313); de tweede verhypothekering deed de tweede hypotheekhouder een *deel van de bezwaarde eigendom verkrijgen* (313); de tweede hypotheek, die van de reeds beperkte eigendom is *afgescheiden* (nr. 64). In dit laatste nr. maakt Suijling echter m.i. wel een serieuze denkfout waar hij – bij een door de eigenaar met twee hypotheken bezwaarde onroerende zaak – het eerste hypotheekrecht niet slechts ziet als een belasting van eigendom, maar ook als een belasting van het – ten tijde van de eerste hypotheekverlening nog niet eens bestaande(!) – tweede hypotheekrecht.

91 Suijling V (1940), nr. 306. Zie ook nrs. 9 en 316. Opmerkelijk is wel dat Suijling in nr. 308 de overdracht van eigendom onder voorbehoud van een beperkt recht geheel in het feitelijke kader plaatst, en daarom uitgaat van de overdracht van de *bloot* eigendom, waarbij het beperkte recht bij de voormalige eigenaar *verblijft*. M.i. kan men hier echter ook niet om

duidelijk aan te geven dat hij eigenlijk slechts deze laatste *feitelijke* splitsing op het oog heeft.

Feit blijft echter dat Suijling doorlopend blijft spreken van beperkte rechten als *belastingen* en *bezwaringen* van of *lasten* op de eigendom. Hij vermeldt bovendien uitdrukkelijk dat de beperkte rechten niet als "brokstukken van de eigendom" moeten worden gezien en benadrukt dat het niet gaat om de verkrijging van een deel van de eigendom of van de daarin begrepen bevoegdheden, maar om de toekenning van een zelfstandig recht dat enkele soortgelijke bevoegdheden verschaft als de eigendom zelf doet. Ten slotte schrijft hij veelvuldig dat beperkte rechten op de eigendom drukken en de eigenaar in de *uitoefening* van zijn recht belemmeren, doch hem zijn bevoegdheden niet ontnemen.

Hoewel men bij Suijling dus wel degelijk passages vindt die moeilijk te rijmen zijn met de afwijzing van het afsplitsingsmodel, zijn het de hier laatstgenoemde passages die naar mijn mening de doorslag moeten geven, nu Suijling alleen hier het idee van de afsplitsing nadrukkelijk in ogenschouw heeft genomen. En zo kan geconcludeerd worden dat ook de in deze paragraaf uiteengezette visie van Suijling blijkt te berusten op de voorstelling van het beperkte recht als een *belasting* en niet als een *afsplitsing* van de eigendom.[92]

5.3 Slotsom

Al met al kan men na deze korte beschouwing van de opvattingen van enkele van de hoofdrolspelers onder oud BW concluderen dat de voorstelling van het beperkte recht als daadwerkelijk afgesplitst deel van de eigendom niet de overhand heeft. Toch lijkt er ook niet direct een algemeen en breed aangehangen opvatting te zijn, al was het maar omdat velen zich niet of niet al te eenduidig over de kwestie uitlaten. Maar hoewel het gangbare taalgebruik nagenoeg alle schrijvers parten blijft spelen, blijken in ieder geval Diephuis en Suijling – zodra ze zich specifiek over de materie uitlaten – de voorstelling van zaken van de afsplitsing bij nadere beschouwing duidelijk te verwerpen.

---

het feit van de onmogelijkheid van de juridische splitsing van de eigendom heen.

92 Als het aankomt op de bevoegdheden en verplichtingen die onderdeel uit kunnen maken van het beperkte recht zelf, was Suijling overigens behoorlijk conservatief. Vgl. Suijling V (1940), nr. 355 en 386. Hij kent echter wel een zeer belangrijke rol toe aan de kwalitatieve verbintenis, die er eveneens voor zorgt dat de bevoegdheden en verplichtingen op de opvolgende hoofd- en beperkt gerechtigden overgaan (a.w., nr. 316). En daarmee is zijn opvatting op dit punt qua uitwerking nog niet zo conservatief als hem vaak wordt toegedicht (in die zin uitdrukkelijk – en met verwijzing ook naar zichzelf – Vonck, diss. 2013, p. 125 noot 338). Die opvatting baseert hij echter *niet* op de constructie van het beperkte recht als afsplitsing van de eigendom. Vgl. in laatstgenoemde zin Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 118-119. Eerder baseert hij die op de 'dwingende natuur van het zakenrecht' (Suijling, a.w., nr. 355).

Liever reppen zij van een belasting of bezwaring van de eigendom. De eigendom wordt niet verminderd, slechts de uitoefening van de eruit voortvloeiende bevoegdheden wordt (tijdelijk) belemmerd of verlamd door het ontstaan van een nieuw, op zichzelf staand zakelijk recht. Opzoomer is lastiger in te delen, nu hij zich op elkaar tegenstrijdige manieren over de constructie van het beperkte recht lijkt te hebben uitgelaten. Alleen Land is een aanhanger van de daadwerkelijke vermindering van eigendom door de vestiging van een beperkt recht.

Rank-Berenschot durfde wel te spreken van een heersende opvatting van de constructie van het beperkte recht onder oud BW, en karakteriseerde deze als volgt:

> "De overheersende gedachte lijkt aldus deze dat de vestiging van het beperkte recht niet leidt tot afsplitsing van een deel van het hoofdrecht; er is veeleer sprake van een soort spontane vermenigvuldiging in die zin, dat met en door de vestiging een aantal bevoegdheden, soortgelijke als de hoofdgerechtigde heeft, aan de beperkt gerechtigde toevallen. Dit 'toevallen' zij begrepen als verkrijging-zonder-overdracht. In de literatuur wordt aan de constructie in het algemeen weinig aandacht geschonken."[93]

En:

> "Volgens de thans [bedoeld is: onder oud BW, *AFM*] gangbare opvatting betekent de verkrijging van een beperkt zakelijk recht niet, dat de beperkt gerechtigde een deel van de eigendom verwerft. Hij krijgt een geheel zelfstandig recht dat in beperkte mate soortgelijke bevoegdheden als de eigendom verschaft en dat een belasting vormt van het recht van eigendom, dat in beginsel blijft bestaan.
>
> Deze constructie van het beperkte recht als een zelfstandig recht dat niet de inhoud van het hoofdrecht verkleint, doch slechts de uitoefening van bevoegdheden uit het hoofdrecht tijdelijk verlamt, verklaart waarom in verband met het tenietgaan van het beperkte recht de term elasticiteit wordt gebruikt. Zodra het beperkte recht tenietgaat, herstelt het hoofdrecht zich in volle omvang, of, liever gezegd, is de hoofdgerechtigde niet langer geremd in de volle ontplooiing van zijn recht dat met zijn voortdurende drang naar volledigheid weer in al zijn kracht zal doen gevoelen. Het begrip elasticiteit zou zich niet, althans bezwaarlijker, laten verenigen met de zienswijze volgens welke het beperkte recht, door afsplitsing ontstaan, een brokstuk vormt van het voormalige hoofdrecht. Tenietgaan van het beperkte recht zou dan neerkomen op de terugkeer van het ene stuk hoofdrecht naar het andere."[94]

93 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 106.
94 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 107.

Deze karakterisering van het beperkte recht komt dicht in de buurt van de omschrijving van het beperkte recht die Kisch voor het huidige BW opperde en in de Inleiding van dit onderzoek al werd geciteerd:

> "Een beperkt recht is een recht dat sommige, maar niet alle trekken van een meer omvattend recht vertoont, en waarmee een meer omvattend recht kan worden bezwaard."[95]

Toch bleef de eenvoudige voorstelling van het beperkte recht als een door de eigenaar overgedragen brokstuk van zijn eigendom altijd – waarschijnlijk juist vanwege die eenvoud – haar aantrekkingskracht behouden, zelfs al was het maar in het taalgebruik van auteurs die zich overigens uitdrukkelijk *tegen* deze voorstelling keerden. Men leek zich in ieder geval waar het dit taalgebruik betreft, moeilijk geheel aan (de eenvoud van) deze voorstelling te kunnen ontworstelen. Opvallend is echter dat de afsplitsingsgedachte in de loop van de rechtsgeschiedenis, en ook onder oud BW, door zijn voorstanders – zeker als men dit vergelijkt met de tegenstanders – meestal weinig uitvoerig wordt onderbouwd of zelfs zonder enige verdere onderbouwing voorop wordt gesteld. Vele auteurs onder oud BW leken echter wel degelijk in te zien dat de afsplitsingsgedachte moeilijk verenigbaar was met het ondeelbare eigendomsbegrip van de Pandektisten, dat ook hier te lande een buitengewoon grote invloed had gekregen en in het nieuw BW nog altijd overeind staat.[96] In die opvatting blijft eigendom immers altijd eigendom, hoezeer deze ook beperkt is door beperkte rechten. Dit heeft enkele auteurs – zoals we hebben gezien – dan ook geïnspireerd tot diepergaande beschouwingen over de constructie van het beperkte recht, waarbij men de afsplitsingsgedachte veelal losliet. De vraag is nu of dit ook het geval is geweest bij Meijers, de ontwerper van ons nieuw BW, een vraag die in het volgende hoofdstuk over huidig Nederlands recht, aan de orde zal komen.

95 Kisch, *WPNR 4407* (1955), p. 322-323. Zie hfdst. 1 par. 1.1.

96 Aldus Van den Bergh/Jansen 2011, p. 146 en 153. Zie over de invloed van de Pandektisten in Nederland ook p. 110 en 151-152.

DEEL II

Het systeem van het vermogensrecht in het huidige Nederlandse recht en de plaats van het beperkte recht hierin

6 Nederlands recht onder het Burgerlijk Wetboek van 1992

Eerder in dit proefschrift – aan het einde van hoofdstuk 2 over het Romeinse recht – werd de volgende conclusie getrokken ten aanzien van de ontwikkeling van de constructie van het beperkte recht in de daar besproken tijdspanne: *Bij juridische vraagstukken wordt veeleer uitgegaan van een andere, complexere opvatting die een beperkt recht als een eigensoortig recht op een zaak ziet, als een last waarmee de eigendom kan worden bezwaard.*[1] Naast de verschillende ideeën die kunnen bestaan over de vraag of een beperkt recht wel of niet een deel vormt van het recht van degene die het beperkte recht vestigt, geeft deze conclusie blijk van een andere, hiervoor nog vrijwel onbesproken gebleven kwestie. Het gaat dan om de vraag of het beperkte recht rust op het *eigendomsrecht* van degene die het beperkte recht verleent (of, in geval van stapeling van beperkte rechten: op het beperkte recht op het eigendomsrecht) of op de *zaak* die het voorwerp van dit eigendomsrecht vormt.[2] Kortom: het verschil tussen zaak en eigendom van die zaak. Deze kwestie hield ook E.M. Meijers bezig bij het ontwerp van het Nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek in de jaren veertig en vijftig van de twintigste eeuw. Voorts komt de kwestie aan de orde in drie recente proefschriften over goederenrechtelijke onderwerpen. Zowel de visie van Meijers als de visies die uit deze proefschriften spreken, zullen in dit hoofdstuk aan bod komen. De drie proefschriften besteden bij de beantwoording van onder meer de vraag naar het verschil tussen eigendom en zaak tevens aandacht aan het gehele 'systeem van het goederenrecht' zoals dat bij Meijers naar voren komt en zoals dat naar hun idee moet worden geïnterpreteerd: het dogmatische kader dat de begrippen van het goederenrecht definieert en dat de basis vormt voor de overige regels van het goederenrecht. De bespreking van deze dissertaties vormt een opmaat tot de bespreking van een eigen visie op dit systeem en de plaats van het beperkte recht hierin.

---

1 Zie hfdst. 2 par. 2.3.

2 Bij beperkte rechten op vorderingsrechten bestaat deze vraag niet, of in veel mindere mate. De constructie van de 'eigendom' van vorderingsrechten komt hieronder in par. 6.1.2.2 en 6.2.1.2 nog aan de orde.

6.1 HET SYSTEEM VAN ONS VERMOGENSRECHT: DRIE RECENTE PROEFSCHRIFTEN

6.1.1 Van der Steur

6.1.1.1 Eigendom en zaak

Van der Steur begint haar proefschrift *Grenzen van rechtsobjecten*[3] met het schetsen van een in grote lijnen vrij gangbaar beeld van het systeem van ons goederenrecht onder huidig Burgerlijk Wetboek. Als *subjectieve vermogensrechten* (*goederen*), de (actieve) bestanddelen van een vermogen, onderscheidt zij de relatieve vermogensrechten, waaronder vorderingsrechten, en de absolute vermogensrechten. Tot die laatste categorie rekent ze de *eigendomsrechten op zaken*. Zij sluit hierbij aan bij de heersende opvatting dat het in werkelijkheid niet de *zaken zelf* zijn die als subjectieve vermogensrechten of goederen tot ons vermogen behoren, maar de *eigendomsrechten* die op die zaken rusten. In (eenvoudig) schema gezien:

Eigendom
|
Zaak

Ze sluit zich ook aan bij de algemene gedachte dat ons Burgerlijk Wetboek deze van elkaar te onderscheiden begrippen – gelijk het spraakgebruik – met elkaar vereenzelvigd als het stelt: *Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten* (art. 3:1 BW). Deze vereenzelviging wordt echter volgens haar toch nog dikwijls onvoldoende erkend en de eruit voortvloeiende dubbele betekenis van 'zaak' leidt naar haar mening tot een vertroebeld beeld van de goederenrechtelijke systematiek.[4] Van der Steur ziet zaken "letterlijk gezien"[5] niet als vermogensrechten, maar als rechtsobjecten, waarop een specifiek soort vermogensrecht – het eigendomsrecht – kan rusten. Zij stelt dan ook voor, zoals dat vaker in gelijksoortige zin is geopperd, genoemd wetsartikel als volgt – in "dogmatisch juiste"[6] zin – te wijzigen, althans te lezen: *Goederen zijn eigendomsrechten en andere vermogensrechten*.[7]

3 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.
4 Van der Steur, diss. 2003, p. 39-40, 44 en 59.
5 Idem, p. 13.
6 Idem, p. 17.
7 Idem, p. 14.

6.1.1.2 Toebehoren

In aanvulling op het vrij gangbare systeem van het goederenrecht stelt Van der Steur voorts dat er nog een laag boven dit alles te bespeuren valt, de laag van het *toebehoren*:

> "Een cruciaal kenmerk van het begrip vermogen is dat het alleen kan bestaan in relatie tot een *rechtssubject* aan wie dit vermogen toebehoort. (…) Deze relatie tussen vermogen (de rechten) en het rechtssubject wordt de *toebehoren*relatie genoemd. (…) Dit 'toebehoren' geeft weer dat het rechtssubject de *rechthebbende* is over het desbetreffende subjectieve recht, (…). Het goederenrecht, als onderdeel van het vermogensrecht, geeft algemene regels over het toebehoren van rechten, over het 'beschikken' over rechten. Het constateren van beschikkingsbevoegdheid duidt steeds op een goederenrechtelijke relatie tussen een rechtssubject en een recht. Het geeft aan dat het desbetreffende rechtssubject het recht in zíjn vermogen heeft; dat hem het recht toebehoort."[8]

Dit alles leidt tot een constructie van drie lagen in het systeem van het goederenrecht: een laag van *toebehoren*, een laag van *vermogensrechten* en – met betrekking tot de absolute vermogensrechten[9] – een laag van *rechtsobjecten*.[10] Deze *rechtsobjecten* – een term die de wet overigens, evenals de term *toebehoren*, niet kent – vormen het eigenlijke, centrale onderwerp van haar dissertatie. Toegepast op eigendom leidt dit drielagige systeem tot het volgende schema:

Toebehoren
|
Eigendom
|
Zaak

8 Idem, p. 6.

9 Relatieve vermogensrechten kennen in Van der Steurs visie geen rechtsobjecten. Als rechtsobject van een vorderingsrecht wordt evenwel vaak genoemd de door de schuldenaar te leveren prestatie, zie bijv. Struycken, diss. 2007, p. 106, die volgens Van der Steur (p. 59) echter geen *rechtsobject*, maar slechts *object* is van een relatief recht, welk verschil mij niet geheel duidelijk wordt. Ze vermeldt hierover verder –terecht – op p. 27: "De prestatie is als het ware één met het vorderingsrecht en speelt binnen het goederenrecht geen zelfstandige rol." Mijns inziens kan dit citaat overigens ook goed gebruikt worden ten aanzien van het *toebehoren van* een vermogensrecht, zoals in deze paragraaf verder aan de orde komt: ook dat is als het ware één met het vermogensrecht en speelt binnen het goederenrecht geen zelfstandige rol.

10 Zie hiervoor Van der Steur, diss. 2003, p. 41 schema 11 en p. 42-43.

De derde en bovenste laag in dit systeem is niet zonder kritiek gebleven.[11] Mijns inziens is dit *toebehoren* dan ook een overbodige laag in het systeem van het goederenrecht, en de term *toebehoren* zelf een overbodige benaming voor iets dat al geheel samenvalt met het in het citaat genoemde begrip vermogen. Vermogen *is* datgene dat aan een rechtssubject *toebehoort*: de rechten en verplichtingen *van een rechtssubject*. Vermogen is noodzakelijkerwijs gebonden aan een rechtssubject: zonder rechtssubject geen vermogen. Het dient geen enkel nut een separate benaming te hanteren voor een aspect dat een integraal onderdeel uitmaakt van het begrip vermogen zelf, juist de kern van dit begrip uitmaakt.[12] Eigenlijk zegt Van der Steur dit zelf ook, als zij oppert dat "een cruciaal kenmerk van het begrip vermogen is dat het alleen kan bestaan in relatie tot een rechtssubject aan wie dit vermogen toebehoort." Precies deze constatering leidt er toe dat er geen aparte laag van toebehoren bestaat: als men over *vermogen* spreekt, spreekt men immers áltijd over de objecten die aan een rechtssubject *toebehoren*. De twee benamingen vormen een en hetzelfde begrip. Los van elkaar bestaan deze begrippen niet en ze moeten dus ook niet los van elkaar gezien worden. De relatie tussen vermogen en rechtssubject wordt niet de '*toebehoren*relatie' genoemd, deze relatie wordt (al) gelegd doordat men spreekt over het vermogen *van een bepaald rechtssubject*. Vermogensrechten bestaan immers – in tegenstelling tot zaken, die wij een eigendomsrecht toedichten – niet onafhankelijk van ons: zou een eigendomsrecht, beperkt recht of vorderingsrecht aan niemand toebehoren, dan zou dit recht zelf niet (meer)

11 Zie bijv. De Jong, diss. 2006, m.n. nr. 183 e.v., Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 270-275 en Neppelenbroek, *NJB* 2006/32, nr. 1395. Vgl. ook W. Snijders in *WPNR 6689* (2006), p. 831-836. Ik ben het overigens niet eens met Neppelenbroeks kritiek op het hoge theoretische gehalte ('dogmatische purisme') van het proefschrift van Van der Steur (en De Jong). Dat een goed doordacht ontwerp en een goede analyse en begrip van het systeem van het goederenrecht niet direct de huidige, dagelijkse rechtspraktijk zullen raken, neemt niet weg dat deze van het grootste belang zijn en op de langere duur wel degelijk consequenties kunnen hebben voor, en nieuwe mogelijkheden kunnen aanreiken aan die (toekomstige) rechtspraktijk.

12 Reeds in Hugo de Groots definitie van 'beheering' (een aanduiding voor het gehele terrein van het goederenrecht, staande tegenover de 'inschuld' (het verbintenissenrecht)) komt duidelijk naar voren dat het toebehoren hieraan inherent is verbonden. Het *toebehoren* maakt zelfs een integraal onderdeel uit van deze definitie: "Beheering is 't recht van toe-behooren bestaende tusschen den mensch ende de zaecke zonder noodigh opzicht op een ander mensch" (Inleidinge, II, 1, 58). Ook de 'inschuld' werd gedefinieerd als een vorm van toebehoren: "Inschuld is 't recht van toe-behooren dat den eenen mensch heeft op den anderen om van hem eenige zake ofte daed te genieten" (II, 1, 59). Het gaat dus niet om een toebehoren van een vermogensrecht, maar om het vermogensrecht als een vorm van toebehoren! Ook Struycken lijkt dit in zijn dissertatie (op p. 104 bovenaan) over het hoofd te zien.

bestaan. Zijn bestaan impliceert dus reeds een toebehoren.[13] Om in dit kader met Verstijlen te spreken:

> "De zegswijze dat een bepaald recht aan iemand toebehoort, impliceert niet dat die iemand een recht van toebehoren heeft op dat recht; er is niets anders mee gezegd dan dat die iemand rechthebbende is."[14]

Toegepast op de eigendom wordt de overbodigheid van een laag van toebehoren nog duidelijker. Immers, *eigendom* ís reeds de term die wij gebruiken om het toebehoren van een zaak aan te duiden. Eigendom impliceert toebehoren, sterker nog, eigendom *is* toebehoren. De zaak behoort toe aan de eigenaar. Zo ook Van der Steur zelf, waar zij met een verwijzing naar de Toelichting Meijers opmerkt:

> "Het eigendomsrecht is de rechtsfiguur die in het leven is geroepen om een bepaald soort rechtsobjecten, de 'zaken', aan rechtssubjecten *toe te delen*."[15] (cursivering toegevoegd)

Niet duidelijk wordt wat het verschil is tussen deze functie van de eigendom, het *toedelen*, en de hiervan door Van der Steur onderscheiden laag van *toebehoren*, of wat hiervan de functie zou zijn. De term eigendom als zodanig fungeert al als aanduiding van de '*toebehoren*relatie' van zaken. Zouden we hier nog een laag van toebehoren boven construeren, dan zou je – bovenstaand schema voor ogen houdend – moeten spreken van het *toebehoren* ván de *eigendom* ván een zaak, een zeer omslachtige omschrijving die bovendien dubbelop is. Zij kent immers *twee* lagen van toebehoren: het toebehoren van de zaak (*eigendom* genoemd) en het toebehoren van de eigendom (kortweg *toebehoren* genoemd). Deze dubbele stap komt mij – als gezegd – onnodig voor om een zaak aan een rechtssubject te koppelen. Van der Steurs 'toebehoren' geeft volgens haar weer dat het rechtssubject de *rechthebbende* is over het desbetreffende subjectieve recht. Bij de eigendom geeft echter de term *eigenaar* (reeds) aan wie rechthebbende is van het desbetreffende subjectieve recht. De rechthebbende van de zaak, of – zo men wil – van het eigendomsrecht op een zaak, noemt men immers *eigenaar*. De *eigenaar* van een zaak is in die zin op één lijn te stellen met de *rechthebbende* van een vordering: de termen leggen de *toebehoren*relatie

---

13 Op p. 42 lijkt Van der Steur zich dit wel te realiseren, wanneer zij opmerkt: "Deze toebehorenrelatie vloeit als het ware voort uit het bestaan van het subjectieve vermogensrecht zelf, aangezien er zonder rechtssubject geen recht is en er dus altijd sprake is van toebehoren."

14 Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 274. Zie in dezelfde zin al Wery, *RM Themis* 1961, p. 85-86, Slagter, rede 1968, p. 20 en Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 64-65. Maar zie ook H. J. Snijders in Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 34, waar het kennelijk niet onnodig omslachtig wordt gevonden.

15 Van der Steur, diss. 2003, p. 18.

tussen rechtssubject en rechtsobject.[16,17] Daarvoor is een bóven de eigendom gesteld 'toebehoren' – het kan niet genoeg benadrukt worden – overbodig.

Hetzelfde geldt ten slotte voor de functie die volgens Van der Steur in het 'toebehoren' zou liggen om de *beschikkingsbevoegdheid* over een vermogensrecht aan te duiden, door haar verwoord als de bevoegdheid die het rechtssubject op grond van de toebehorenrelatie heeft om te beschikken over het recht dat hem toebehoort.[18] Ook deze functie is al vervat, en uitdrukkelijk beter op zijn plaats, in het begrip eigendom zelf.[19] Dit begrip geeft immers (reeds) de beschikkingsbevoegdheid over het feitelijke rechtsobject waar het uiteindelijk allemaal om draait bij eigendom – de zaak – aan, sterker nog, is als begrip specifiek ontworpen om (hoofdzakelijk) aan deze functie uiting te geven. De inhoud van het eigendomsrecht bestaat er uit dat de eigenaar de betreffende zaak kan gebruiken én dat hij erover kan *beschikken*. De beschikkingsbevoegdheid zit dus ín het eigendomsrecht, ín Van der Steurs laag van de vermogensrechten en niet in een laag van toebehoren die erboven ligt. Zou je de gedachte van Van der Steur overigens verder uitwerken, dan zou je moeten spreken van de beschikkingsbevoegdheid (vervat in het *toebehoren*) óver de beschikkingsbevoegdheid (vervat in de *eigendom*) óver een rechtsobject (de *zaak*). De conclusie van een overbodige laag in dit systeem dringt zich nu wel heel klemmend op.[20]

---

16 De gelijkstelling tussen zaak en vorderingsrecht (of een ander vermogensrecht) die uit deze vergelijking óók voortvloeit, komt hieronder in par. 6.2.1 en 6.2.2 uitgebreid aan de orde.

17 Overigens brengt Van der Steur deze argumenten ook zelf ter sprake, maar dan op de plek waar zij het oud BW-gebruik om te spreken van de 'eigendom van een vermogensrecht' evalueert (p. 47-55). Zij haalt hier o.m. Pitlo en Land aan, die de zinloosheid van dit begrip naar voren brengen met dezelfde argumenten als hierboven t.a.v. het *toebehoren* van rechten naar voren wordt gebracht. Het *toebehoren* van een vermogensrecht is immers slechts een andere bewoording voor de 'eigendom van een vermogensrecht'. Zie ook noot 22 hieronder.

18 Van der Steur, diss. 2003, p. 41. Overigens geeft zij op deze plek ook aan dat de *vermogensrechten*, die de tweede laag van haar systeem vormen, bevoegdheden geven aan het rechtssubject overeenkomstig hun definitie of functie, bevoegdheden die in het geval van absolute rechten een zekere heerschappij over een rechtsobject betreffen. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat deze heerschappij de beschikkings-bevoegdheid moet inhouden die Van der Steur in haar bovenste laag plaatst.

19 Vgl. Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 274: "Beschikkingsbevoegdheid is niet een recht dat boven vermogensrechten zweeft, het is een facet van dat recht zelf." Zie in deze zin ook al Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 64-65. Zie ook Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 85: "Evenmin is dit het geval [dat een bevoegdheid een deel van het vermogen uitmaakt, *AFM*] wanneer de bevoegdheid slechts als onderdeel van een erkend subjektief recht optreedt. De bevoegdheid om over de eigendom te beschikken is onderdeel van het eigendomsrecht, (…), geen daarvan te onderscheiden zelfstandig subjektief recht."

20 Opmerkelijk is dat Van der Steur later (p. 34-35) schrijft dat vermogensrechten alleen object kunnen zijn van *beperkte* rechten (bijv. vruchtgebruik van eigendomsrecht op zaak), maar nooit van *volledige* rechten, omdat dit naar haar mening dubbelop zou zijn (!). De aanname van een volledig recht, zo schrijft ze – waarbij vaak wordt gedacht aan een soort eigendomsrecht – op een eigendomsrecht of een volledig recht (gelijkend aan het eigendomsrecht) op een vorderingsrecht is nergens voor nodig en zou ook niets meer toevoegen aan de

De laag van toebehoren heeft overigens een sterke parallel met het begrip 'eigendom van onlichamelijke zaken' (van vorderingsrechten, beperkte rechten), zoals dat onder oud BW werd gebruikt. Deze parallel zal hieronder in de paragrafen 6.1.2 en 6.2.1 uitgebreider aan de orde komen. Volstaan wordt hier met op te merken dat, nu het begrip eigendom in het huidig BW slechts nog betrekking kan hebben op (lichamelijke) zaken en dus bijvoorbeeld niet meer op vorderingsrechten, met betrekking tot die 'onlichamelijke' zaken het begrip *toebehoren* in dezelfde zin kan worden gebruikt als voorheen het begrip eigendom.[21] Bij Van der Steur vormt het *toebehoren* echter een derde begripslaag die boven àlle vermogensrechten, óók boven het eigendomsrecht zélf, valt te ontwaren. In dat kader acht ik het bovendien tegenstrijdig dat Van der Steur enerzijds vaststelt dat het niet nodig is te spreken van 'eigendom van een vorderingsrecht',[22] maar anderzijds wél een algemeen *toebehoren* construeert dat zich óók over deze vorderingsrechten uitstrekt. Zij verwerpt derhalve in feite eerst het *toebehoren* van een vorderingsrecht, om vervolgens een *toebehoren* van àlle vermogensrechten te construeren.[23]

6.1.1.3 Beperkt recht

Van der Steur omschrijft het beperkte recht als een recht dat *voortvloeit uit* een volledig recht, maar ook als een recht dat een bijzondere positie inneemt omdat het *voortbouwt op* een reeds bestaand vermogensrecht.[24] Ze haalt hierbij het

---

goederenrechtelijke systematiek. Mijns inziens is deze opmerking van haar zeer terecht, maar tevens één op één toepasbaar op Van der Steurs laag van toebehoren.

21 In die zin De Jong, diss. 2006, nr. 10 en Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 34. Vgl. ook MvA II Inv. (1985) bij de Algemene opmerkingen over de Boeken 3,5 en 6, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1001. Snijders maakt overigens ook nog onderscheid tussen de termen 'toebehoren' en 'toekomen'. 'Toebehoren' zou betrekking hebben op alle goederen (zaken en vermogensrechten), 'toekomen' zou een veel ruimer bereik hebben en ook betrekking hebben op persoonlijke rechten (zoals die uit verbintenis). Deze laatste frase wekt sterk de suggestie dat toebehoren géén betrekking kan hebben op persoonlijke rechten en kan alleen worden begrepen als deze zo wordt verstaan dat 'toekomen' ook betrekking kan hebben op de *prestatie* waartoe een verbintenis verplicht en waarop het persoonlijke recht recht geeft (vgl. Hartkamp 2005, nr. 82).

22 Zij doet dit in haar dissertatie op p. 47-55 (zie ook haar tussenconclusie op p. 59-60), met aanhaling van goede argumenten van o.m. Land en Pitlo (die inhoudelijk zowel in deze paragraaf reeds aan de orde zijn gekomen als in par. 6.1.2.2 en 6.2.1 nog aan de orde zullen komen). Zelf lijkt ze als nadeel van het begrip 'eigendom van een vorderingsrecht' echter vooral te zien het feit dat hierdoor vorderingsrechten en zaken nevengeschikt moeten worden geacht, terwijl volgens Van der Steur juist vorderingsrechten aan eigendomsrechten nevengeschikt zouden moeten worden. Voor een alternatieve zienswijze m.b.t. dit laatste punt, zie par. 6.2.2.

23 Opmerking verdient dat De Jong – zo zal in de volgende paragraaf blijken – precies het tegenovergestelde doet: hij verwerpt eerst een algemene 'recht van toebehoren' van vermogensrechten, om vervolgens toch weer een 'recht van toebehoren' op vorderingsrechten te erkennen.

24 Van der Steur, diss. 2003, p. 11 resp. p. 30.

– ook bepaald niet eenduidige – wetsartikel 3:8 BW aan ("Een beperkt recht is een recht dat is *afgeleid uit* een meeromvattend recht, hetwelk met dat beperkte recht is *bezwaard*"). Zo *vestigt* men, aldus Van der Steur, bijvoorbeeld een erfpachtrecht *op* het eigendomsrecht. Ze schrijft ook dat de eigenaar kan bepalen dat hij aan anderen voor kortere of langere tijd een *gedeelte van zijn bevoegdheden* in de vorm van een beperkt recht zal *afstaan*. Een beperkt recht kan slechts *verleend* worden indien er een rechtssubject is dat een meeromvattend vermogensrecht toebehoort. Dit rechtssubject blijft eigenaar, maar dan wel van een eigendomsrecht dat *bezwaard* is met een beperkt recht. Als het beperkte recht tenietgaat dan wordt het oorspronkelijke recht waaruit het beperkte recht is *afgeleid*, het moederrecht, weer *vol*.[25]

De in de alinea hierboven schuin weergegeven zinsdelen geven een enigszins verwarrend beeld over de precieze opvatting van het ontstaan van het beperkte recht door Van der Steur. Niet geheel duidelijk wordt hieruit dan ook welk beeld zij heeft van het beperkte recht: het beperkt recht als deel van de eigendom, of als een (nieuw) recht dat een last vormt die op de eigendom drukt. Ze gebruikt verschillende, min of meer gebruikelijke, termen voor het ontstaan (en tenietgaan) van het beperkte recht, waarvan sommige beter bij het ene beeld passen (het *afstaan* door de rechthebbende van een deel van zijn bevoegdheden, het *vol worden* van het eigendomsrecht na tenietgaan van het beperkte recht, het *afleiden* van een beperkt recht *uit* het moederrecht, het *voortvloeien* van een beperkt recht *uit* een volledig recht) en andere juist beter bij het andere beeld passen (het *voortbouwen* van beperkte rechten *op* vermogensrechten, het *verlenen* van een beperkt recht door een rechtssubject, het *vestigen* van een beperkt recht *op* het eigendomsrecht, het *bezwaren* van een eigendomsrecht met een beperkt recht). Over de situatie ná het ontstaan van het beperkte recht schrijft ze voorts dat de rechthebbende van het eigendomsrecht dan *niet méér kan overdragen dan hem zelf toebehoort* op grond van de *nemo plus*-regel, dus nog slechts het eigendomsrecht onder de *last* van een beperkt recht kan overdragen. Lijkt zij in het eerste deel van deze zin wederom te impliceren dat een *deel van het eigendomsrecht* na de vestiging van een beperkt recht niet meer aan de rechthebbende toebehoort en het beperkte recht dus als een deel van het eigendomsrecht moet worden gezien, de vermelding van het beperkte recht als *last op het eigendomsrecht* haalt juist weer het andere beeld van het beperkte recht naar voren.

Duidelijk wordt in ieder geval wél dat het haars inziens de *vermogensrechten* zijn die het onderwerp van het beperkte recht vormen en – in het geval het om de eigendom van een zaak gaat – niet de *zaken* zelf. Zo schrijft zij:

25 Idem, p. 30.

> "Dogmatisch gezien, hebben alle beperkte rechten subjectieve *vermogensrechten (goederen)* als object, als moederrecht. Niet het object (grondstuk x) verandert door het vestigen van een beperkt recht, maar het e*igendomsrecht* verandert. Het eigendomsrecht wordt 'bezwaard', de beperkt gerechtigde krijgt bevoegdheden die aanvankelijk alleen aan de eigenaar van het moederrecht toekwam" [26] [*toekwamen, AFM*]

Op het bovenstaande valt – los van de vraag of het beperkte recht rust op vermogensrecht of zaak – het een en ander af te dingen. Enigszins verwarrend is dat in de eerste zin Van der Steur het *vermogensrecht* aanwijst als object van het beperkte recht, om direct hierop volgend in de tweede zin *grondstuk x* (een *zaak* dus) het object te noemen. De vaststelling dat grondstuk x niet, maar het eigendomsrecht wél verandert lijkt mij niet correct: ook het eigendomsrecht ondergaat geen verandering, daar wij slechts één soort eigendomsrecht kennen. De *uitoefening* van het recht zal echter wel door het beperkte recht worden beperkt. Ten slotte krijgt een beperkt gerechtigde bij de vestiging van zijn recht lang niet altijd bevoegdheden die aanvankelijk aan de eigenaar toekwamen.[27]

De boodschap van Van der Steur is echter helder: het beperkte recht rust op een vermogensrecht, niet op een zaak. Beperkte rechten geven geen directe heerschappij over een bepaalde zaak, maar hebben een meeromvattend vermogensrecht als object.[28] Daarom kan naar haar mening op een zaak zonder een daarop rustend eigendomsrecht, een *res nullius*, ook geen beperkt recht worden gevestigd. Hiervoor is "een *toebehoren* van een *eigendomsrecht* op de zaak"[29] vereist. Gaat het moederrecht teniet dan gaat ook het beperkte recht teniet.[30]

Van der Steur vermeldt wel de op Meijers en zijn '*gewijzigde* machtsverhouding ten aanzien van *hetzelfde* object' gebaseerde àndere visie omtrent de systematiek van beperkte rechten. Deze visie ziet de beperkte rechten uit Boek 5 BW als belastingen van de *zaak* (niet van de eigendom) en sluit daarmee aan bij de woorden van artikel 5:1 BW, dat spreekt van eigendom als het meest omvattende recht *op een zaak*. Deze beperkte rechten zijn in die zin immers minder omvattende rechten *op een zaak*. De beperkte rechten uit Boek 3 zijn dan rechten die behalve op een zaak ook op een recht kunnen rusten, bijvoorbeeld ook op een vorderingsrecht. De op deze visie gebaseerde indeling van de beperkte rechten in Boek 3 en Boek 5 BW brengt volgens Van der Steur systematische problemen met zich mee. Zij vermeldt hierbij overigens slechts expliciet het 'probleemgeval' van de ondererfpacht, waarmee de omvang van

---

26 Idem, p. 31.
27 Zie hiervoor bijv. het in hfdst. 4 par. 4.1.1.2 door Dernburg genoemde voorbeeld van de *servitus altius non tollendi.*
28 Van der Steur, diss. 2003, p. 40.
29 Idem, p. 30.
30 Idem, p. 33.

de veroorzaakte problemen vrij beperkt lijkt te zijn.[31] Dogmatisch gezien is de ondererfpacht volgens Van der Steur een erfpachtsrecht op een erfpachtsrecht en dus geen *zakelijk* beperkt recht, nu het als object niet een zaak, maar een (ander beperkt) recht heeft. De plaatsing in Boek 5 BW wordt door de wetgever gerechtvaardigd door het erfpachtsrecht te zien als rustend op de in erfpacht gegeven onroerende zaak zelf in plaats van op het eerder verleende erfpachtsrecht op die zaak. Ook in Van der Steurs visie kan overigens dit systeem van indeling van de beperkte rechten in Boek 3 en Boek 5 BW grotendeels vrij probleemloos gehandhaafd worden, zoals zijzelf ook vermeldt. Men dient dan voor een plaatsing in Boek 5 BW – in plaats van te kijken of het een beperkt recht betreft dat alleen op een *zaak* kan worden gevestigd – te kijken of het een beperkt recht betreft dat alleen op een *eigendomsrecht* kan worden gevestigd, en de indeling kan verder intact blijven. De overige beperkte rechten – die in die zin dus zowel op eigendomsrechten als op andere rechten kunnen rusten – vindt men dan in Boek 3 BW.[32] Ten aanzien van beperkte rechten op beperkte rechten houdt men hetzelfde probleem. Dit is volgens haar alleen op te lossen door het oorspronkelijke moederrecht ook ten aanzien van deze beperkte rechten als uitgangspunt te nemen.[33]

Een dergelijke indeling van de beperkte rechten op zaken en beperkte rechten op zaken óf rechten dient naar mijn idee bovendien toch wel een zeker systematisch belang, in die zin dat het een verhelderend onderscheid maakt in deze goederenrechtelijke rechten aan de hand van de voorwerpen waarop ze – uiteindelijk – betrekking hebben. Dat dit onderscheid van belang is moge mede blijken uit het volgende citaat uit de laatste druk van Pitlo's *Systeem van het Nederlandse privaatrecht*:

> "De inhoud van een subjectief recht wordt immers mede bepaald door de aard van het rechtsobject."[34]

Een beperkt recht op een vorderingsrecht aan de ene kant heeft een ander karakter dan een beperkt recht op een eigendomsrecht of zaak of op een ander op een zaak rustend beperkt recht aan de andere kant. In de laatste gevallen blijven we immers binnen de 'zakelijke', de *stoffelijke* sfeer: deze rechten hebben hoe dan ook uiteindelijk altijd betrekking op een stoffelijke zaak. Dit is mijns

---

31 Idem, p. 31. Van der Steur vermeldt nog dat naast de systematische problemen ook vele extra bepalingen nodig zijn om de afzonderlijke gevolgen van de ondererfpacht te regelen, hetgeen niet bevorderlijk zou zijn voor de overzichtelijkheid van het goederenrechtelijk systeem. Het wordt echter niet geheel duidelijk welke bepalingen ze – naast evt. art. 5:93 BW over de ondererfpacht zelf – op het oog heeft en of dergelijke bepalingen niet ook nodig zouden zijn bij een andere indeling van de beperkte rechten.

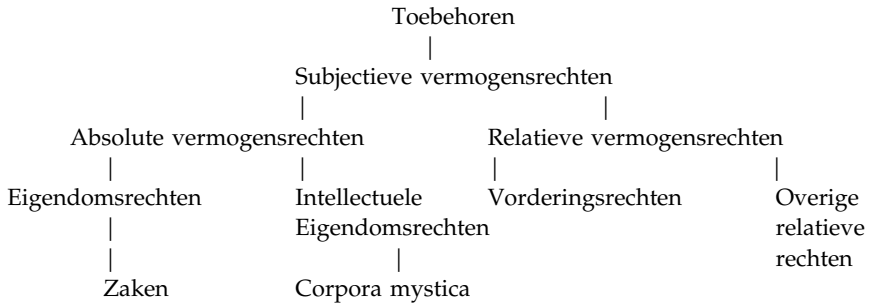
32 Zie p. 32.

33 Idem, noot 88. Zie over dit 'stapelingsprobleem' verder par. 6.2.3.

34 Pitlo/Gerver e.a. 1995, p. 199. Dit zal Van der Steur overigens met hem eens zijn: het vormt immers één van de centrale uitgangspunten van haar onderzoek, vgl. onder meer p. 41 noot 114, p. 42 en par. 2.2.4 en 2.3.7 van haar dissertatie.

inziens het belangrijkste onderscheid dat tussen de verschillende beperkte rechten kan worden gemaakt. Van belang is naar mijn idee dan ook niet zozeer het verschil tussen beperkte rechten die rusten op enig *recht* (een eigendomsrecht, een beperkt recht of een vorderingsrecht) en beperkte rechten die rusten op een *zaak*, als wel het verschil tussen beperkte rechten die uiteindelijk betrekking hebben op een – stoffelijke – zaak (of dit nu direct op de zaak is of eventueel via een eigendomsrecht of een ander beperkt recht op een zaak) en beperkte rechten die uiteindelijk betrekking hebben op een – onstoffelijk – vorderingsrecht (of dit nu direct op het vorderingsrecht is of eventueel zelfs via een 'recht van toebehoren' of een ander beperkt recht op een vorderingsrecht).[35] Dát is mijns inziens het systematische belang dat aan de indeling van de beperkte rechten over Boek 3 en Boek 5 verbonden is.[36]

Met de plaatsing van het beperkte recht in haar systematiek van het goederenrecht lijkt Van der Steur enige moeite te hebben. In het door haar gegeven meest omvattende schema van het systeem van het goederenrecht[37] komt het beperkte recht niet voor:



Uit eerdere, eenvoudigere schema's[38] die Van der Steur heeft opgenomen, lijkt echter te kunnen worden geconcludeerd dat de beperkte rechten een plaats dienen te krijgen aan de linkerkant van het schema, als een categorie van de absolute vermogensrechten, op gelijke hoogte met de daar genoemde (intellectuele) eigendomsrechten, en overigens ook op gelijke hoogte met relatieve

35 Beperkte rechten die betrekking hebben op intellectuele eigendomsrechten laat ik hier buiten beschouwing. Duidelijk is echter dat ook deze een eigen karakter hebben.

36 Zie over de indeling van rechten in Boek 3 en Boek 5 BW meer in par. 6.2.3.4 en 6.2.3.5.

37 Van der Steur, diss. 2003, p. 29. Het schema is overigens een combinatie van aan de ene kant een schematische onderverdeling in verschillende soorten vermogensrechten (bijv. absolute vs. relatieve vermogensrechten), anderzijds is het een schematische weergave van de verschillende lagen van het goederenrecht (de lagen van toebehoren, vermogensrechten en rechtsobjecten).

38 Idem, p. 12 en 17. Zie ook p. 34.

rechten zoals vorderingsrechten. Hierbij verdient aantekening dat – zoals Van der Steur ook terecht aangeeft – beperkte rechten in die zin een bijzondere positie tussen de absolute vermogensrechten innemen dat zij – in Van der Steurs systematiek – op andere vermogensrechten (absoluut of relatief) rusten en zelfs op andere beperkte rechten kunnen rusten. Kort gezegd: beperkte rechten zijn zelf goederen en hebben ook goederen als object.[39] Zo zal er in het hierboven genoemde drielagige systeem van Van der Steur een *vierde* laag te ontwaren zijn indien er een beperkt recht in wordt opgenomen:

Toebehoren
|
Beperkt recht (bijv. erfpacht of vruchtgebruik)
|
Eigendom
|
Zaak

A priori is niet geheel duidelijk tot welke laag van de door Van der Steur genoemde drie lagen (de laag van *toebehoren*, de laag van *vermogensrechten* en de laag van *rechtsobjecten*) het eigendomsrecht moet worden gerekend: dit is immers zowel een *vermogensrecht* op de zaak als een *rechtsobject* van het beperkte recht in bovenstaande situatie.

Er zal zelfs een *vijfde* laag ontstaan indien een beperkt recht op een ander beperkt recht komt te rusten:

Toebehoren
|
Beperkt recht (bijv. vruchtgebruik)
|
Beperkt recht (bijv. erfpacht)
|
Eigendom
|
Zaak

Niet alleen met betrekking tot het eigendomsrecht maar ook met betrekking tot het onderste beperkte recht bestaat hier enige onduidelijkheid over de vraag tot welke laag het moet worden gerekend: ook dit recht is immers zowel te kwalificeren als een *vermogensrecht* als als een *rechtsobject*. Maar Van der Steur

39 Idem, p. 30. Zie ook p. 34-35.

geeft in haar 'plaatsbepalende' tweede hoofdstuk aan dat ze in het kader van haar dissertatie alleen de voorwerpen van absolute volledige rechten van de derde laag aan wenst te duiden met het begrip 'rechtsobject' en niet de subjectieve vermogensrechten die als voorwerp van beperkte rechten worden aangeduid.[40] Deze laatste zijn volgens haar geen rechtsobjecten omdat zij 'abstract' zijn en niet zien op een (fysiek) rechtsobject waarover volledige heerschappij wordt verleend.[41] Uit haar schema's kan worden afgeleid dat het met betrekking tot rechtsobjecten dan moet gaan over zaken en over *corpora mystica*. De onduidelijke 'begrenzing' waar zij zich in haar onderzoek *Grenzen van rechtsobjecten* op heeft willen richten, bestaat haars inziens namelijk vooral ten aanzien van deze rechtsobjecten, terwijl het subjectieve vermogensrecht als voorwerp van een beperkt recht aan veel minder discussie onderhevig is. Deze constatering van (relatieve) probleemloosheid steekt schel af tegen een andere passage van Van der Steur, die in het onderhavige onderzoek veeleer centraal zal staan: die waarin zij opmerkt dat het feit dat beperkte rechten zelf goederen zijn en tevens goederen (zelfs andere beperkte rechten) als object (kunnen) hebben, altijd tot veel dogmatische verwarring heeft geleid.[42]

6.1.2 De Jong

6.1.2.1 Eigendom en zaak

De Jong stelt zich in zijn proefschrift *De structuur van het goederenrecht*[43] de vraag wat de plaats van de eigendom is in de nieuwe terminologie van het BW van 1992. Nadat hij heeft vastgesteld dat er, afgezien van terminologie, geen principiële inhoudelijke veranderingen zijn tussen het oud BW – met zijn eigendom van lichamelijke en onlichamelijke zaken – en het huidig BW – met de eigendom van zaken en het 'recht van toebehoren' op vermogensrechten – komt hij op het punt dat de eigendom zelf ook uitermate goed aan de omschrijving van het vermogensrecht zoals in artikel 3:6 BW gegeven lijkt te beantwoorden. Naar zijn mening zal niemand aan het eigendomsrecht de kwalificatie van 'vermogensrecht' willen ontzeggen, maar kan het, integendeel, juist als het meest typische voorbeeld van een vermogensrecht worden gezien.

---

40 Idem, p. 43.

41 Terzijde zij opgemerkt dat men hier gemakkelijk tegenin kan brengen dat juist ook het *corpus mysticum* een zeer 'abstract' gegeven is (*nomen est omen*). Bovendien ziet het eigendomsrecht als voorwerp van een beperkt recht mijns inziens wel degelijk op een (fysiek) rechtsobject waarover volledige heerschappij wordt verleend: de zo onlosmakelijk met de eigendom verbonden zaak. De relevantie van deze opmerking ontgaat mij dan ook enigszins.

42 Idem, p. 30.

43 Th. F. De Jong, *De structuur van het goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006

Dit gegeven maakt volgens De Jong de status van het eigendomsrecht onduidelijk. Hij vraagt zich af of het eigendomsrecht hierdoor ook, zijnde een vermogensrecht, voorwerp van een 'recht van toebehoren' is geworden en daarmee dus eigenlijk zelf tot – in oud BW terminologie – *onlichamelijke* zaak verworden is.[44] De nevenschikking van 'zaak' en 'vermogensrecht' als 'goederen' in artikel 3:1 BW komt hiermee zijns inziens in het gedrang: hoe kunnen we immers die nevenschikking staande houden als we het eigendomsrecht enerzijds als *vermogensrecht* (en dus wellicht als voorwerp van een 'recht van toebehoren') kunnen kwalificeren en anderzijds als het klassieke recht van toebehoren dat betrekking heeft op *zaken*?[45] In feite is het 'probleem' dat De Jong hier aanhaalt niet zo gek veel anders dan de situatie onder oud BW, waar de eigendom, behalve door vereenzelviging met de zaak waarop deze rustte als *lichamelijke zaak* werd gezien, in de hoedanigheid van eigendoms*recht* ook door kon gaan als *onlichamelijke* zaak. Dat men dit laatste niet zo *placht* te zien,[46] staat er los van dat dit evengoed als onder huidig BW wel zo *kon* worden gezien.[47] Mijns inziens zal men echter ook nu – evenmin als men onder oud BW de eigendom als onlichamelijke zaak diende aan te merken – onder huidig BW de eigendom als *vermogensrecht* als bedoeld in artikel 3:1 (en 3:6) BW dienen aan te merken.[48] Eigendom valt namelijk, bij de tweedeling van goederen in 'zaken' en in 'vermogensrechten' in de categorie 'zaken', (dus) *niet* in de categorie 'vermogensrechten'. Het feit dat de eigendom – door de vereenzelviging van eigendom en zaak – (al) in deze eerste categorie zit inbegrepen, leidt ertoe dat zij niet tevens tot de categorie van de vermogensrechten mag worden gerekend, al zou zij hier strikt genomen – als men naar de omschrijving van het begrip vermogensrecht in artikel 3:6 BW kijkt – wél

44 Zie hiervoor m.n. ook De Jong, diss. 2006, nrs. 39-43.
45 De Jong, diss. 2006, nrs. 1-4.
46 De Jong, diss. 2006, nr. 9 met verwijzing naar Van Oven en nr. 11: een dergelijke consequentie werd volgens De Jong zonder serieuze overweging van de hand gewezen. Zie ook De Jong op nr. 43 noot 77 met verwijzing naar Scholten. Zie voorts Opzoomer III (1876), p. 29.
47 En dat werd dus ook opgemerkt. Zie bijv. ook nog heel uitdrukkelijk Land II (1901), p. 12.
48 Zie in gelijke zin W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 833, die tevens opmerkt dat hieraan – naast art. 5:1 BW – ook geen behoefte bestaat.

(en zelfs zeer goed) onder *kunnen* vallen.[49] Dit is immers duidelijk *niet* de bedoeling van de opsteller van het huidig BW geweest.[50]

6.1.2.2 Toebehoren

De Jong heeft kritiek op het gebruik onder oud BW van de terminologie van de 'eigendom van een onlichamelijke zaak', ofwel de 'eigendom van een vermogensrecht'. Deze terminologie maakt complexe goederenrechtelijke situaties nodeloos ingewikkeld. Hij geeft het voorbeeld van een recht van erfpacht op een perceel grond dat met een recht van vruchtgebruik wordt bezwaard. Hier was dus – in oud BW terminologie – het ene zakelijke recht in de hoedanigheid van onlichamelijke zaak bezwaard met het andere zakelijke recht, ook onlichamelijke zaak, beide voorwerp van een eigendomsrecht. Dit leverde in deze betrekkelijk eenvoudige casus die om één stoffelijk object draait (het perceel grond) drie verschillende eigendomsrechten op: eigendom van de grond, eigendom van het recht van erfpacht op de grond en eigendom van het recht van vruchtgebruik op het recht van erfpacht op de grond.

Uiteraard werd deze – in oud BW dogmatiek formeel juiste – terminologie in het spraakgebruik niet gebruikt. Daar werd ook de onlichamelijke zaak met de eigendom vereenzelvigd: men sprak eenvoudigweg van het vorderingsrecht, het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheid als vermogensbestanddeel, als goed dus, of, specifieker: als vermogensrecht.[51]

---

49 Het komt voor dat de handboeken het eigendomsrecht expliciet tot de vermogensrechten rekenen, zie bijv. Pitlo/Reehuis 2006, nr. 8. Vgl. ook (H.J.) Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 29, doch zie met name ook nr. 50, waarin het eigendomsrecht juist overduidelijk *niet* wordt genoemd als voorbeeld van een vermogensrecht. De door De Jong genoemde impliciete vindplaatsen in Asser-Mijnssen-De Haan 2001, kunnen mij niet overtuigen; zelfs uit de zijns inziens duidelijkste locatie (nr. 68, idem in de druk van 2006) kan deze conclusie mijns inziens niet worden getrokken. Het tegendeel vloeit echter wél voort uit nr. 81 (ook in de druk van 2006), waar er expliciet aan wordt herinnerd dat eigendom, ondanks dat het eigenlijk een recht is en niet een lichamelijk object, wordt vereenzelvigd met de zaak en in het nieuw BW dan ook als *zaak* wordt behandeld. Zie explicieter Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 5a en – nog overtuigder – Asser/Davids, Mijnssen & Van Velten 1996, nr. 5. Vgl. ook Struycken, diss. 2007, m.n. p. 97 bij noot 207.

50 Zie TM bij art. 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63, waaruit uitdrukkelijk blijkt dat Meijers bij de indeling van goederen in zaken en vermogensrechten is uitgegaan van de vereenzelviging van eigendom en zaak. Ook later in de parlementaire geschiedenis blijkt van de beperking van de term 'vermogensrechten' tot de onlichamelijke zaken, zie MvA II (1971) bij art. 3:6 BW, PG Boek 3, p. 91. Struycken (diss. 2007, p. 96-98) maakt op dit punt een onderscheid tussen Meijers en de latere redacteuren van het BW, dat ik echter geenszins overtuigend vind. Waar hij Meijers ook de eigendom onder de noemer 'vermogensrecht' ziet scharen (p. 98 noot 208), gaat het niet om het 'vermogensrecht' als subjectief recht, maar om het 'vermogensrecht' als rechtsgebied.

51 De Jong, diss. 2006, nrs. 8-9.

Onder huidig BW is het begrip onlichamelijke zaak afgeschaft en heeft het eigendomsrecht nog slechts (lichamelijke) zaken tot voorwerp. Toch gaat men in de literatuur nog vaak uit van de gedachte dat vermogensrechten het onderwerp zijn van een 'recht van toebehoren'. Met De Jong kan gesteld worden dat dit recht van toebehoren zich materieel zonder meer laat vergelijken met de oude eigendom van onlichamelijke zaken, omdat met de kwalificatie van iemand als eigenaar niets anders in het geding is dan dat het voorwerp van dat eigendomsrecht hem toebehoort.[52] Een probleem van het gebruik van een dergelijk 'recht van toebehoren' is volgens De Jong dat ook het eigendomsrecht zelf – dat hij onder de noemer van het begrip vermogensrecht brengt – voorwerp van een 'recht van toebehoren' wordt: eigendom van eigendom dus.[53] Ik kan me volledig bij De Jong aansluiten dat dit, om het mild uit te drukken, een notie zou zijn die nogal in strijd is met het gezonde verstand.[54] Het moge echter duidelijk zijn dat deze notie mijns inziens, al zou men een dergelijke 'recht van toebehoren' van vermogensrechten willen aannemen, niet aan de orde is. Zoals hierboven uiteengezet moet het eigendomsrecht immers, evenmin als het onder oud BW als onlichamelijke zaak werd gezien, onder huidig BW tot de categorie vermogensrechten worden gerekend, nu het al is inbegrepen in de andere in artikel 3:1 BW genoemde categorie: de zaken. Dit geldt des te meer in het geval een dergelijke indeling zou leiden tot het bestaan van een 'eigendom van eigendom'. De gedachte dat het eigendomsrecht niet onder de vermogensrechten van artikel 3:1 BW mag worden begrepen leidt ertoe dat er ook geen sprake kan zijn van een dergelijk 'eigendom van eigendom'.

Dan rest echter, na afschaffing van de eigendom van de onlichamelijke zaak onder huidig BW, nog altijd het probleem van een zeer met de eigendom van onlichamelijke zaken vergelijkbare situatie: het 'recht van toebehoren' van die rechten die wel tot de categorie vermogensrechten behoren. Zou men een dergelijk 'recht van toebehoren' aannemen, dan kan worden geconcludeerd dat de afschaffing van het begrip 'eigendom van de onlichamelijke zaak' niet erg succesvol is geweest. Ook in het huidige systeem blijft het spraakgebruik overigens uitgaan van een veel eenvoudigere situatie en spreken over het vorderingsrecht, het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheid zelf die als de goederen, specifieker vermogensrechten, die onderdeel van een vermogen kunnen zijn. De vraag is dan ook of er daadwerkelijk (nog) wel zo'n fundamen-

52 Idem, nr. 10.

53 Zie hiervoor m.n. ook De Jong, diss. 2006, nrs. 39-43. Hij geeft hier (nrs. 42-43) nog het voorbeeld van de verkrijgende verjaring, waar men in het geval van het bestaan van een dergelijk algemeen 'recht van toebehoren' door het bezit van het *eigendomsrecht op* de zaak een *recht van toebehoren op* het eigendomsrecht op de zaak zou verkrijgen in plaats van dat men door bezit van een zaak de *eigendom* van die zaak verkrijgt. Dit is een gedachte waartegen ook Meijers zich – wegens het feitelijk karakter van het bezit – uitdrukkelijk zou verzetten, vgl. TM bij 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63.

54 Idem nr. 4. Zie ook nr. 11.

tele behoefte bestaat aan een dergelijk, in de nieuwe gedaante van het 'recht van toebehoren' opduikend begrip.

De Jong meent in ieder geval dat het oogmerk van Meijers om het begrip onlichamelijke zaak en daarmee van de eigendom als overkoepelende zakenrechtelijke begrip dat betrekking had op zowel de lichamelijke als de onlichamelijke zaak af te schaffen, zich niet verdraagt met het feit dat deze 'eigendom van onlichamelijke zaken' in een andere taalkundige gedaante, als 'toebehoren van vermogensrechten', weer terugkomt.[55] Meijers heeft hiermee naar zijn mening immers een principiële dogmatische wijziging voor ogen gehad, ook al kan hem worden verweten dat hij te weinig de gelegenheid te baat heeft genomen om in de toelichting op zijn ontwerpen zijn dogmatische overzichtsvisie op de hervorming van het vermogensrecht uiteen te zetten.[56]

De precieze bedoelingen van Meijers zijn op dit punt inderdaad lastig te duiden. Men zou met name in zijn algemene toelichting op de begripsbepalingen van Boek 3 BW[57] mijns inziens óók heel goed slechts de wil kunnen lezen om de onlichamelijke zaak vanuit de sfeer van het zakenrecht in engere zin naar het goederenrecht in ruimere zin over te brengen om zodoende tot een zuiverder indeling te komen. De tegenstelling zakenrecht-verbintenissenrecht werd volgens Meijers immers vertroebeld door het feit dat verbintenissen (in de zin van vorderingsrechten) als onlichamelijke *zaken* steeds ook onder de regels van het *zaken*recht (bijv. voor de overdracht) bleven vallen.[58] Hij wilde daarom, geïnspireerd door het Duitse wetboek, dat hij hierin echter nog niet volkomen achtte, de algemene vermogensrechtelijke verhoudingen die (tegenwoordig) zowel op zaken als op rechten betrekking kunnen hebben in een algemeen *goederen*rechtelijk, en niet puur *zaken*rechtelijk deel van het wetboek opnemen.[59] Dit alles heeft geleid tot de verdeling van het goederenrecht over

55 Idem, nr. 44.

56 In de algemene TM op de begripsbepalingen van Boek 3 BW (Afd. 3.1.1), PG Boek 3 BW, p. 61-62, wordt hiertoe overigens wel een poging ondernomen.

57 PG Boek 3 BW, p. 61-62.

58 Zo moet men mijns inziens ook de volgende opmerking van Meijers (*Algemene begrippen*, p. 280) lezen: "De mening, dat ieder vorderingsrecht tegelijk een eigendomsrecht over een onlichamelijke *zaak* en dus een *zakelijk* recht geeft, verwart alles." (cursivering toegevoegd)

59 Zie hierover ook De Jong, diss. 2006, nr. 56. In nr. 68 lijkt De Jong wel degelijk te signaleren dat vooral de ontwikkeling van dit algemene vermogensrecht het resultaat was dat Meijers wilde bereiken. Ook het hieronder genoemde WPNR Tijdschriftenoverzicht (*WPNR 2104* (1910)) geeft m.i. duidelijk blijk van deze achtergrond waartegen Meijers zijn bedenkingen tegen de 'eigendom van de onlichamelijke zaak' plaatst. In hetzelfde stuk geeft hij aan wel de eigendom 'in ruimere zin', als 'economisch begrip' op ieder vermogensrecht te erkennen (p. 205). Zie in overeenkomstige zin Struycken, diss. 2007, p. 97 noot 205. Dáárin nu is de "ban van het Romeinse recht" (PG Boek 3 BW, p. 61 en De Jong, diss. 2006, opschrift nr. 56) – dat geen algemeen goederenrecht kende maar slechts de regels voor lichamelijke zaken op onlichamelijke zaken toepaste – gelegen en dáárin is ook het BGB nog een "negatieve inspiratiebron" (De Jong, diss. 2006, opschrift nr. 57). Vgl. immers Meijers in PG Boek 3

de Boeken 3 (algemeen goederenrecht) en 5 (zakenrecht) BW. De wil om naast afschaffing van het begrip onlichamelijke zaak zelf, óók het overkoepelende eigendoms- of toebehorenbegrip dat (ook) op deze onlichamelijke zaken (rechten dus) betrekking kon hebben af te schaffen (los van het feit dat hij de zakenrechtelijke term 'eigendom' dus voor de lichamelijke zaak wilde reserveren), volgt uit deze overwegingen echter niet onomstotelijk.[60] In het begrip 'eigendom van de onlichamelijke zaak' blijkt Meijers vooral bezwaar te hebben gehad tegen de term 'onlichamelijke *zaak*' en niet zozeer tegen het *idee* van de 'eigendom' of in ieder geval een 'ander toebehoren' *van* een dergelijke onlichamelijke zaak (van een recht dus).

Ook Meijers' andere geschriften bieden hier niet zomaar de gewenste duidelijkheid, al was het maar omdat zijn theoretische opvattingen – in De Jong woorden – moeilijk zijn te doorgronden en hij onbetwist "een groot en systematisch denker is, maar wel één die vaak erg gecompliceerd schrijft".[61] Het beroep dat De Jong voor zijn stelling dat Meijers' ook het overkoepelende eigendomsbegrip heeft willen afschaffen echter toch doet op de geschriften van Meijers – zijn *Algemene Begrippen van het Burgerlijk recht* uit 1948 en met name ook een kort stukje van hem in het Tijdschriftenoverzicht van het WPNR in 1910[62] – is aansprekend, doch geeft voor die stelling ook zeker geen onbetwistbaar uitsluitsel.[63]

Toch kan ik me – ongeacht in hoeverre deze bestrijding kan worden gebaseerd op de overwegingen die voor Meijers ten grondslag hebben gelegen aan het huidig BW – zeker aansluiten bij De Jong in zijn bestrijding van het – in huidig BW terminologie – overkoepelende 'recht van toebehoren'-begrip en in zijn afwijzing om hiermee onder meer het *beperkte recht* als voorwerp van een dergelijk 'recht van toebehoren' of eigendomsrecht te zien. De Jongs beweegredenen hiervoor zijn – naast Meijers wil tot afschaffing van de onlichamelijke

---

BW, p. 61-62: "Toch geeft het Duitse burgerlijk wetboek aan deze algemene vermogensrechtelijke verhoudingen, voor zover het deze regelt, een plaats in het *zakenrecht*, en regelt hen dan eerst voor zover zij op *zaken* betrekking hebben, terwijl het dan daarna diezelfde verhoudingen telkens in een aanhangsel (…) op *rechten* behandelt." (cursiveringen toegevoegd)

60 Ook de vermelding in de latere parlementaire geschiedenis (van na Meijers' dood), dat de term 'eigendom' beperkt was tot zaken, maar de term 'toebehoren aan' niet, lijkt niet erg op een dergelijke wil bij de (latere) wetgever te duiden, zie MvA II Inv. (1985) bij de Algemene opmerkingen over de Boeken 3,5 en 6, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1001.

61 De Jong, diss. 2006, nr. 45.

62 *WPNR 2104* (1910), p. 204-206. Zie De Jong, diss. 2006, nr. 47 e.v.

63 Vgl. over dit stukje m.n. ook W. Snijders in *WPNR 6689* (2006), p. 831, die te kennen geeft dat het stukje hem voor de uitleg van het huidige goederenrecht niet erg belangrijk lijkt, nu Meijers wat hij daar schrijft noch in latere publicaties, noch in zijn toelichting op Boek 3 BW heeft herhaald. Bij het latere werk aan de Boeken 3 en 5 BW heeft het zijns inziens – en nu hij de uiteindelijke regeringscommissaris voor de Boeken 3, 5 en 6 BW is geweest kan zijn (directe) betrokkenheid bij dit werk niet worden ontkend – dan ook geen enkele rol gespeeld.

zaak – onder meer dat het aannemen van zoiets als een eigendom of recht van toebehoren van beperkte rechten overbodig is en geen recht doet aan de zelfstandigheid van de betreffende rechten.[64] Het zorgt er ook voor dat de beperkte rechten onder oud BW (als onlichamelijke zaken), net als overigens de andere vermogensrechten, als *voorwerpen* van een dergelijk eigendomsrecht slechts op hetzelfde begripsmatige niveau konden worden gesteld als de (lichamelijke) zaken, en dus niet op het niveau van het eigendomsrecht zélf konden worden gebracht, hoewel dit volgens De Jong toch beide rechten zijn die zelfstandige goederenrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van een lichamelijke zaak.[65] De eigendom moet naar zijn idee dan ook niet als een onlichamelijke zaak worden gezien en daardoor op het begripsmatige niveau worden gebracht van de *voorwerpen* van een eigendomsrecht of een algemeen 'recht van toebehoren', juist omgekeerd moeten de beperkte rechten zijns inziens naar het begripsmatige niveau van de eigendom worden gebracht, als een *vorm van* een 'recht van toebehoren'.[66] In de miskenning van het feit dat Meijers de beperkte rechten promoveert tot het niveau van de eigendom, in plaats van dat hij – als gezegd – andersom, juist de eigendom degradeert tot het niveau van de beperkte rechten, ligt volgens De Jong één van de belangrijkste oorzaken van het aannemen van een overkoepelend begrip 'toebehoren'.[67] Doet men immers dit laatste – het eigendomsrecht naar het niveau van het beperkte recht brengen – dan gaat hiermee veelal gepaard de opvatting dat ook over het eigendomsrecht, net als over het beperkte recht en andere vermogensrechten door velen wordt aangenomen, een 'recht van toebehoren' moet bestaan.

Met betrekking tot het *vorderingsrecht* lijkt De Jong ten slotte op deze plek eveneens een algemeen eigendomsrecht of 'recht van toebehoren' van de hand te wijzen: ook het vorderingsrecht lijkt hij niet als voorwerp van een dergelijk recht te zien, en ook eigendomsrecht en vorderingsrecht worden in dat geval nevengeschikte begrippen.[68]

Hoewel ik me in zijn beweegredenen tot bestrijding van een overkoepelend 'recht van toebehoren' goed kan vinden, kan ik me *niet* verenigen met het 'tillen' van het beperkte recht vanuit het begripsmatige niveau van de zaak

64 De Jong, diss. 2006, nr. 55 slot. In het ook in noot 53 gegeven voorbeeld van de verkrijgende verjaring zou men in het geval van het bestaan van een dergelijk algemeen 'recht van toebehoren' door het bezit van *het beperkte recht op* (het eigendomsrecht op) de zaak een *recht van toebehoren op* het beperkte recht op (de eigendomsrecht op) de zaak verkrijgen.

65 Idem, nr. 53 e.v.

66 Idem, nr. 53 slot.

67 Idem, nr. 54 noot 90.

68 Idem, nr. 59. Hier zou men in het ook in noot 53 en 64 gegeven voorbeeld van de verkrijgende verjaring, in het geval van het bestaan van een dergelijk algemeen 'recht van toebehoren' door het bezit van het *vorderingsrecht* een *recht van toebehoren op* het vorderingsrecht verkrijgen.

naar het begripsmatige niveau van het eigendomsrecht en de voorstelling van het beperkte recht als een 'recht van toebehoren'. Een alternatieve visie op de begripsmatige structuur van het goederenrecht waarin deze kritiek van mijn kant is verwerkt, zal in paragraaf 6.2 uitgebreid aan de orde komen.

De Jong verbaast zich na bovenstaande vaststellingen hevig over de vereenzelviging van zaak en eigendomsrecht die Meijers als uitgangspunt heeft genomen voor artikel 3:1 BW, waardoor in dit artikel een evidente nevenschikking van zaak en vermogensrecht wordt gegeven.[69] Volgens De Jong doet Meijers hier een verrassende concessie aan het spraakgebruik, en legt hij zo een pragmatisme aan de dag dat schril afsteekt tegen de hiervoor genoemde kritiek die Meijers volgens De Jong op het oud BW had en tegen de zuivere indeling en terminologie die hij in het huidig BW nastreefde. De Jong zal hiermee met name doelen op het feit dat, nu – naar hij terecht bepleit – een algemeen 'recht van toebehoren' moet worden afgewezen, daarmee naar zijn idee de overige vermogensrechten niet meer aan de *zaak*, maar aan het *eigendomsrecht* moeten worden nevengeschikt. De vereenzelviging van eigendom en zaak in artikel 3:1 BW maakt deze nevenschikking volgens De Jong weer illusoir, of in ieder geval heeft Meijers hiermee een groot risico genomen met het oog op de toekomstige interpretatie van het wetboek. Dit risico heeft zich inmiddels ook verwezenlijkt nu een met de eigendom van de lichamelijke en onlichamelijke zaak vergelijkbaar algemeen 'recht van toebehoren' zijn intreden reeds heeft gedaan.[70] Een andere reden voor deze herintroductie vormt het feit dat het concept van de eigendom van de onlichamelijke zaak wegens een eeuwenlang buitengewoon succesvol bestaan niet zomaar kan worden uitgeroeid.[71]

De Jong neemt dan ook het genuanceerde standpunt in dat "we aan die vereenzelviging echt helemaal niets hebben" en daar dus gerust afscheid van kunnen nemen.[72] Dat ook op dit 'vereenzelvigingsprobleem' een andere visie mogelijk is, zal eveneens in paragraaf 6.2 aan de orde komen.

In het Derde deel van zijn dissertatie komt De Jong nogmaals te spreken over zijn afwijzing van een algemeen 'recht van toebehoren'. Hij vraagt zich hiertoe af of het huidige goederenrecht drie begripsmatige lagen kent, zoals dat door (onder meer) Van der Steur in haar proefschrift is beschreven.[73] Een dergelijk drielagig systeem is immers het gevolg van de aanname van een algemeen 'recht van toebehoren', dat de bovenste laag in het systeem vormt. Hieronder vindt men de laag van de vermogensrechten en daaronder weer de laag van

69 De Jong, diss. 2006, nr. 62 e.v.
70 Idem, nr. 64.
71 Idem, nr. 66 e.v.
72 Idem, nr. 199.
73 Idem, nr. 181 e.v.

hun objecten (zaken en *corpora mystica*). Men kan in dit systeem derhalve volhouden dat het vermogen van een rechtssubject slechts bestaat uit 'rechten van toebehoren' op vermogensrechten (en dus niet uit die vermogensrechten of hun objecten zelf).

Ten aanzien van een dergelijk drielagig systeem is volgens De Jong in ieder geval duidelijk dat Meijers dit bij zijn ontwerp *niet* voor ogen heeft gehad. Ook overigens acht hij deze opvatting ten tijde van het oud BW, die tot zoiets als de 'eigendom van eigendom' zou hebben geleid, ondenkbaar.[74]

Van der Steurs aanname van een algemeen 'recht van toebehoren' lijkt onder meer te stoelen op haar opvatting van het bezit van een zaak. Volgens haar bezit men in dit geval eigenlijk het *eigendomsrecht* op een zaak in plaats van dat men de *zaak zelf* bezit. De Jong brengt hiertegen het volgende in:

> "Volgens Van der Steur is het recht van eigendom voorwerp van een 'algemeen recht van toebehoren'. Daarvan uitgaande is het wellicht niet eens zo raar om te beweren dat het eigendomsrecht voorwerp van bezit is. Zo zou bijvoorbeeld de verkrijging door verjaring van het 'recht van toebehoren op een eigendomsrecht', het bezit van dat eigendomsrecht vooronderstellen. Maar de opvatting van Van der Steur waarin het eigendomsrecht zelf weer het voorwerp van een recht van toebehoren is, is echter nooit het uitgangspunt geweest van Meijers. Bij Meijers is niet het eigendomsrecht voorwerp van toebehoren, maar de zaak. De consequentie daarvan is dat de zaak voorwerp is van bezit en niet het eigendomsrecht. Dat bezit het 'uitoefenen van eigendomsbevoegdheden' is, maakt het allerminst noodzakelijk om te spreken van 'bezit van eigendomsrecht'. Die noodzaak ontstaat pas door de extra laag die Van der Steur toevoegt."[75]

Zoals al eerder aan de orde kwam is De Jong – net als naar zijn oordeel Meijers – geen voorstander van het begrip 'recht van toebehoren van het eigendomsrecht'. Dit standpunt is nauw verbonden met zijn opvatting van het bezit van een zaak. Wie gedurende langere tijd het bezit van een *zaak* heeft, kan daardoor de eigendom van die *zaak* verkrijgen. Indien men echter meent dat men in een dergelijk geval het bezit van een *eigendomsrecht* langere tijd uitoefent, dan moet men – naar analogie geredeneerd – dus wel de eigendom van dit *eigendomsrecht* verkrijgen, ofwel een 'recht van toebehoren' op het eigendomsrecht. Men moet constateren dat in dit geval het (recht van) *toebehoren* zelf echter gaat functioneren als het door verjaring verkregen vermogensrecht in de plaats van het *eigendomsrecht*. In het geval van een gestolen zaak zou men in deze opvatting moeten zeggen dat iemand zijn *eigendomsrecht* hierdoor verliest, maar niet het *toebehoren* van dat eigendomsrecht, in plaats van dat men zegt dat iemand hierdoor de *zaak* is verloren, maar niet zijn

74 Idem, nr. 182.
75 Idem, nr. 183.

eigendomsrecht op die zaak.[76] Dit komt mij meer dan slechts overbodig voor: de constructie van een *eigendomsrecht op een zaak* is mijns inziens *juist* bedacht om gevallen van verjaring en diefstal – waarin het bezit van een zaak bij een ander komt te liggen dan de eigendom – goed te kunnen beschrijven.[77] Het zou onzinnig zijn om in deze situaties nu nog een *derde* laag te introduceren.

Wie de hier beschreven consequenties en het begrip 'eigendom van eigendom' eveneens overbodig en onzinnig voorkomen, moet derhalve concluderen dat het bezit ten aanzien van de *zaak*, en niet ten aanzien van de *eigendom* wordt uitgeoefend. Immers, de eigendom legt een directe relatie tussen zaak en eigenaar. Wie bezit, pretendeert een eigendomsrecht op de zaak uit te oefenen, gedraagt zich *alsof* hij eigenaar is en bootst dus deze directe relatie na. Wat dat betreft is het dus niet alleen het door Meijers[78] genoemde *spraakgebruik* en het *feitelijk element* dat onder meer in het begrip bezit zit, dat leidt tot de noodzaak te spreken van bezit van een *zaak*, maar óók het feit dat het onzinnig en zonder functie is over te gaan tot de constructie van een 'toebehoren van eigendom', nu eigendom zélf al de directe relatie van toebehoren aan een rechtssubject legt. Eigendom *is* toebehoren.

De redenering van Van der Steur dat bezit betrekking heeft op het *eigendomsrecht* heeft dus als gevolg dat men een 'recht van toebehoren' boven dit eigendomsrecht – met alle bijbehorende consequenties – moet accepteren. Deze sterk juridische en weinig feitelijke opvatting van het bezit kan echter door De Jong en ondergetekende niet worden onderschreven.

Het moge inmiddels duidelijk zijn dat De Jong – mijns inziens terecht – een dergelijk algemeen 'recht van toebehoren' niet kan accepteren. De achterliggende reden van De Jong hiervoor is met name dat goederenrechtelijke rechten (eigendom *zowel als* beperkte rechten) niet het onderwerp van een dergelijk 'recht van toebehoren' kunnen zijn, omdat zij – als gezegd – zélf rechten van toebehoren vormen (geheel respectievelijk gedeeltelijk toebehoren, zou men kunnen zeggen).[79]

Dit ligt wat hem betreft *anders* bij een recht als het auteursrecht en met name bij het vorderingsrecht. In het laatste deel van zijn dissertatie komt De Jong dan ook *terug* op zijn eerdere (schijnbare) vaststelling dat het vorderingsrecht niet aan een 'recht van toebehoren' is onderworpen en laat hij het vorderingsrecht – in *afwijking* van Meijers – tóch het voorwerp van een dergelijk

76 Vgl. De Jong m.b.t. een fiets in nr. 184.

77 Vgl. hier de opmerking van De Jong (nr. 184) – in het kader van diefstal – dat als er ergens een plaats in het goederenrecht is waar de vereenzelviging van eigendomsrecht en zaak niet op haar plaats is, dat wel is bij het leerstuk van bezit.

78 Meijers noemt deze argumenten voor de vereenzelviging van eigendom en zaak in de TM bij art. 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63. Deze argumenten komen in par. 6.2.1.3 aan de orde.

79 De Jong, diss. 2006, nrs. 174, 198 en 201. Met betrekking tot het beperkte recht kan ik me in deze redengeving niet vinden. Meer daarover in par. 6.2.2 en 6.2.3.

'recht van toebehoren' worden.[80] Hij baseert zich hiervoor hoofdzakelijk op Eggens en diens opvatting dat als men een *beperkt recht* op een vorderingrecht kan vestigen, men er niet ontkomt aan het feit dat er ook een *(bloot-) eigendomsrecht* op dit vorderingsrecht moet bestaan, anders dan het bezwaarde vorderingsrecht zelf. De mogelijkheid om over de vordering te beschikken – aldus De Jong – en in het bijzonder om haar te bezwaren vooronderstelt dat we haar zien als een voorwerp. En de bevoegdheid om over een voorwerp te beschikken ligt in algemene zin besloten in de *eigendom (of het 'toebehoren') van* dat voorwerp.[81]

Mijns inziens neemt De Jong hier een zeer verrassende en onverwachte wending in zijn betoog.[82] In feite doet hij hier precies wat hij Van der Steur eerder verweet: het introduceren van een overbodige laag in het systeem. Men kan zich immers hier *evengoed* de vraag stellen die De Jong zich ten aanzien van het eigendomsrecht stelt: waarom zou de relatie tussen de schuldeiser en de vordering afzonderlijk als een (goederenrechtelijk) recht gekwalificeerd moeten worden?[83] Op deze vraag geeft De Jong geen (bevredigend) antwoord. De bevoegdheid om over een vorderingsrecht te beschikken vormt geen separaat recht, maar ligt besloten in dat vorderingsrecht zelf. Men pleegt hierbij te spreken van de *gerechtigdheid tot* het vorderingsrecht, dat wil zeggen de (goederenrechtelijke) bevoegdheden die uit het vorderingsrecht voortvloeien, de bevoegdheden tot bezwaring en overdracht van dat recht en het recht op onthouding van inmenging door derden in zijn verhouding tot de schuldenaar. Deze stelt men tegenover de *gerechtigdheid uit* het vorderingsrecht, dat wil zeggen de (verbintenisrechtelijke) bevoegdheden die uit het vorderingsrecht voortvloeien, bevoegdheden om de specifieke prestatie van de schuldenaar te vorderen. Het maken van dit onderscheid kan in bepaalde kaders inzichtelijkheid geven, maar dwingt – ook bij het vorderingsrecht – niet tot uitwerking van een algemeen 'recht van toebehoren' als separate begripslaag. Een dergelijk separaat begrip heeft geen meerwaarde.[84] De bevoegdheid om over een vorde-

---

80 De Jong, diss. 2006, nr. 194 e.v.

81 Idem, nr. 72. Zie voor een andere opvatting op dit punt – opmerkelijk genoeg – Van der Steur, p. 48 bovenaan en p. 53 onderaan. Van der Steur construeert namelijk wel weer een 'recht van toebehoren' op het vorderingsrecht en ziet dit dus merkwaardigerwijs als iets anders dan de 'eigendom van een vorderingsrecht'. Zie ook noot 17 en 22 hierboven.

82 "Een echt afscheid van het begrip van de onlichamelijke zaak" (opschrift nr. 199) kan men dit dan ook zeker niet noemen.

83 In nr. 186 stelt De Jong zich die vraag m.b.t. het eigendomsrecht: waarom zou de relatie tussen de eigenaar en het eigendomsrecht afzonderlijk als een (goederenrechtelijk) recht gekwalificeerd moeten worden? Ook m.b.t. het beperkte recht is hij van mening dat de relatie tussen beperkt gerechtigde en het beperkte recht beter te funderen is in dat recht zelf, zie nr. 100. Vgl. ook nr. 177 (bij noot 280).

84 Zie in deze zin Struycken, diss. 2007, p. 105-106. Zie bijv. ook al Land II (1901): "het dient tot niets, van eigendom van vruchtgebruik of van eene vordering te spreken" (p. 13) maar "het geeft aanleiding tot verwarring, als men van eigendom ook spreekt bij onlichamelijke zaken" (p. 114, zie ook noot 2 aldaar). Van der Steur schrijft hierover terecht (diss. 2003,

ringsrecht te beschikken is beter te funderen in dat recht zelf.[85] Volgens De Jong maakt een vorderingsrecht niet als zodanig deel uit van een vermogen, doch slechts als voorwerp van goederenrechtelijk toebehoren ('eigendom').[86] Mijns inziens valt echter niet in te zien waarom deze consequentie bij het vorderingsrecht – anders dan bij het eigendomrecht en bij de beperkte rechten – zou moeten worden getrokken. Het vorderingsrecht is een *vermogensrecht* in de zin van de artikelen 3:1 en 3:6 BW en vormt als zodanig – de term zegt het al – een onderdeel van het vermogen, een vermogensbestanddeel, gelijkwaardig aan eigendom en beperkte rechten. Meijers heeft destijds dan ook duidelijk in zijn Toelichting aangegeven dat de door hem in artikel 3:1 BW geïntroduceerde term goed (waaronder het vorderingsrecht zijnde een vermogensrecht) gelijk kan worden gesteld met het begrip vermogensbestanddeel.[87] De bezwaring van het vorderingsrecht met een beperkt recht zal hieraan niets kunnen veranderen.

6.1.2.3 Beperkt recht

De Jong verbaast zich in zijn dissertatie over de nevenschikking onder oud BW van de *(lichamelijke) zaak* en het *beperkte recht* (in oud BW terminologie doorgaans als 'zakelijk recht' aangeduid). Het beperkte recht vormde immers onder oud BW een 'onlichamelijke zaak' en kon daarmee – net als de lichamelijke zaak – dienen als het *voorwerp* van een eigendomsrecht.[88] Een dergelijke nevenschikking vindt men overigens ook terug in het huidig BW: de categorie van de zaken staat in artikel 3:1 BW immers nevengeschikt aan de categorie van de vermogensrechten – beide 'goederen' – en het beperkte recht is een voorbeeld van een dergelijk vermogensrecht. Tegelijkertijd kunnen beperkte rechten echter rechten zijn die *op* (lichamelijke) zaken rusten en het beperkte recht lijkt zich in *deze* zin – in de woorden van De Jong – begripsmatig eerder

---

p. 58) dat het toebehoren als het ware in het vermogensrecht zit verdisconteerd en dat het twee zijden van dezelfde medaille zijn, die men desondanks *kan* onderscheiden. Naar mijn mening is hiermee niet gezegd dat men het 'toebehoren' zou moeten 'expliciteren' tot een separaat begrip, hetgeen Van der Steur overigens wél en t.a.v. àlle vermogensrechten doet. Haar argumentatie hiervoor (diss. 2003, p. 54-55) houdt niet veel meer in dan dat men het onderscheid *kan* maken en dat het inzicht kan bieden, maar overtuigt mij er niet van een extra begripslaag van 'toebehoren' aan te nemen.

85 Deze opmerking maakt De Jong zelf t.a.v. het beperkte recht in nr. 100 van zijn dissertatie, zie hieronder noot 101. Ook Neppelenbroek (*NJB* 2006/32, nr. 1395) signaleert dat De Jong in het geval van het auteursrecht, net als bij het vorderingsrecht, precies datgene doet dat hij Van der Steur verwijt: een – in zijn woorden – 'onaannemelijke en nodeloos complicerende eigendomsdeken' over deze vermogensrechten heen leggen. W. Snijders (*WPNR 6689* (2006), p. 832) spreekt van een constructie die "net zo verwarrend is als het in de ogen van Meijers was om te spreken van eigendom van een vordering".

86 Idem, nr. 195.

87 TM op de begripsbepalingen van Boek 3 BW (Afd. 3.1.1), PG Boek 3 BW, p. 62.

88 De Jong, diss. 2006, nr. 7 e.v.

op hetzelfde niveau als de *eigendom* te bevinden. Dit nu is de bij de bespreking van het proefschrift van Van der Steur reeds genoemde bijzondere positie – door De Jong als 'dubbelzinnigheid' aangeduid – die de beperkte rechten in het geheel van goederen innemen: zij zijn zelf goederen en zij rusten tevens op andere goederen (zaken en vermogensrechten). Zij kunnen dus zelfs op andere beperkte rechten betrekking hebben. In Van der Steurs woorden: beperkte rechten zijn zelf goederen en hebben ook goederen als object.[89] Een vergelijkbare 'dubbelzinnigheid' bestaat volgens De Jong bij het eigendomsrecht zelf, wegens de gewoonte om het eigendomsrecht met zijn voorwerp – de zaak – te vereenzelvigen. Ik zal deze gedachte hieronder verder uitwerken.

Men kan zeggen dat onder oud BW het beperkte recht – als onlichamelijke zaak – aan de éne kant op gelijke hoogte stond met de (lichamelijke) *zaak*, beide als voorwerp van eigendom. Aan de àndere kant stond het echter op gelijke hoogte met de *eigendom,* beide als een recht dat *op* een (lichamelijke, maar ook onlichamelijke) zaak kon rusten. Ook de eigendom kon aan de éne kant – door vereenzelviging met zijn voorwerp – worden gelijkgesteld aan de (lichamelijke) *zaak*, maar aan de àndere kant kon eigendom worden beschouwd als een recht dat *op* een (lichamelijke, maar ook onlichamelijke) zaak kon rusten.

Men kan deze gedachte naar mijn idee evengoed uitwerken naar huidig BW. Op vergelijkbare wijze staat onder huidig BW immers het beperkte recht aan de éne kant – als vermogensrecht – op gelijke hoogte met de (lichamelijke) *zaak*, zijnde de twee nevengeschikte categorieën van goederen uit artikel 3:1 BW. Aan de àndere kant is het echter óók nu nog een recht dat *op* een (lichamelijke) zaak (maar ook op een vermogensrecht) kan rusten. Met betrekking tot de eigendom geldt onder huidig BW eveneens nog altijd dat deze énerzijds – door vereenzelviging met zijn voorwerp – gelijk kan worden gesteld aan de (lichamelijke) *zaak*, maar ànderzijds nog altijd een recht is dat *op* een (lichamelijke) zaak kan rusten.

Dit alles overziend kan men concluderen dat de énige verandering in het systeem het feit betreft dat de eigendom onder huidig BW niet meer op *onlichamelijke* zaken – ook wel vermogensrechten – kan rusten. Willen we desondanks toch een benaming geven aan de 'eigendom' van vermogensrechten dan zullen we hiervoor dus – indien überhaupt gewenst – een andere term, bijvoorbeeld het 'recht van toebehoren', moeten gebruiken. Het oud BW zou in die zin geen *grotere* verbazing moeten wekken dan het nieuw BW, of andersom. De bijzondere positie van het beperkte recht – desgewenst 'dubbelzinnigheid' te noemen – is gebleven. Sterker: die 'dubbelzinnigheid' is er in feite altijd geweest. Men kan zich mijns inzien dan ook afvragen of deze 'dubbelzinnigheid' niet inherent is aan de aard van het beperkte recht.

89 Zie noot 39.

In het kader van zijn overwegingen met betrekking tot het beperkte recht als onlichamelijke zaak en als voorwerp van een eigendomsrecht, besteedt De Jong ook enige aandacht aan het dogmatische karakter van het beperkte recht. De vraag of het beperkte recht op de *zaak* of op het *eigendomsrecht* op die zaak rust komt hierbij aan de orde. De Jong lijkt zich hier goed te kunnen vinden in de tweeledige karakterisering van het beperkte recht van Beekhuis. Aan de ene kant geeft het beperkte recht rechtstreekse bevoegdheden ten opzichte van zaak en kan men het dus als een *belasting van de zaak zelf* beschouwen. Anderzijds moet het beperkte recht toch ook worden gezien als een *belasting van het eigendomsrecht*. Op deze wijze is men in staat zowel de (ingeperkte) positie van de eigenaar als de zelfstandige bevoegdheid van de beperkt gerechtigde te verklaren. Het tweeledige karakter van het beperkte recht lijkt voorts een vanzelfsprekende consequentie te zijn van het dubbelzinnige karakter van de eigendom zelf, waarin eigendom en zaak met elkaar worden vereenzelvigd: door deze vereenzelviging moet men het beperkte recht zien als zowel een belasting van het eigendomsrecht als van de zaak als stoffelijk object.[90]

De Jong bespreekt ook de 'afsplitsingsmetafoor', waarbij de verkrijging van een beperkt recht voorgesteld wordt als de verkrijging van een deel van de bevoegdheden die eerder uitsluitend aan de eigenaar toekwamen, maar nu worden losgemaakt uit de eigendom en overgedragen aan de beperkt gerechtigde.[91] Dit is de beeldspraak van het beperkte recht als brokstuk van de eigendom, die impliceert dat de eigenaar deze bevoegdheden gedurende het bestaan van het beperkte recht kwijtraakt. Ook De Jong merkt op dat op deze voorstellingen – ondanks hun didactische kracht – veel valt af te dingen, onder andere het feit dat eigenaar lang niet altijd de 'overgedragen' bevoegdheden verliest. Van een dergelijke 'afsplitsing met privatief element' kan – anders dan wellicht bij het vruchtgebruik of de erfpacht – bij de erfdienstbaarheid bijvoorbeeld niet worden gesproken. Een hypotheekrecht kan op zijn beurt weer bezwaarlijk gezien worden als de overdracht van de bevoegdheid van een eigenaar om zijn zaak in het voorkomende geval executoriaal te verkopen. De bevoegdheden van de hypotheekhouder vormen weliswaar een verstrekkende beperking voor de eigenaar, maar ze bestaan omdat de wet ze aan het hypotheekrecht verbindt, niet omdat de eigenaar ze naar eigen inzicht van zijn eigendomsrecht heeft afgesplitst. Hij concludeert:

> "De wet kan aan een beperkt recht bevoegdheden toekennen, die enerzijds de eigenaar niet per se verliest en waarvan men anderzijds niet hoeft aan te nemen dat zij vóór de vestiging in de eigendom besloten lagen. De gedachte dat alleen bevoegdheden kunnen worden verkregen die de eigenaar zelf heeft, wordt echter wel in de hand gewerkt door hantering van de 'volume-metafoor', waarvan ook de wetgever zich lijkt te bedienen: eigendom wordt in het eerste lid van art. 5:1

90 De Jong, diss. 2006, nrs. 15-16.
91 Idem, nr. 17.

> omschreven als het "meest omvattende recht" dat iemand op een zaak kan hebben. En in verband met de mogelijkheid van de vestiging van een beperkt recht is het eigendomsrecht in de zin van art. 3:8 een "meer omvattend recht"."[92]

En:

> "De vestiging van een beperkt recht is een complexere figuur dan zich in termen van 'brokstukken' en 'afsplitsingen' laat beschrijven."[93]

Ook uit de in dit proefschrift besproken rechtsgeschiedenis is reeds gebleken dat het eigendomsrecht, of in ieder geval de uitoefening daarvan, in zekere zin wordt aangetast door de vestiging van een beperkt recht: vandaar dat de afsplitsingsterminologie telkens weer de kop op duikt. Tegelijkertijd lijkt men echter steeds wel in te zien dat de eigendom niet *daadwerkelijk*, in juridische zin, wordt aangetast of van karakter verandert. Dat zorgt ervoor dat men de afsplitsingsterminologie niet al te letterlijk mag nemen.[94] De Jong wijst een echte afsplitsing van het beperkte recht uit de eigendom dan ook van de hand.[95] Na deze afwijzing ziet hij – tegen de achtergrond van de gewoonte het eigendomsrecht met de zaak te vereenzelvigen – nog maar één andere manier waarop tot een voor de praktijk min of meer bevredigende bepaling van het begrip 'beperkt recht' en daarmee tot een bepaling van zijn plaats in het vermogensrecht kan worden gekomen: die van "een soort spontane vermenigvuldiging". Dit zijn de woorden die ooit door Rank-Berenschot[96] werden gebruikt bij de karakterisering van de vestiging van het beperkte recht, maar die door De Jong hier in het belachelijke worden getrokken door ze aan te duiden als een "variant op de wonderbaarlijke broodvermenigvuldiging"

---

92 Idem, nr. 18 slot.

93 Idem, nr. 19. Zie ook nr. 240: "De beperkte rechten vormen geen afsplitsingen van de eigendom en de optelsom van de beperkte rechten en de 'bloot' eigendom is niet gelijk aan de eigendom van een onbezwaarde zaak."

94 De achtergrond hiervan moet mede gezocht worden in de continentaal-Romeinsrechtelijke traditie die eigendom ziet als een ondeelbaar begrip, aldus De Jong in nr. 19.

95 Behalve in nr. 19 wordt ook in nr. 78 (t.a.v. het vruchtgebruik) duidelijk dat (ook) De Jong niet meent dat de beperking die de eigenaar door het bestaan van een beperkt recht ondervindt het gevolg is van het feit dat er bevoegdheden uit zijn eigendomsrecht zijn gesnoeid. Vgl. verder nog nr. 81 t.a.v. het pandrecht, waarbij geen principieel verschil bestaat.

96 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 106. Zij gebruikte deze term om daarmee de overheersende gedachte aan te duiden dat de vestiging van een beperkt recht niet leidt tot afsplitsing van een deel van het hoofdrecht, maar dat er veeleer met en door de vestiging van het beperkte recht een aantal bevoegdheden, soortgelijke als de hoofdgerechtigde heeft, aan de beperkt gerechtigde toevallen. Ik kan me bij deze gedachte heel goed aansluiten, maar acht de term 'spontane vermenigvulding' wel ongelukkig. Dit omdat men enerzijds bij de 'spontaniteit' van de vermenigvuldiging wel enige vraagtekens kan zetten – nu deze doorgaans berust op een op dit gevolg gerichte rechtshandeling van partijen – en omdat anderzijds de term 'vermenigvuldiging' in lijkt te houden dat slechts bevoegdheden kunnen ontstaan die er tevoren ook reeds waren.

en te betwijfelen of deze een plek dient te hebben in onze dogmatiek.[97] Deze laatste opmerking van De Jong komt mij nogal cru voor. Ook als twee partijen een overeenkomst met elkaar sluiten waaruit bepaalde verbintenissen voortvloeien (een overeenkomst tot koop, huur of wat dan ook), pleegt men immers niet te zeggen dat deze verbintenissen door een dergelijke "spontane vermenigvuldiging" tot stand komen. Niet valt in te zien waarom de bewuste gebruikmaking door eigenaar en beperkt gerechtigde van de door de wet geboden mogelijkheden tot vestiging van een beperkt recht wel zou moeten worden gekenschetst als een dergelijke "spontane vermenigvuldiging". Eerder lijkt men de vestiging van een beperkt recht, na afwijzing van de afsplitsingsmetafoor, met de Pandektisten te kunnen betitelen als de vestiging van een nieuw en eigensoortig recht dat een belasting vormt van eigendom en/of zaak.

In het Tweede deel van zijn dissertatie[98] komt De Jong tot een eigen (her)karakterisering van het beperkte recht. Volgens hem oefent de beperkt gerechtigde geen deel van de eigendomsbevoegdheden uit en verloopt de uitoefening van zijn bevoegdheden dan ook niet *via* het eigendomsrecht. Bovendien – zo houdt hij ons telkens voor – zal niemand betwisten dat het de beperkt gerechtigde steeds slechts te doen is om de zaak als stoffelijk object en niet zozeer om het eigendomsrecht, dat slechts een juridische entiteit is. Het hoeft de beperkt gerechtigde ook niet te interesseren bij wie de eigendom ligt, aangezien zijn recht zoals dat heet 'zaaksgevolg' heeft. Dit is naar de mening van De Jong zelfs het geval indien het eigendomsrecht zelf niet meer bestaat.[99] In de wettelijke omschrijvingen van de beperkte rechten wordt dit ook steeds duidelijk: die noemen de bevoegdheden die de beperkt gerechtigde in verhouding tot de *zaak*[100] toekomen, en reppen niet over het eigendomsrecht. De opvatting dat het beperkte recht een recht is dat rechtstreeks op de zaak rust, óók in het geval het een door een andere beperkt gerechtigde gevestigd beperkt recht betreft, lijkt verder in overeenstemming met de klassieke omschrijving van het beperkte recht als *ius in re aliena* een recht op andermans zaak. Slechts door vereenzelviging kan men in al deze gevallen zeggen dat het beperkte recht op het eigendomsrecht rust.

De beperkt gerechtigde, ongeacht of hij zijn recht ontleent aan de eigenaar of aan een andere beperkt gerechtigde, heeft een onmiddellijke heerschappij over de zaak en staat hierbij in directe concurrentie tot de andere gerechtigden

97 De Jong, diss. 2006, nr. 19.

98 Idem, nr. 77 e.v.

99 Dit standpunt onderbouwt hij in par. 11, waar hij bepleit dat een beperkt recht in beginsel op een zaak blijft rusten nadat de eigenaar afstand doet van het eigendomsrecht door derelictie in de zin van art. 5:18 BW, en in par. 12 met een beroep op de wettelijke regeling van de gevolgen van afstand en vermenging voor beperkte rechten die zijn gevestigd door andere beperkt gerechtigden.

100 Of, in geval het beperkte rechten zijn die op alle soorten goederen kunnen rusten, tot het aan de orde zijnde *goed* in het algemeen.

tot de zaak, waaronder met name de (bloot) eigenaar. De Jong erkent om eerdergenoemde redenen geen 'recht van toebehoren' dat betrekking heeft op het beperkte recht. De bevoegdheid van een beperkt gerechtigde om door de vestiging van een beperkt recht een ander ook in een onmiddellijke verhouding tot de zaak te brengen, is onder huidig BW beter te funderen in dat recht zelf.[101] De Jong erkent dan ook geen daadwerkelijke 'stapeling' van beperkte rechten, aangezien deze alle in een rechtstreekse betrekking tot de zaak staan. Zowel de afsplitsings- als de stapelingsmetafoor leiden zijns inziens dan ook tot blikveldvernauwing.[102]

In De Jongs optiek moet beperkte rechten in gelijke zin als eigendomsrechten worden gekwalificeerd als bestanddelen van het vermogen van de gerechtigde, en vormen *niet* de zaken waarop deze rechten rusten zijn vermogensbestanddelen.[103] Deze vaststelling is op zich goed te volgen en lijkt ook niet echt in te druisen tegen de algemeen heersende opvattingen. Hooguit zien anderen hier een 'recht van toebehoren' of een 'eigendomsrecht' op het beperkte recht als vermogensbestanddeel, maar slechts weinigen hebben naar mijn weten betoogd dat de zaak zelf en niet het beperkte recht hierop het daadwerkelijke vermogensbestanddeel vormt. De vaststelling is echter wél moeilijk te verenigen met zijn verhandelingen over het feit dat wie een beperkte recht aan een ander overdraagt daarbij – in gelijke zin als een eigenaar die zijn eigendomsrecht overdraagt – eigenlijk over *de zaak* beschikt, nu hij een ander hierdoor in een rechtstreekse verhouding tot die zaak brengt.[104] Het lijkt erg tegenstrijdig *het beperkte recht* als het vermogensbestanddeel te beschouwen, maar in het geval de gerechtigde dit beperkte recht aan een ander overdraagt te spreken van een beschikken over *de zaak*.

Wat De Jong hier in feite doet als hij zegt dat een beperkt gerechtigde die zijn recht aan een ander overdraagt over *de zaak* beschikt, is het beperkte recht – op gelijke wijze als dit bij het eigendomsrecht gebruikelijk is – *vereenzelvigen* met zijn onderwerp, de zaak. Deze vereenzelviging is, gezien zijn scherpe kritiek op Meijers – die volgens De Jong met de vereenzelviging van eigendom en zaak in artikel 3:1 BW zijn eigen systeem op losse schroeven heeft gezet – en vanwege het feit dat voor een dergelijke vereenzelviging in ons stelsel nauwelijks ruimte of aanleiding bestaat, hoogst opmerkelijk te noemen.

De zojuist besproken tegenstrijdigheid hangt nauw samen met het feit dat De Jong het beperkte recht *zelf* – net als het eigendomsrecht, dat immers ook een 'recht van (in beginsel geheel) toebehoren' is – in het Derde deel van zijn dissertatie uiteindelijk gaat karakteriseren als een 'recht van (gedeeltelijk)

101 De Jong, diss. 2006, nr. 100.
102 Idem, nrs. 108-110.
103 Idem, nr. 80.
104 Idem, nrs. 84 e.v.

toebehoren' van een zaak. Door het beperkte recht als een 'recht van toebehoren' te zien, ontstaat de neiging dit recht – net als bij het eigendomsrecht – te gaan vereenzelvigen met zijn object, de zaak. Ook indien men beschikt over zijn beperkte recht, dan beschikt men logischerwijze over datgene wat hem toebehoort. In De Jongs visie op het beperkte recht – als een vorm van toebehoren van een zaak – is dit de zaak zelf.

De verhoudingen die ontstaan door vestiging van beperkte rechten duidt De Jong aan als het "gedifferentieerd toebehoren van hetzelfde voorwerp", waarin de verhouding tussen eigenaar en beperkt gerechtigde altijd een afgeleide is van hun beider relatie tot de zaak.[105] Naar aanleiding hiervan stelt De Jong dat zowel eigendom als de beperkte rechten op een zaak *niet* als 'vermogensrechten' kunnen worden gekwalificeerd.[106] Zij moeten onder de overkoepelende term 'goederen' in de zin van artikel 3:1 BW dus tot de categorie van de 'zaken' worden gerekend.[107] Ook deze conclusie van De Jong komt neer op een vereenzelviging, niet alleen van *eigendom* en zaak – volgens De Jong een concessie van Meijers aan het spraakgebruik waartegen hij zich eerder hevig verzette – maar óók van *beperkt recht* en zaak.

De Jong komt onder andere op grond van deze karakterisering van het beperkte recht als 'recht van (gedeeltelijk) toebehoren' uiteindelijk tot een structuur van het goederenrecht in twee begripsmatige lagen, waarin hij – ondanks zijn neigingen tot vereenzelviging – een principieel onderscheid maakt tussen eigendom en zaak en tussen beperkt recht en zaak. Naar zijn mening dienen de goederenrechtelijke rechten als 'rechten van toebehoren' een afzonderlijke dogmatische status te hebben en daarmee op een ander begripsmatig niveau te worden geplaatst dan andere rechten. Hij onderscheidt hiertoe de laag van de *goederenrechtelijke rechten* of *'rechten van toebehoren'* (eigendom, overige volledige 'rechten van toebehoren' en beperkte rechten) en de laag van de *voorwerpen van recht* of *voorwerpen van toebehoren* (zaken, vorderingsrechten en overige vermogensrechten). Deze laatste laag vormt zijns inziens de categorie van de 'goederen' als bedoeld in artikel 3:1 BW; eigendom en beperkte rechten vallen derhalve *niet* in deze categorie en kunnen *niet* als 'goed' worden aangemerkt. Volgens De Jong bestaat een vermogen slechts uit goederenrechtelijke rechten. Deze – en niet hun voorwerpen van recht waarop artikel 3:1 BW betrekking heeft – vormen de onderdelen van iemands vermogen, de 'ver-

105 Zie hiervoor met name nrs. 174 en 201.

106 Idem, nr. 202. Wat betreft het eigendomsrecht kan ik me hierbij – zoals eerder reeds betoogt – aansluiten. Wat betreft de beperkte rechten acht ik dit echter een merkwaardige conclusie, die zich slecht met het stelsel van het BW en de opvattingen van Meijers laat verenigen (zie ook W. Snijders *WPNR 6689* (2006), p. 836).

107 Gaat het om beperkte rechten die niet op een zaak, maar op een vermogensrecht rusten, dan moeten zij uiteraard tot de categorie van de 'vermogensrechten' worden gerekend in de zin van art. 3:1 BW.

mogensbestanddelen'. De voorwerpen van recht zijn (zelf) dus geen vermogensbestanddelen, hetgeen volgens De Jong volgt uit het feit dat goederen het voorwerp kunnen zijn van de rechten van meerdere personen.[108]

De Jongs visie op de structuur van het goederenrecht laat zich als volgt in schema weergeven, met boven de streepjes de *goederenrechtelijke rechten* (de 'vermogensbestanddelen' dus) en eronder de *voorwerpen van die rechten* (de 'goederen'):

Eigendom	Overige volledige	Beperkte rechten
|	'rechten van toebehoren'	|
Zaken	|	Zaken, vorderings-
('stoffelijke goederen')	Vorderingsrechten	rechten en overige
	en overige	vermogensrechten
	vermogensrechten	('stoffelijke en
	('onstoffelijke goederen')	onstoffelijke goederen')

De Jong geeft aan met zijn systeem af te wijken van Meijers "normaaltypen"-leer, waarin alles wat 'recht' genoemd kan worden op *hetzelfde* niveau is gebracht en onderlinge verschillen slechts een kwestie van gradatie zijn.[109] Dit blijkt óók uit het feit dat eigendom en beperkte rechten in De Jongs systeem *niet* als 'goederen' kunnen worden aangemerkt, maar *wél* de 'vermogensbestanddelen' van iemands vermogen vormen. Meijers stelde immers met zoveel woorden zijn begrip 'goed' gelijk aan het begrip vermogensbestanddeel, als twee verschillende benamingen voor één en hetzelfde.[110] Men vergelijke hierbij ook de kritiek van W. Snijders[111] op De Jong. Hij vraagt zich af hoe in diens systeem nog te verklaren valt dat een schuldeiser zijn vorderingsrecht kan verpanden of in vruchtgebruik geven: op het 'recht van toebehoren' kan dit pandrecht of vruchtgebruik immers niet rusten, nu dat – als 'recht van toebehoren' – geen voorwerp van recht kan zijn. Op het voorwerp van recht (=het vorderingsrecht zelf) kan het echter ook niet rusten, nu dit niet in het vermogen van de schuldeiser valt: het is immers (zelf) geen vermogensbestanddeel. Toch lijkt dit laatste mij de bedoeling van De Jong te zijn.

Dezelfde begripsmatige moeilijkheid bestaat overigens bij de bezwaring van een zaak: nu die zaak zelf niet het vermogensbestanddeel van de eigenaar is, maar slechts het voorwerp van zijn 'recht van toebehoren' en eventueel de 'rechten van toebehoren' van anderen (waarmee de zaak aan meerdere gerechtigden *toebehoort*), valt lastig in te zien hoe hij die zaak toch kan bezwa-

108 Idem, m.n. het opschrift van nr. 202 en de nrs. 203 e.v..
109 Idem, nr. 202-203. Deze leer heeft Meijers met name in zijn *Algemene begrippen van het burgerlijk recht* uit 1948 vastgelegd.
110 TM op de begripsbepalingen van Boek 3 BW (Afd. 3.1.1), PG Boek 3 BW, p. 62.
111 *WPNR 6689* (2006), p. 836.

ren. Deze begripsmatige moeilijkheden vallen alleen nog op te lossen door eigendom en zaak (en in het vorige voorbeeld toebehoren en vorderingsrecht) met elkaar te *vereenzelvigen* – een praktijk waartegen de Jong zich heftig verzet. De claim van De Jong dat zijn systeem "herwonnen helderheid"[112] brengt, overtuigt hierdoor mijns inziens niet.

6.1.3 Struycken

6.1.3.1 Eigendom en zaak

Het lijvige proefschrift van Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*,[113] behandelt een heel breed goederenrechtelijk (en verbintenisrechtelijk) onderwerp: de herkomst, ratio en consequenties van het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. Het geeft op enkele plekken ook een visie weer op het systeem van het goederenrecht in zijn algemeenheid. Ook Struycken komt hierbij met een vernieuwde versie van enige van de wetsbepalingen die zien op de belangrijkste begrippen van het goederenrecht, die in logische zin en qua volgorde een verbetering ten opzichte van de huidige wetsbepalingen kan worden genoemd.[114] Ook het huidige artikel 3:1 BW krijgt een iets aangepaste formulering: *Goederen zijn zaken en de overige vermogensrechten*. De formulering wijkt af van die van Van der Steur (*Goederen zijn eigendomsrechten en andere vermogensrechten*). Struycken kiest er immers voor om vast te houden aan het gangbare spraakgebruik en de terminologische vereenzelviging van eigendomsrecht en zaak, dit ondanks het feit dat hij erbij aangeeft dat men zich af kan vragen of het verstandig is om die in de tekst van de wet te handhaven. Het voordeel van deze formulering boven die van Van der Steur is dat de aparte benoeming van de zaken (als zaken en niet als eigendomsrechten) in de omschrijving veel logischer voorkomt, een aparte benoeming die naar mijn mening overigens ook op zijn plaats is voor deze van oudsher bestaande 'spil van het goederenrecht' – zoals bekend voorheen ook *zaken*recht geheten. Bij Van der Steur komt het minder logisch voor één van de vele vermogensrechten, onder de naam eigendomsrechten, zo'n duidelijk aparte plek in de definitie te geven. En toch geeft Struycken met zijn definitie aan, net als Van der Steur, dat ook zaken in zekere zin als vermogensrechten te beschouwen zijn.[115]

---

112 De Jong, diss. 2006, opschrift nr. 206.

113 T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

114 Struycken, diss. 2007, p. 106-107.

115 Zie ook p. 99-100 waar hij schrijft dat " (…) de terminologische keuze van de wetgever tot vereenzelviging van het eigendomsrecht op een zaak met die zaak zelf, *niet* logischerwijs [noodzaakt] tot de conceptuele gevolgtrekking dat geen sprake meer is van een vermogensrecht."

6.1.3.2 Toebehoren

Struycken besteedt ook aandacht aan het begrip *toebehoren*. Hij leest hierbij Van der Steurs verhandelingen over *toebehoren* anders dan de meesten[116] en ziet in haar beschrijving – anders dan dat bij Van der Steur zelf naar voren lijkt te komen – geen werkelijk aparte, derde begripslaag. Naar zijn mening is bijvoorbeeld ook in haar opvatting het eigendomsrecht een *vorm* van toebehoren in plaats van dat het haar gaat om een (recht van) toebehoren *van* een eigendomsrecht.[117] In Van der Steurs verhandelingen is dit mijns inziens – en ook daarbij lijk ik me bij de meerderheid aan te kunnen sluiten – niet op die manier terug te vinden: het eigendomsrecht deelt zij immers in in haar tweede begripslaag van de vermogensrechten, waarna zij vaststelt dat *op grond van* de *toebehoren-laag* (een derde, hierboven liggende laag die dus kennelijk bepaalde bevoegdheden verschaft) het rechtssubject de bevoegdheid heeft te beschikken over het recht dat hem toebehoort,[118] een bevoegdheid die mijns inzien als intrinsiek onderdeel van het eigendomsrecht zelf moet worden gekarakteriseerd. Wat hier echter ook van zij, na het wegredeneren van de derde begripslaag komt Struycken wat dit punt betreft uiteindelijk op een vergelijkbaar resultaat uit als De Jong: eigendomsrecht en beperkte rechten zijn varianten van het gerechtigd zijn tot een rechtsobject.[119] Dit 'gerechtigd zijn' kan *toebehoren* worden genoemd, waarbij het toebehoren gelijk is aan het zijn van rechtssubject. Een goederenrechtelijk recht kan dan ook worden beschreven als de vermogensrechtelijke relatie tussen een rechtssubject en een rechtsobject.[120] Ze verschillen echter wél over de vraag waarop dit toebehoren precies betrekking heeft: waar Struycken het *toebehoren* als intrinsiek onderdeel ziet van de betrokken rechten om over *die rechten zelf* te beschikken, bepleit De Jong dat de hier genoemde rechten vormen van *toebehoren* zijn om over de *aan de rechten onderworpen zaak* te beschikken.

---

116 Waaronder De Jong (diss. 2006, nr. 181 e.v.), Verstijlen (*RM Themis* 2006, p. 270-275) en Neppelenbroek (*NJB* 2006/32, nr. 1395). Vgl. ook W. Snijders in *WPNR 6689* (2006), p. 831-836.

117 Struycken, diss. 2007, p. 104 noot 231.

118 Vgl. hiervoor Van der Steur, diss. 2003, p. 41 en de bespreking van Van der Steurs dissertatie in par. 6.1.1 hierboven. Ook op p. 19 vermeldde zij al dat niet het *eigendomsrecht*, maar het *toebehoren* van dit eigendomsrecht de mogelijkheid impliceert om over het vermogensrecht te beschikken. Zie verder nog bijv. p. 54 van haar dissertatie, waar zij aangeeft dat het naar haar mening nut heeft om het 'toebehoren' te *expliciteren*. Dit doet zij dan ook met de introductie van haar extra begripslaag.

119 Wat Struycken betreft geldt dit overigens ook voor vorderingsrechten, Struycken, diss. 2007, p. 105-106. Wat De Jong betreft echter niet, zie par. 6.1.2.2 hierboven bij noot 81.

120 Struycken, diss. 2007, p. 105-106.

6.1.3.3 Beperkt recht

In zijn vernieuwde versie van enige belangrijke begripsbepalingen uit het goederenrecht neemt Struycken de definitie van het beperkte recht van artikel 3:8 BW vrijwel ongewijzigd over.[121] Toch geeft hij op een andere plaats wel weer wat in zijn visie de achtergrond van dit artikel is. Hij legt ons hier de twee verschillende modellen voor die, aldus Struycken, bij de dogmatische analyse van de aard van een beperkt recht en de vestiging ervan sinds de 19e eeuw wedijveren om erkenning als de heersende: het 'afsplitsingsmodel' versus het 'afspiegelingsmodel'. In het 'afsplitsingsmodel' wordt de vestiging van een beperkt recht aangemerkt als de *afsplitsing* van een aantal bevoegdheden uit het moederrecht en de *overdracht* van die bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde:

> "Afsplitsing impliceert dat de afgesplitste bevoegdheden niet meer toekomen aan de moedergerechtigde; het beperkte recht is uit het moederrecht gesneden."[122]

Dit is het theorie van het beperkte recht als deel van de eigendom, waarvoor de beeldspraak van het eigendomsrecht als gelaagde taart kan worden gebruikt.[123] Hierin stelt een gehele taartpunt (met daarin alle lagen vertegenwoordigd) een aandeel in mede-eigendom voor; een taartpunt van slechts één of enkele lagen, of zelfs een hele laag van de taart kan dan doorgaan als beperkt recht.[124] Het is ook de zienswijze waar de Pandektisten zich zo hartgrondig en succesvol tegen hadden verzet.

In het 'afspiegelingsmodel' wordt de vestiging van een beperkt recht aangemerkt als de *toekenning* van bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde door de moedergerechtigde:

> "Deze toegekende bevoegdheden zijn gespiegeld aan de bevoegdheden van de moedergerechtigde en kunnen daarom niet ruimer zijn dan de bevoegdheden van de moedergerechtigde zelf. In het afspiegelingsmodel betekent de toekenning van bevoegdheden dat zij door de moedergerechtigde niet meer kunnen worden uitgeoefend. De moedergerechtigde heeft die bevoegdheden nog wel, maar ze zijn 'verlamd' door de toekenning ervan aan de beperkt gerechtigde."[125]

---

121 Idem, p. 106-107.
122 Idem, p. 362.
123 Zie ook hfdst. 1 par. 1.1 noot 9.
124 Deze beeldspraak voorziet overigens niet in de situatie dat het beperkte recht tot een einde komt en bloot eigendom weer vol wordt. Struycken zelf (p. 363) gebruikt dan ook een vergelijking met de druppels van een vloeistof die door de Van der Waalskrachten weer aangezogen worden.
125 Idem, p. 361.

In deze laatste theorie kan het bekende beeld van de elastieken bal model staan voor het eigendomsrecht waarop het beperkte recht drukt en die bij het wegvallen van (de druk van) dit beperkte recht zijn oorspronkelijke vorm automatisch herkrijgt.[126]

Het afspiegelingsmodel verschilt volgens Struycken daarin van het afsplitsingsmodel dat bij de eerste de bevoegdheden zoals die aan de beperkt gerechtigde zijn toegekend óók deel blijven uitmaken van het eigendomsrecht, al kan de eigenaar deze bevoegdheden zelf niet meer uitoefenen. Bij het afsplitsingsmodel is dit niet het geval. Toch blijft het (bloot-)eigendomsrecht zijn status van eigendomsrecht ook hier behouden. Het feit dat het eigendomsrecht zijn status behoudt, of, zoals in het afspiegelingsmodel, de toegekende bevoegdheden ook van het eigendomsrecht zelf deel uit blijven maken, noemt men de *elasticiteit* van het eigendomsbegrip. Hiervan kan gesproken worden omdat het begrip zo rekbaar is dat het van toepassing blijft wanneer de eigendomsbevoegdheden in meer of mindere mate aan andere, beperkt gerechtigden toekomen.[127] Deze elasticiteit past mijns inziens overigens het beste bij Struyckens afspiegelingsmodel, en in het algemeen met name goed bij een abstract eigendomsbegrip, waarin de eigendom iets *anders* is dan slechts een bundel samengevoegde bevoegdheden tot een zaak.[128]

Het afspiegelingsmodel – met zijn elastieken bal – past voorts goed bij het idee van het beperkte recht als belasting of bezwaring van de eigendom[129]: een last waarmee deze kan worden bezwaard en die erop drukt. Van de twee modellen ligt het óók het dichtste bij de opvatting van de Pandektisten van de vestiging van het beperkte recht als de vorming van een nieuw, eigensoortig en te voren niet bestaand recht op een zaak, dat zich kwalitatief van de eigendom onderscheidt. Toch brengt het afspiegelingsmodel van Struycken wel een duidelijke beperking aan dit nieuwe recht aan: de bevoegdheden vormen een 'afspiegeling' van het eigendomsrecht en kunnen daarmee slechts bevoegdheden bevatten die men ook in de eigendom terugvindt. Die conclusie volgt niet per se ook uit het Pandektistenmodel.[130]

---

126 Deze voorstellingswijze is afkomstig van Van Oven 1948, p. 60, maar komt ook voor bij Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 281 en Pitlo 1949, p. 149 en is tegenwoordig nog terug te vinden in Asser/Mijnssen-De Haan 2006, nr. 10. Zie ook hfdst. 1 par. 1.1 noot 11.

127 Struycken, diss. 2007, p. 362 noot 5.

128 Wiegand 1976 noemt de elasticiteit zelfs een gevolg van het abstracte eigendomsbegrip: doordat eigendom iets anders is dan de som van enkele bevoegdheden blijft immers de eigendom zijn status behouden als de uit de eigendom voortvloeiende bevoegdheden aan een ander worden toegekend. Opmerkelijk genoeg gebruikt hij bij deze constatering terminologie die sterk lijkt te duiden op een daadwerkelijke afsplitsing en overdracht van dergelijke bevoegdheden.

129 Of als bezwaring van de zaak zelf, als men de vereenzelviging van eigendom(-srecht) en zaak in gedachten houdt.

130 Zie hiervoor bijv. het in hfdst. 4 par. 4.1.1.2 door Dernburg genoemde voorbeeld van de *servitus altius non tollendi.*

Naar Struyckens mening ligt aan het huidig BW – ondanks dat de term 'afsplitsing' hierin niet voorkomt – het afsplitsingsmodel ten grondslag en moet de vestiging van een beperkt recht daarom worden beschouwd als de afsplitsing en de overdracht van een deel van de bevoegdheden van de gerechtigde die zijn recht met een beperkt recht bezwaart.[131] Hij baseert zich voor deze stelling onder meer op het feit dat daar waar het in de wet om de vestiging van beperkte rechten gaat, aansluiting gezocht wordt bij de begrippen overdracht en overdraagbaarheid: in lid 1 van artikel 3:81 BW en in de schakelbepaling 3:98 BW. Van groot gewicht acht hij verder de wettelijke omschrijving van het beperkte recht in artikel 3:8 BW. Daarin, en ook in lid 2 sub a van artikel 3:81 BW, worden de beperkte rechten aangeduid als rechten die zijn "afgeleid *uit*" een meeromvattend recht. Toegegeven, deze bewoordingen passen goed bij het afsplitsingsmodel en doen niet direct denken aan het beperkte recht als een *bezwaring* van de eigendom.[132] Toch zouden ze ook niet geheel misstaan bij het afspiegelingsmodel zoals Struycken ons dat heeft omschreven, waarbij de bevoegdheden een afspiegeling vormen van bevoegdheden die onderdeel uitmaken van het eigendomsrecht. Los daarvan is de omschrijving van artikel 3:8 BW – zoals ook Struycken constateert – verre van eenduidig te noemen: immers, direct op de bewoordingen "afgeleid *uit*" volgt immers terminologie die wel degelijk heel erg goed past bij het beperkte recht als een *bezwaring* van de eigendom:

> "Een beperkt recht is een recht dat is *afgeleid uit* een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is *bezwaard*."

Hiermee zijn derhalve twee tegenstrijdige zienswijzen in één omschrijving vervat. Die omschrijving drukt deze gedachten bovendien uit op een zodanige wijze dat ze elkaar als het ware doorkruisen: zij wekt de indruk dat het beperkte recht zou drukken op de plaats waar het tevoren reeds uit is afgeleid. Neemt men als voorbeeld het vruchtgebruik dan lijkt de definitie ertoe te leiden dat vruchtgebruik een recht is dat is afgeleid uit eigendom die is belast met vruchtgebruik, afgeleid dus uit bloot eigendom.[133] Dat dit niet de bedoeling van de omschrijving kan zijn is overigens duidelijk. Uit deze wettelijke omschrijving – waar Struycken groot gewicht aan toekent – kan dan ook geen enkele conclusie omtrent de aard van het beperkte recht worden getrokken. Dit moge eens te meer blijken uit hetgeen regeringscommissaris W. Snijders in dit kader over de omschrijving van artikel 3:8 BW op heeft gemerkt:

---

131 Struycken, diss. 2007, p. 363 e.v.

132 Afleiden *van* zou een veel neutralere aanduiding zijn van het feit dat de beperkt gerechtigde zijn bevoegdheden op enigerlei wijze aan de eigenaar ontleent.

133 Deze kritiek komt van Kisch. Volgens Kisch suggereert 'afleiden' een *horizontale* beweging, 'bezwaren' daarentegen een *verticale* richting. Zie ook Wery, *RM Themis* 1961, p. 80, die nog eens benadrukt dat het beperkte recht hier wordt afgeleid uit een ander recht waarop dat beperkte recht reeds in mindering is gebracht. Zie hiervoor ook hfdst. 1 par. 1.1.

> "Deze vage formule geeft globaal aan welke in de wet geregelde rechten als een beperkt recht kunnen worden beschouwd en is niet bedoeld om dogmatische discussies te beslechten."[134]

Ook de andere door Struycken genoemde wetsartikelen, artikel 3:81 en 3:98 BW kunnen diens conclusie niet dragen: inderdaad wordt daarin voor de vestiging van beperkte rechten aansluiting gezocht bij de overdracht of overdraagbaarheid van een goed, maar ook niet meer dan dat.

Betrekken we bij deze wetsartikelen hun parlementaire geschiedenis, dan blijkt ook die ons niet de benodigde helderheid te kunnen verschaffen over het dogmatische model dat ten grondslag ligt aan de vestiging van beperkte rechten. Allereerst bevatten de *Algemene begrippen* van Meijers weliswaar reeds veel terminologie van 'afsplitsing' en 'afscheiding' van beperkte rechten uit de eigendom, maar ook het hier moeilijk mee te verenigen beeld van de met een beperkt recht bezwaarde eigendom als ingedrukte elastieken bal (hier "elastische bal" genoemd) wordt door Meijers in dit werk gebruikt. Sterker nog, de beide tegenstrijdige beelden worden in dit voor zijn ontwerp van een nieuw Burgerlijk Wetboek zo belangrijke geschrift op een even merkwaardige wijze als in artikel 3:8 BW in één en dezelfde zin verenigd:

> "Zodra de druk van het afgesplitste recht [op de in de zin ervoor genoemde elastische bal, *toevoeging AFM*] ophoudt te werken, herneemt het recht, waarop de druk wordt uitgeoefend, weer zijn oorspronkelijke vorm en grootte."[135]

In de Toelichting van Meijers bij zijn ontwerp van artikel 3:8 BW (toen nog art. 3.1.1.7 geheten, maar in tekst gelijk) introduceerde Meijers het begrip 'beperkt recht'. Onder het Oude Burgerlijk Wetboek van 1838 bestond nog geen echt specifieke term voor deze rechten. Ze werden wel – om ze te onderscheiden van de eigendom – *overige* zakelijke rechten of *beperkte* zakelijke rechten genoemd.[136] De Raad van State achtte de introductie van het begrip 'beperkt recht' dan ook een "verrijking der wetstaal, welke deze op menig gebied aan bruikbaarheid doet winnen, en tevens een aanwinst als werkbegrip."[137] De Toelichting van Meijers bevat over dit nieuwe begrip de volgende passages:

> "Het begrip beantwoordt aan het oude *ius in re aliena*, mits men onder *res* dan ook de *res incorporales* begrijpt. De beperkte rechten zijn afgesplitste rechten, (…). (…), bij een beperkt is één hoofdrecht aanwezig, waarvan het beperkte recht is afgezon-

134 *WPNR 6689* (2006), p. 835.
135 Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 281.
136 Men bedenke zich hierbij dat de term 'zaak' onder oud BW veelal gebruikt werd in de ruime betekenis die de huidige term 'goed' heeft.
137 PG Boek 3 BW, p. 62.

> derd en hetwelk bij het wegvallen van het beperkte recht weer zijn volle inhoud verkrijgt."[138]

Hier wordt vrij expliciete 'afsplitsingsterminologie' gebruikt ("beperkte rechten zijn afgesplitste rechten"; het beperkt recht is "afgezonderd van het hoofdrecht"). Tegelijkertijd wordt echter aangegeven dat het begrip beperkt recht beantwoordt aan het oude *ius in re aliena*[139], een (goederenrechtelijk) recht of last die rust op andermans zaak (*res corporalis*) of andermans recht (*res incorporalis*). Deze laatste terminologie heeft immers weer veel minder weg van een afsplitsing en overdracht van een deel van het eigendomsrecht, en veel meer van een belasting van de eigendom of de zaak van een ander. Ook de verwijzing naar de elasticiteit van de eigendom ten slotte ("hoofdrecht, hetwelk bij het wegvallen van het beperkte recht weer zijn volle inhoud verkrijgt") past als gezegd veel beter bij een eigendomsbegrip waarin de eigendom iets *anders* is dan slechts een bundel samengevoegde bevoegdheden tot een zaak waaruit men desgewenst bevoegdheden kan afsplitsen en overdragen in de vorm van een beperkt recht.

Overigens verdient opmerking dat in het algemene gedeelte van de latere parlementaire toelichting op de vermogensrechtelijke begripsbepalingen van afdeling 3.1.1 BW – in antwoord op kritiek van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer op de leerstellige indruk die deze afdeling maakt – de volgende opmerkelijke mededeling wordt gedaan over het karakter van deze begripsbepalingen, waar ook artikel 3:8 BW onderdeel van uitmaakt:

> "De regeringscommissaris[140] geeft te kennen dat hier geen sprake is van "definities" in de eigenlijke zin van het woord. Men vindt hier geen wetenschappelijk verantwoorde omschrijvingen maar een aantal begripsbepalingen die uit een oogpunt van wetstechniek noodzakelijk zijn."[141]

Men kan zich mijns inziens overigens afvragen of dergelijke begripsbepalingen niet méér ten uitdrukking zouden moeten brengen dan slechts de wetstechniek vereist. Duidelijk wordt in ieder geval echter eens te meer dat men aan de omschrijving van het beperkte recht in de wet geen vergaande conclusies mag verbinden.

---

138 TM bij art. 3:8 BW, PG Boek 3 BW, p. 93. Het is mij niet duidelijk waarom Struycken (p. 364) vermeldt dat deze Toelichting door het driemanschap is geschreven. Het ontwerp met toelichting van de eerste vier boeken voor het NBW is immers door Meijers zelf opgesteld en nog kort voor zijn dood in 1954 ingediend.

139 Hetgeen overigens een minder historische term is dan de taal van de benaming wellicht doet vermoeden: Feenstra 1979 (*Jus in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*) en ook Feenstra 1994, p. 82-83.

140 Bedoeld is regeringscommissaris voor de Boeken 3, 5 en 6 BW W. Snijders, zie PG Boek 3 BW, p. X.

141 M.O. (1976), PG Boek 3 BW, p. 62-63.

Op sommige plekken wordt in de Toelichting Meijers daadwerkelijk verwezen naar de vestiging van een beperkt recht als *overdracht* van een deel van (de bevoegdheden van) de eigendom, bijvoorbeeld in de toelichting op de uiteindelijke schakelbepaling 3:98 BW:

> "De vestiging van een beperkt recht kan als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit dat recht worden beschouwd. In verband daarmede zijn de voorschriften betreffende de overdracht van rechten ook op de vestiging van die rechten toepasselijk verklaard."[142]

En in de Toelichting op artikel 3:81 BW ten aanzien van het vereiste van overdraagbaarheid van een goed bij de vestiging van een beperkt recht op dat goed:

> "Vestiging van een beperkt recht is een beschikken over een gedeelte van de bevoegdheden, die aan hem, die het recht vestigt, toekomen. Mitsdien moet degene die een beperkt recht vestigt, de bevoegdheid hebben over zijn recht te beschikken, m.a.w. zijn recht moet overdraagbaar zijn."[143]

Bij de Algemene opmerkingen over Boek 5 wordt in de Toelichting Meijers[144] ten aanzien van het prioriteitsbeginsel – dat oudere beperkte rechten in geval van botsing voorrang geeft boven jongere – vermeld dat deze regel:

> "(…) in het bestaande recht erkend [wordt] en (…) wel [wordt] gebaseerd op het beginsel, dat niemand meer recht kan verlenen dan hij zelf heeft. Het is niet nodig geoordeeld de bedoelde regel uitdrukkelijk in het ontwerp neer te leggen, aangezien het ontwerp de vestiging van een zakelijk recht ziet als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijk recht; (…). Degene die het oudere recht kreeg, kan derhalve aan de verkrijger van het jongere recht tegenwerpen, dat hij die dit laatste recht vestigde, niet beschikkingsbevoegd was met betrekking tot die bevoegdheden, welke hij bij vestiging van het eerste recht overdroeg."[145]

Deze opmerking, waarin ter onderbouwing van de prioriteitsregel een beroep wordt gedaan op het *nemo plus*-beginsel, verdient nadere aandacht. Allereerst kan men twee verschillende situaties onderscheiden. De eerste ziet op beperkte rechten die als inhoud hebben een bevoegdheid die probleemloos in concurrentie met een ander beperkt recht kan worden uitgeoefend. Twee verschillende

---

142 TM bij art. 3:98 BW, PG Boek 3 BW, p. 404.
143 TM bij art. 3:81 BW, PG Boek 3 BW, p. 309.
144 Deze Toelichting Meijers werd wel door het driemanschap Drion-Eggens-De Jong geschreven, op basis van door Meijers achtergelaten concepten waar echter 'op tamelijk ingrijpende wijze' veranderingen in zijn aangebracht, zie de aanbiedingsbrief bij het Ontwerp van Boek 5 BW, PG Boek 5 BW, p. 1.
145 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 4.

buurmannen hebben ieder voor zich een beperkt recht dat hen de bevoegdheid geeft over de grond van een derde buurman hun achtertuin te betreden (een erfdienstbaarheid dus). Nadat de derde buurman de eerste buurman zijn beperkte recht heeft verleend, is hij niet beschikkingsonbevoegd geworden om de tweede buurman dezelfde bevoegdheid te verlenen. Hij is die bevoegdheid niet verloren: hij mag immers ook nog steeds zélf over zijn grond lopen. De tweede buurman hoeft ook niet de eerste buurman voorrang te verlenen in het hypothetische geval dat hij deze treft op precies hetzelfde tijdstip als hij zelf van zijn recht gebruik wil maken. Hun rechten zijn in die zin gelijkwaardig te noemen. Een wellicht nog treffender voorbeeld is een erfdienstbaarheid van uitzicht. Indien een dergelijk recht aan twee verschillende buurmannen van de eigenaar van het dienende erf is verleend, zitten deze rechten op uitzicht elkaar geenszins in de weg. De één heeft niet meer of eerder recht op uitzicht dan de ander. Kortom: deze rechten komen niet daadwerkelijk met elkaar in botsing en vallen buiten het onderwerp dat in de Algemene opmerkingen over Boek 5 wordt besproken.[146] Dat kan ook al worden opgemaakt uit de aanvang van de desbetreffende tekst uit de Toelichting Meijers, die als voorwaarde voor de werking van de prioriteitsregel stelt dat de desbetreffende zakelijke rechten met elkaar in botsing komen.

Dan rest ons nog een tweede situatie: die waarin de eigenaar achtereenvolgens twee beperkte rechten heeft verleend die *niet* geheel tegelijkertijd kunnen worden uitgeoefend door twee verschillende gerechtigden. Men denke bijvoorbeeld aan (botsende) rechten van vruchtgebruik[147] en/of erfpacht, twee rechten van pandrecht of een samenloop van een recht van hypotheek met een recht van erfpacht.[148] In een dergelijk geval bepaalt de anciënniteit van de rechten welk recht met voorrang op het andere mag worden uitgeoefend. Als daar ook maar enige mogelijkheid toe bestaat, namelijk indien het oudere recht daarvan geen belemmering (meer) ondervindt, kan echter ook het andere recht worden uitgeoefend. Dit kan in de hierboven genoemde gevallen bijvoorbeeld aan de orde zijn bij een verschil in tijdsduur of precieze inhoud tussen de twee rechten van vruchtgebruik of erfpacht, indien bij executie na voldoening van de oudste pandhouder nog opbrengst resteert voor de jongere pandhouder of gedurende de tijd dat er geen executie op grond van het eerder dan de

146 Vgl. over dit punt Zwalve (*MvV* 2008/9, p. 198), die erop wijst dat de niet zelden als algemene regel geponeerde stelling dat bij goederenrechtelijke subjectieve rechten het oudere recht vóór het jongere gaat, *niet* van toepassing is op erfdienstbaarheden. In het Romeinse recht was hier sprake van een gemeenschap tussen *gelijkgerechtigden* en werd de uitoefening van hun bevoegdheden in eerste instantie bepaald door hetgeen zij daaromtrent hebben afgesproken, evenals bij mede-eigenaren het geval is.

147 Een gezamenlijk vruchtgebruik ten behoeve van twee of meer personen valt buiten deze situatie.

148 Hierbij moet bedacht worden dat het standaardpraktijk is in een hypotheekakte op te nemen dat door de eigenaar van een verhypothekeerd goed geen recht van erfpacht mag worden gevestigd zonder toestemming van de hypotheekhouder.

erfpacht verleende hypotheekrecht plaatsvindt. Het jongere beperkte recht komt derhalve geldig tot stand, ondanks de 'beperkte beschikkingsbevoegdheid'. Ook hier is de hoofdgerechtigde *niet* beschikkingsonbevoegd geworden om een beperkt recht te verlenen, maar kan de onverenigbaarheid van gelijktijdige uitoefening met het eerder gevestigde beperkte recht wel tot andere consequenties leiden op grond van anciënniteit. Het is mijns inziens dan ook de vraag of de rechtvaardiging van de prioriteitsregel met een beroep op de constructie van de vestiging van een beperkt recht als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijk recht en het hieruit voortvloeiende gebruik van de term beschikkingsonbevoegdheid wel zo op zijn plaats zijn. Opvallend is dan ook dat in de bepaling die in bepaalde gevallen wél bescherming biedt aan de verkrijger te goeder trouw van een beperkt recht op een al eerder bezwaarde (roerende) zaak (artikel 3:86 lid 2 jo. 3:98 BW) met geen woord over eventuele 'beperkte beschikkingsbevoegdheid' gesproken wordt. Dit terwijl in het eraan voorafgaande lid 1 – dat dezelfde ratio voor bescherming kent als lid 2[149] – de (volledige) beschikkingsonbevoegdheid het uitdrukkelijke genoemde gebrek vormt waartegen bescherming wordt geboden.[150]

Vast staat in ieder geval dat de Toelichting Meijers met behulp van de afsplitsingsmetafoor de prioriteitsregel heeft willen rechtvaardigen. Het feit dat die – niet expliciet in de wet opgenomen – regel in voorkomende gevallen geldt, is echter onbetwist en kan bovendien op andere gronden worden gerechtvaardigd dan op grond van het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid. De prioriteitsregel kan bijvoorbeeld heel goed gegrond worden op het absolute karakter van het beperkte recht, dat elke derde – ook de hoofdgerechtigde en de tweede beperkte gerechtigde – ertoe dwingt dit recht in acht te nemen en hun derhalve slechts toestaat een tweede beperkt recht op hetzelfde goed te vestigen met eerbiediging van het eerste. Welbeschouwd heeft de prioriteitsregel dan ook weinig te maken met het *nemo plus*-beginsel.[151]

De algemeen overheersende indruk blijft bovendien sterk aanwezig dat Meijers op dit punt geen dogmatische zuiverheid heeft nagestreefd, maar zich voor

149 PG Boek 3 BW, p. 324 jo. 322 en 323.

150 Ook opvallend is het feit dat deze bescherming ertoe leidt dat het eerder gevestigde beperkte recht komt te *vervallen*, aldus het door art. 3:98 BW van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 3:86 lid 2 BW, dat eigenlijk ter bescherming van de verkrijger van de bezwaarde roerende zaak zelf is geschreven. Verdedigbaar is evenwel dat hier moet worden volstaan met een rangwisseling (vgl. Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 397-398; Hijma/Olthof 2008, nr. 240). Vgl. ook art. 3:238 lid 2 BW m.b.t. een pandrecht op een reeds bezwaarde roerende zaak en de toelichting hierbij in PG Boek 3 BW, p. 754.

151 Vgl. in dezelfde zin Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 390. Zie ook p. 48 waar opgemerkt wordt dat de regel dat men niet meer rechten kan verlenen dan men zelf heeft (*nemo plus*-regel) tekort schiet als verklaring voor het prioriteitsbeginsel: volgens H.J. Snijders wordt daar waar meerdere beperkte rechten op een goed denkbaar zijn, hun rang bepaald door hun anciënniteit en biedt de *nemo-plus* regel hiervoor geen grondslag.

de beperkte rechten vooral bij voor andere gevallen geldende rechtsregels heeft willen aansluiten omwille van eerdergenoemde 'wetstechniek', omwille van praktische eenvoud en duidelijkheid. Hij gebruikt het beeld van de vestiging van het beperkte recht als overdracht van bevoegdheden uit het hoofdrecht – zoals hierboven aan de orde is gekomen – als hulpmiddel om de regels van levering van goederen van overeenkomstige toepassing te (kunnen) verklaren op de vestiging van een beperkt recht op die goederen, om ook bij de *vestiging* van een beperkt recht de eis van overdraagbaarheid te (kunnen) stellen en om de prioriteitsregel van een rechtvaardiging te voorzien. Daar is niets mis mee; de vraag is echter of Meijers echt van mening was dat de vestiging van een beperkt recht de overdracht van een deel van het hoofdrecht inhield of dat hij slechts bij dit beeld aansloot en er gebruik van maakte als hulpmiddel van wetstechniek zonder dit per se als een waarheidsgetrouwe weergave van de situatie te bestempelen. Het is maar de vraag of hij überhaupt wel in die dogmatische vraag heeft willen treden. Uit de parlementaire geschiedenis op het hier besproken punt komt een sterk vermoeden naar voren dat hij dit bij zijn ontwerp van een nieuwe BW-tekst juist *niet* wilde doen.[152]

Later in de parlementaire geschiedenis is overigens nog duidelijk rekenschap gegeven van het feit dat het beperkte recht geen daadwerkelijke *overdracht* van een deel van de eigendomsbevoegdheden behelsde. Dit gebeurde in een reactie op door enkele leden van de Tweede Kamer geuite kritiek op de definitie van (het latere) artikel 3:8 BW. Deze kritiek hield het volgende in:

> "De definitie van artikel 7 [=3:8 BW] is verre van onberispelijk. De term 'afgeleid' doet denken aan een derivatieve rechtsverkrijging, terwijl toch ook van originaire rechtsverkrijging sprake kan zijn, namelijk wanneer het beperkte recht door verkrijgende verjaring ontstaat. Bovendien is de aanduiding 'meer omvattend' overbodig. Uit het verband van de tekst blijkt immers, dat er bevoegdheden overblijven nadat het beperkte recht uit het andere is afgeleid. De hierbedoelde leden gaven ter ondervanging van deze bezwaren de voorkeur aan deze tekst: 'Een beperkt recht is een recht, dat is losgemaakt uit een ander recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard'."[153]

Hoewel de kritiek van de leden en de door hen geopperde oplossing mij niet kraakhelder voorkomen, is de reactie van de minister op de kritiek dit wel:

152 Meijers stond ook bekend om zijn afkeer van een hoog dogmatisch gehalte van begripsvorming in het recht en stond een doelmatigheid van begrippen voor een bevattelijke weergave van de inhoud der rechtsregels voor. Zijn dissertatie (*Dogmatische rechtswetenschap*) en zijn in noot 135 genoemde *Algemene begrippen* mogen hiervan de belangrijkste getuigen zijn. Zie R. Feenstra, 'Meijers, Eduard Maurits (1880-1954)', in Biografisch Woordenboek van Nederland (te raadplegen via de website van het Instituut voor Nederlandse Geschiedenis: www.historici.nl) en Langemeijer in *RM 1950*, p. 132-148.

153 V.V. II (1958) bij artt. 3:7 en 3:8 BW, PG Boek 3 BW, p. 92.

> "De ondergetekende kan deze bezwaren niet delen. De omschrijving 'afgeleid uit een meer omvattend recht' geeft een juist inzicht in de betekenis van de terminologie dat het (hoofd)recht met het beperkte recht '*bezwaard*' is. Het ontstaan van een beperkt recht – door vestiging of op andere wijze – heeft immers tot gevolg dat aan de beperkt gerechtigde een aantal van de bevoegdheden toekomen, die aanvankelijk *uitsluitend* tot het recht van de hoofdgerechtigde behoorden, of althans dat de hoofdgerechtigde ten behoeve van de beperkt gerechtigde in *de uitoefening van een aantal van deze bevoegdheden wordt beperkt*. Worden de betreffende bevoegdheden weer onbeperkt in de hand van de hoofdgerechtigde verenigd b.v. doordat van het beperkte recht afstand wordt gedaan, dan *herwint* het hoofdrecht weer zijn *oorspronkelijke, onbezwaarde vorm*. Naar het oordeel van de ondergetekende wordt de term 'afgeleid' hier niet gebezigd in een betekenis die uitsluitend doet denken aan derivatieve rechtsverkrijging. Ook wanneer het beperkte recht ontstaat door verjaring is het in de zin van dit artikel uit het oorspronkelijke recht afgeleid. Wat de door de Commissie geopperde term '*losgemaakt*' betreft, deze term *duidt naar de mening van de ondergetekende te veel in de richting van een materiële afscheidingshandeling*. Het beperkte recht zal echter in de regel ontstaan door een rechtshandeling (vestiging). Ontstaat het b.v. door verjaring, dan is daartoe wel vereist dat de beperkt gerechtigde gedurende een zekere tijd bezitter van het beperkte recht is geweest, maar *ook dan is* op het tijdstip dat het beperkte recht ontstaat – dat van het intreden van de verjaring – *van enige 'losmaking'* in boven vermelde zin *geen sprake*."[154] (cursiveringen toegevoegd)

Volgens de minister duidt de term 'afgeleid' dus geenszins op een 'afsplitsingsmodel'. Integendeel zelfs, hij acht het een juiste term om aan te duiden dat het hoofdrecht door het beperkte recht *bezwaard* is. Kortom: hij ziet in de definitie van artikel 3:8 BW geen tegenstrijdigheden, maar meent dat àlle elementen uit die definitie daarentegen duiden op de voorstellingswijze die het beperkte recht ziet als een bezwaring van het hoofdrecht en niet overeenstemt met de afsplitsingsmetafoor. Hij omschrijft het gevolg van het ontstaan van een beperkt recht dan ook zó dat daardoor aan de beperkt gerechtigde bepaalde bevoegdheden toekomen die nu niet meer *uitsluitend* tot het hoofdrecht behoren, maar *óók* tot het beperkte recht. Althans – zo stelt hij – wordt in ieder geval de uitoefening door de hoofdgerechtigde van een aantal bevoegdheden die tot het hoofdrecht behoren door het onstaan van het beperkte recht *beperkt*. In beide gevallen blijven de bevoegdheden – anders dan in het afsplitsingsmodel – dus óók behoren tot het hoofdrecht. Ten slotte wijst de minister met zoveel woorden de afsplitsingstheorie van de hand door te stellen dat de term 'losmaking' niet op zijn plaats is, nu die te veel in de richting van een materiële afscheidingshandeling neigt, en van enige 'losmaking' in deze zin geen sprake is, niet bij de vestiging en ook niet bij het ontstaan van een

154 MvA II (1971) bij de artt. 3:7 en 3:8 BW, PG Boek 3, p. 92-93. Dit stuk werd voorbereid onder leiding van G.E. Langemeijer, regeringscommissaris voor Boek 3, wiens taak eind 1971 officieel door W. Snijders (die hem al sinds 1965 bijstond) werd overgenomen.

beperkt recht door verjaring. Veel duidelijker dan hier verwoord kan men zich het niet wensen.

Nog later in de parlementaire geschiedenis, in het eindverslag van de Eerste Kamer, gaat regeringscommissaris W. Snijders in op de goederenrechtelijke constructie van het voorbehoud van een beperkt recht bij de overdracht van een goed:[155]

> "In het Nieuw B.W. geldt op dit punt het volgende. In een geval als het onderhavige kan wel overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht plaatsvinden, maar slechts indien zowel aan de eisen voor de levering van het goed als aan die voor de vestiging van het beperkte recht is voldaan. Een beperkt recht kan immers niet dan op de in de wet geregelde wijzen tot stand komen, waarvan hier slechts vestiging overeenkomstig artikel 3.4.2.11 [=3:98 BW] in aanmerking komt; (…)"[156]

Snijders verwijst aansluitend naar de door het driemanschap geschreven Toelichting Meijers op Boek 5 BW waarin wordt medegedeeld dat het

> "niet nodig [is] geoordeeld om naast de vestiging van beperkte zakelijke rechten ook het ontstaan daarvan door voorbehoud bij overdracht van eigendom te regelen. Immers, indien b.v. een verkoper zich in de akte een recht van erfdienstbaarheid op het verkochte perceel voorbehoudt, betekent dit dat bij inschrijving van die akte tegelijkertijd de eigendomsoverdracht aan de koper en de vestiging *door de koper* van een erfdienstbaarheid op de gekochte zaak plaats vindt."[157] (cursivering toegevoegd)

In deze passages wordt tot uitdrukking gebracht dat een beperkt recht slechts op de in de wet geregelde wijzen tot stand kan komen. Men kan hierbij denken aan totstandkoming door verjaring, eventueel door substitutie, maar bij het voorbehoud van een beperkt recht komt slechts in aanmerking een totstandkoming door *vestiging*. De voorbehouds-constructie is dus geen aparte ontstaanswijze van een beperkt recht, maar slechts een bijzondere vorm van de vestiging van een beperkt recht, te weten de verlening aan *een ander* van een recht op een goed door de eigenaar van dat goed. Hiermee in overeenstemming, maar niettemin zeer opvallend is dat in het tweede citaat vermeld wordt dat een vestiging door voorbehoud leidt tot een gelijktijdige eigendomsoverdracht aan de koper en vestiging van het beperkte recht *door de koper*. Indien het voorbehouden beperkte recht immers door de koper wordt gevestigd, kan het niet door de verkoper van de (volle) eigendom worden afgesplitst op het moment dat hij de eigendom aan de verkoper overdraagt. Er is dan geen

155 Hij doet dit aan de hand van een hem gestelde vraag over HR 7 feb. 1979, *NJ* 1979, 551 m.n. WMK.
156 Eindverslag I (1979) bij 3:98 BW, PG Boek 3, p. 407.
157 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 4 onder punt 7.

sprake van de overdracht van *bloot* eigendom. Wil de koper immers het beperkte recht kunnen vestigen, en dus over het goed kunnen beschikken, dan zal hij daarvoor (al is het een ondeelbaar moment in de tijd[158]) de (volle) eigendom van het goed in handen moeten hebben. Deze zienswijze verdraagt zich bovendien niet met de afsplitsingsgedachte, die daarmee ook aan dit deel van de parlementaire geschiedenis *niet* ten grondslag lijkt te hebben gelegen.

Bij het voorbehoud van een beperkt recht bij de overdracht van een goed moeten dus zowel de eisen voor de overdracht van het goed als die voor de vestiging van het beperkte recht in acht worden genomen.[159] Hiervoor vermeldt Snijders aansluitend nog een tweede redengeving:

> "Dat mede aan de eisen voor de vestiging van het beperkte recht moet zijn voldaan, uit zich hier immers uiteindelijk hierin dat de overdracht met voorbehoud van een beperkt recht tot twee onderscheiden inschrijvingen in de openbare registers leidt. Een ander stelsel zou de overzichtelijkheid en daarmee de bruikbaarheid van de registers voor het publiek in gevaar brengen."

Dan echter vervolgt hij zijn betoog over de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht, en neemt het geheel een andere wending:

> "Dit stelsel, (…), houdt niet in dat de verkrijger van de blote eigendom van een zaak geacht moet worden eerst de volle eigendom te hebben verkregen en daarna een vruchtgebruik te hebben gevestigd. Het komt er in tegendeel op neer dat de overdracht onder voorbehoud van het vruchtgebruik, het rechtsgevolg heeft van een overdracht van de blote eigendom, maar geschiedt in de vorm van levering van de zaak met gelijktijdige vestiging van vruchtgebruik."

Volgens Snijders moet voor de beoordeling van de eis van beschikkingsbevoegdheid dan ook gekeken worden naar de beschikkingsbevoegdheid van degene die de zaak onder voorbehoud van het vruchtgebruik overdraagt. Hij vervolgt:

> "De vestiging is slechts nodig om het vruchtgebruik als afzonderlijk recht van de volle eigendom af te splitsen, zodat het in het vermogen van de vervreemder kan

158 Zie hiervoor ook de gedachte van de 'samenval van rechtsmomenten' van Eggens, genoemd in hfdst. 3 par. 3.1.2.2 noot 17.

159 Een aanvulling met deze strekking is naar aanleiding van deze opmerkingen van W. Snijders later ook in de tekst van de wet (art. 3:81 lid 1 BW tweede zin) opgenomen, zie M.v.T. Inv. (1982) bij art. 3:81 BW, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1195-1196. Ook de Kadasterwet is hierop aangepast in die zin dat hierin is vermeld (art. 24 lid 4 tweede zin Kad.w.) dat bij overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht in beginsel voor de overdracht en de vestiging één akte ter inschrijving mag worden aangeboden, maar voor dat geval wordt verlangd dat in de akte van overdracht de vestiging van het beperkte recht afzonderlijk en duidelijk wordt vermeld, bij gebreke waarvan de inschrijving van het stuk geacht wordt niet mede het beperkte recht of het beding van voorbehoud te betreffen. In dat laatste geval vindt dan dus een overdracht van een *on*bezwaarde hoofdrecht plaats.

> blijven; zie voor de term 'afsplitsing' de toelichting van Meijers bij artikel 3.1.1.7 [=3:8 BW], blz. 167. Het is niet de bedoeling dat het vruchtgebruik – anders dan partijen beogen – het vermogen van de verkrijger passeert. Heeft de verkrijger wellicht niet de vrije beschikkingsmacht over zijn goederen, dan behoeft dit dus aan de totstandkoming van het voorbehouden vruchtgebruik niet in de weg te staan. Dit alles laat zich aldus samenvatten dat ten opzichte van de twee (…) tegenover elkaar gestelde oplossingen [bedoeld wordt hier dus: voorbehoud van een beperkt recht als een daadwerkelijke overdracht van bloot eigendom of als een overdracht van volle eigendom gevolgd door vestiging van een beperkt recht door de verkrijger, *AFM*] – die beide op een onnodige dogmatische benadering berusten – in het Nieuw B.W. wordt uitgegaan van een tussenstelsel dat de voordelen van beide oplossingen in zich verenigt zonder de nadelen over te nemen."[160]

Snijders wekt in *deze* passages aanvankelijk dan toch weer de indruk de constructie van de overdracht van bloot eigendom en tevens uitdrukkelijk de afsplitsingsgedachte te omarmen, doch hij laat hierop direct volgen dat het huidig BW *geen van beide* tegenover elkaar gestelde constructies van het voorbehoud van een beperkt recht bij de overdracht van een goed volledig volgt. Er is, integendeel, juist naar gestreefd enkele gewenste gevolgen van de beide constructies over te nemen zonder tevens enkele nadelige consequenties ervan binnen te halen. Het systeem van het huidig BW houdt volgens Snijders dan ook met zoveel woorden het midden tussen de twee opvattingen van de overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht. Bij de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht moet de verkrijger *niet geacht worden* eerst de volle eigendom te hebben verkregen en daarna een beperkt recht te hebben gevestigd; immers, de overdracht heeft het *rechtsgevolg* – aldus Snijders – van een overdracht van bloot eigendom, maar geschiedt *in de vorm van* levering van de zaak met gelijktijdige vestiging van vruchtgebruik. Waarmee – zo kan men aanvullen – óók niet gezegd is dat het hier een *daadwerkelijke* overdracht van bloot eigendom *ís*, en zélfs niet dat het in werkelijkheid niet om de overdracht van volle eigendom gevolgd door vestiging van een beperkt recht door de verkrijger zou kunnen gaan.[161]

Men zou kunnen zeggen dat het systeem van het huidig BW de merites van de voorstelling van het beperkte recht als een belasting of bezwaring van de eigendom en de hierbij passende Pandektistengedachte van de *Neuconstituirung* niet (geheel) uit het oog verliest, maar hieraan in ieder geval (enkele van) de gewenste gevolgen van de afsplitsingsmetafoor en de hiermee sterk verband houdende overdracht van bloot eigendom wenst te verbinden. Men kan hierbij denken aan het – ook door Snijders als achtergrond genoemde – verhinderen dat het beperkte recht het vermogen van de verkrijger passeert – of eigenlijk: de onbezwaarde eigendom op enig moment tot het vermogen van de verkrijger behoort – teneinde de invloed van een gebrek in beschik-

160 Nog immer de in noot 156 vermelde vindplaats, p. 407-408.
161 Deze conclusies worden ook gemeden in (H.J.) Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 471.

kingsbevoegdheid aan de kant van de verkrijger van de bezwaarde eigendom te ontgaan. Men kan ook denken aan verschillende fiscale consequenties, zoals het voorkomen van een dubbele heffing van overdrachtsbelasting als het gaat om een onroerende zaak. Het verbinden van de gewenste rechtsgevolgen aan een bestaande juridische constructie, en dus ook het afwijken van de rechtsgevolgen die er normaliter aan verbonden zijn, is mijns inziens geenszins verwerpelijk en bovendien het voorrecht van de wetgever. In de parlementaire geschiedenis in zijn totaliteit bekeken is de precieze opvatting van deze constructie echter wel dusdanig meerduidig dat eenieder er iets van zijn gading in kan vinden. In het langdurige wetgevingsproces dat uiteindelijk tot het huidig BW heeft geleid, een proces waar bovendien vele verschillende personen in mindere of meerdere mate bij betrokken zijn geweest, is het echter waarschijnlijk onvermijdelijk dat enige meerduidigheid resteert. Eigenlijk brengt pas het laatste citaat van Snijders ons tot de – mijns inziens terechte – conclusie dat de wetgever geen keuze heeft gemaakt voor de een of andere opvatting. Wellicht zou het de voorkeur hebben gehad als dit in het geheel van wetgeving en toelichting iets duidelijker tot uitdrukking zou zijn gekomen. Men zou zelfs – afhankelijk van het feit welke gevolgen men precies wel en niet gewenst acht – kunnen denken aan een aanvulling van artikel 3:81 lid 1 in de volgende zin:

> 1. Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen. Hij kan ook zijn recht onder voorbehoud van een zodanig beperkt recht overdragen, mits hij de voorschriften zowel voor overdracht van een zodanig goed, als voor vestiging van een zodanig beperkt recht in acht neemt. *Deze overdracht heeft echter de rechtsgevolgen van de overdracht van een met het beperkte recht bezwaard recht.*
> Of, iets specifieker: *Bij de bepaling van de rechtsgevolgen van de overdracht van het recht onder voorbehoud van een beperkt recht moet er echter vanuit gegaan worden dat het onbezwaarde recht niet op enig moment tot het vermogen van de verkrijger behoort.*

Snijders kiest dus met zoveel woorden *niet* voor een van beide opvattingen van de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht, en maakt daarmee óók geen keuze voor een bepaalde opvatting van het beperkte recht zelf. Sterker nog, hij acht deze benaderingen "onnodig dogmatisch", en in het licht van het wetgevingsproces (van dat moment) lijkt me dat ook een verdedigbare stelling. Hij kiest in het kader van het wetgevingsproces dan ook voor een hele *pragmatische* insteek, die met name beoogt te vermijden dat een gebrek in beschikkingsbevoegdheid van de verkrijger in de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht in de weg staat aan de totstandkoming van het voor te behouden beperkte recht. In het *resultaat* van deze pragmatische insteek kan ik me overigens heel goed vinden. Het gaat mij er hier om, dat dit resultaat niet gebaseerd kan worden op de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht, niet zoals ik die constructie voorsta en ook niet zoals die constructie uit een bepaalde keuze van de wetgever zou blijken.

Een dergelijke pragmatische insteek als de wetgever hier hanteert om tot een gewenst resultaat te komen, wordt ook gebruikt in het later gewezen Potharst/Serrée-arrest van de Hoge Raad.[162] [163]Daar lijkt die insteek echter – zonder veel nadere toelichting – wel degelijk gebaseerd te zijn op de daadwerkelijke overdracht van bloot eigendom bij het voorbehoud van een beperkt recht. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest – enigszins vereenvoudigd weergegeven – dat het pandrecht van degene die zich dat bij de overdracht van een voorraad meubels op die meubels tot zekerheid van de voldoening van de tegenprestatie had voorbehouden, vóórgaat aan het pandrecht dat reeds bij voorbaat was gevestigd op (onder meer) deze meubels. De Hoge Raad vermeldt hierover in r.o. 3.6.4 dat

> "ingeval van eigendomsovergang onder voorbehoud van pandrecht, (…) een recht [wordt] verkregen dat van meet af aan met het pandrecht is belast. Dat pandrecht is immers bij de oorspronkelijk rechthebbende blijven berusten zodat de verkrijger geen pandrecht heeft kunnen vestigen dat als eerder gevestigd zou moeten worden aangemerkt."

Ook de Hoge Raad voorkomt hier dus het negatieve gevolg van de opvatting van het voorbehoud van een beperkt recht als de overdracht van volle eigendom gevolgd door vestiging van een beperkt recht door de verkrijger, namelijk dat het voorbehouden pandrecht het vermogen van de verkrijger van de meubels passeert, door aan de overdracht onder voorbehoud het rechtsgevolg van een overdracht van bloot eigendom toe te kennen. In zijn formulering wordt het onderscheid tussen het slechts toekennen van het *rechtsgevolg* van een overdracht van bloot eigendom en de opvatting van het voorbehoud van een beperkt recht als de *daadwerkelijke* overdracht van bloot eigendom echter niet (of in ieder geval niet erg duidelijk) gemaakt. Uit dit arrest moet dan ook hoogstwaarschijnlijk worden opgemaakt dat de Hoge Raad het beperkte recht als een van de eigendom afgesplitst recht construeert.[164] In dit arrest kan

162 HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549.

163 In een latere uitspraak van de Rb. Zutphen (15 augustus 2007, *LJN* BB 5746, *RN* 2007, 118) wordt overigens – kennelijk op basis van een andere opvatting van het beperkte recht dan die waarvan de HR in Potharst/Serrée uitgaat – geoordeeld dat (in casu) het recht van vruchtgebruik op een landgoed geen goed van de gemeenschap is van een nalatenschap waarvan de (volle) eigendom van dat landgoed wel deel uitmaakt. Toedeling ervan in de vorm van een verdeling is dan ook niet mogelijk. De literatuur is over deze kwestie zeer verdeeld (vgl. bv. Huijgen 2008 en Maasland 2010 en de literatuur waarnaar deze artikelen verwijzen).

164 Zie bv. Steneker, *WPNR 6766* (2008), p. 645-646 – die zich bij deze opvatting aansluit – en Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 77-78 – die dat niet doet. Uit laatstgenoemde publicatie (p. 85-86) blijkt voorts dat óók het Romeinse recht – dat ten aanzien van deze kwestie wel degelijk uitging van de overdracht van volle eigendom gevolgd door vestiging van een beperkt recht door de verkrijger (zie hfdst. 2 par. 2.2.2) – voor deze situatie een pragmatische oplossing kende. De keizers Diocletianus en Justinianus vaardigden nl. een constitutie uit waardoor aan het voorbehouden pandrecht van degene die de aanschaf van het goed

ik mij op dit punt – zo zal de lezer begrijpen – slecht vinden, en ik meen ook dat de in deze paragraaf besproken wet en de parlementaire geschiedenis niet tot een dergelijke opvatting nopen.

Zoals gezegd acht ik het geraden een dogmatisch juiste en heldere voorstellingswijze aan de ene kant en de gewenstheid van de hieruit volgende rechtsgevolgen aan de andere kant uit elkaar te houden, en (ook) los van elkaar te beoordelen.[165] Ik ben het echter óók met Struycken eens dat er een zelfstandig belang is gelegen in conceptuele helderheid en dat het vooral de verantwoording van de doctrine is, en niet zozeer van de wetgever, om de dogmatische grondslagen van de wet tot uitdrukking te brengen.[166] Het etiket van de "onnodige dogmatische benadering", zoals door Snijders op de vraagstelling naar de precieze constructie van het voorbehoud van een beperkt recht geplakt, is dus wellicht van toepassing in het kader van de wetgeving (van dat moment), maar niet in het kader van een goed begrip van het beperkte recht in het algemeen. Het feit dat over de precieze constructie van (het voorbehoud van) een beperkt recht altijd verwarring, discussie en verschil van mening is blijven bestaan moge hiervoor het overtuigende bewijs vormen.[167,168]

Op basis van de hiervoor gegeven analyse van de parlementaire geschiedenis kan ik me met name aansluiten bij Struyckens constatering dat deze parlementaire geschiedenis wat betreft de vraag welk dogmatisch model ten grondslag ligt aan de vestiging van beperkte rechten niet eenduidig is en dat (onder meer) de hierboven uit de Memorie van Antwoord geciteerde passage tot gevolg heeft dat niet met stelligheid kan worden gezegd dat de wetgever bewust en uitdrukkelijk heeft gekozen voor het afsplitsingsmodel, hoewel enkele belangrijke passages uit de parlementaire geschiedenis wel degelijk 'in die sleutel' zijn gezet.[169] Ik kan mij echter zeker *niet* vinden in zijn opvatting dat aan het huidig BW het afsplitsingsmodel toch wel degelijk ten grondslag ligt, in die

---

financiert altijd voorrang toekomt, dus óók wanneer zijn recht op hetzelfde moment ontstaat als een bij voorbaat gevestigd pandrecht. Een dergelijke regeling staat Jansen (p. 90-91) ook voor het Nederlandse recht voor, en daar sluit ik mij graag bij aan. Men zou dit echter ook voor elk voorbehouden beperkte recht laten gelden, en dat is nu precies wat artikel 3:81 lid 1 BW blijkens de parlementaire geschiedenis (het hiervoor geciteerde Eindverslag I (1979) bij 3:98 BW, PG Boek 3, p. 407-408) beoogt te doen.

165 Vgl. ook punt 4 van de noot van W. M. Kleijn onder het in noot 155 genoemde arrest: "De oplossing van de daar [bedoeld wordt: in de overdrachts- en inkomstenbelasting, *AFM*] rijzende problemen horen m.i. niet van een dogmatisch civielrechtelijke standpuntbepaling af te hangen, maar van de doelstellingen en de inhoudelijke criteria van de belastingheffing zelf."

166 Struycken, diss. 2007, p. 366.

167 Zie hiervoor voor zowel oud als nieuw BW bijv. Pleysier, *WPNR 5509/5510* (1980), p. 181-183 en p. 197-200 en de noot van W.M. Kleijn onder het in noot 155 genoemde arrest.

168 Dit goede begrip is, naast het zelfstandige belang van begrip, ook van waarde voor de rechtspraktijk. Zie hierover in algemene zin nader noot 20 van het inleidende hfdst. 1.

169 Struycken, diss. 2007, p. 364 en 365.

zin dat de vestiging van een beperkt recht daadwerkelijk moet worden beschouwd als de afsplitsing en de overdracht van een deel van de bevoegdheden van de gerechtigde die zijn recht met een beperkt recht bezwaart.[170]

6.2 HET SYSTEEM VAN HET VERMOGENSRECHT EN DE STRUCTUUR VAN HET GOEDERENRECHT: EEN EIGEN HYPOTHESE

6.2.1 Meer fundamentele kritiek

In de vorige paragraaf is gebleken dat de creatie van een derde laag in het vermogensrecht, de laag van het toebehoren, overbodig is en geen werkelijke functie vervult. Ook is duidelijk geworden dat het eigendomsrecht niet geclassificeerd mag worden als een 'vermogensrecht' in de zin van artikel 3:1 BW ("*Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten*"), nu dit recht reeds is begrepen onder de àndere in dit artikel genoemde categorie: die van de *zaken*.

Deze constateringen hebben gevolgen voor het systeem van het vermogensrecht. Om te kunnen bepalen wat de precieze structuur van het goederenrecht is – en daarmee de plaats van het beperkte recht in het systeem – is het dan ook van belang de begrippen eigendom en zaak aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Waar komt de vereenzelviging van eigendom en zaak vandaan? Waarom is het zo'n gangbare, hardnekkige en vanzelfsprekende gedachte? Welk gevolg moeten we er in ons systeem aan verbinden?

De beantwoording van deze vragen leidt mij tot een meer fundamentele kritiek op de uit de hierboven besproken proefschriften volgende visies op het systeem van het vermogensrecht en de structuur van het goederenrecht. De ideeën die mij tot deze kritiek hebben gebracht, zullen hieronder worden uiteengezet.

6.2.1.1 Eigendom en zaak

Mijn begrip van het structuur van het goederenrecht berust op de gedachtegang dat het onderscheid tussen eigendom en zaak uiterst kunstmatig is, en slechts wordt gemaakt om bepaalde doelen te dienen. Eigendom en zaak zijn echter in werkelijkheid juist onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zó onlosmakelijk zelfs dat er in feite geen echt onderscheid tussen de twee bestaat. Eerder zijn het twee kanten van één en hetzelfde begrip, twee zijden van één

170 Idem, p. 363. Ten overvloede vindt men voor mijn standpunt in deze nog grond in de parlementaire geschiedernis waar de consequenties die uit de aanvaarding van het afsplitsingsmodel zouden voortvloeien, uitdrukkelijk van de hand worden gewezen (MvA II (1972) bij art. 5:71 BW, PG Boek 5, p. 257-258). Dit onderwerp zal uitgebreider aan de orde komen in Deel III van deze dissertatie.

en dezelfde medaille: de twee-eenheid eigendom-zaak.[171] Het tegenwoordig veel gemaakte fundamentele onderscheid tussen eigendom en zaak – het eigendomsrecht als een separaat recht dat *op de zaak* rust – is een kunstmatig onderscheid, en is in feite slechts nuttig, doch niet *noodzakelijk*, om bepaalde juridische situaties beter te kunnen omschrijven en begrijpen. Strikt genomen, in normale situaties, is het maken van dit onderscheid dan ook niet noodzakelijk, sterker nog: het onderscheid bestaat in werkelijkheid helemaal niet.[172] Steeds gaat het om hetzelfde begrip, een begrip dat echter zowel een feitelijke, stoffelijke kant (*de zaak*) als een juridische kant (*de eigendom*) heeft.

Met deze opvatting sluit ik me met name aan bij W. Snijders, die zich in een kritische boekbespreking van het proefschrift van De Jong in navolgende zin uitliet over de vereenzelviging van eigendom en zaak:

> "De moeilijkheid met zaken is dat zij zowel een stoffelijk aspect, het stoffelijk object, als een juridische aspect, de eigendom, hebben, die bovendien sterk met elkaar verweven zijn. De uitoefening van het eigendomsrecht en het gebruik van de zaak lopen immers voortdurend door elkaar heen. (…) Wat overheerst hangt af van het geval waarom het gaat. Het zijn m.i. pragmatische overwegingen van deze aard die Meijers ertoe gebracht hebben op grond van de vereenzelvigingsgedachte zaak en eigendom samen onder het begrip zaak te brengen. Stoffelijk voorwerp en eigendom zijn derhalve niet te scheiden, maar wel te onderscheiden als twee zijden van hetzelfde verschijnsel."[173]

En:

> "(…) eigendom moet worden gezien als een aspect van het begrip zaak."[174]

---

171 Zie voor het gebruik van de term 'twee-eenheid' – zonder van dit begrip overigens voorstander te zijn – De Jong, diss. 2006, nr. 184.

172 Zoals De Jong (diss. 2006, nr. 21-22) vermeldt, bestond er in het Romeinse recht geen eigendomsbegrip dat gemakkelijk los kon worden gezien van de lichamelijke zaak, maar stond voor de Romeinse jurist de zaak als stoffelijk object en alles wat daar zoal mee kon gebeuren centraal. Hij schrijft – terecht – zelfs: "De vereenzelviging van eigendom en zaak was dermate sterk, dat het de Romeinse jurist misschien niet eens mogelijk zou zijn geweest om tot een expliciete uitwerking van het onderscheid in de huidige abstracte juridische begrippen te komen." Een echte technische term voor het eigendomsbegrip hadden de Romeinen dan oorspronkelijk ook niet, die ontstond pas later (*dominium*, en ook wel *proprietas*, dat meestal gebruikt werd in de zin van bloot eigendom, ook wel *nuda proprietas*). Ook hierover De Jong, a.w. nr. 21 noot 28 met verwijzing naar Kaser. Kennelijk kon men dus gemakkelijk lange tijd zonder een van de zaak losstaand eigendomsbegrip.

173 W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 832.

174 Idem, p. 833. Zie in vergelijkbare, doch met recht ook in algemenere zin Struycken, diss. 2007, p. 118: "Een goederenrechtelijke verhouding en het object daarvan zijn dogmatisch wellicht te onderscheiden aspecten van een subjectief recht, maar niet los van elkaar te behandelen. De aard van het subjectieve recht wordt mede bepaald door de aard van zijn subject en de aard van zijn object: het subjectieve recht als samenstel van de drie elementen, namelijk subject, object en de rechtsrelatie daartussen, bestaat in het rechtsverkeer als een

De kern van dit begrip bestaat er nu naar mijn mening in dat de zaak een *vermogensbestanddeel* is, een feitelijk object in deze wereld dat tegelijkertijd onderdeel kan worden of zijn van iemands vermogen. Het kan dus iemand *toebehoren*. Is dat het geval, dan is de zaak eenvoudigweg *zijn* zaak. Hij *heeft* dan de zaak. Er ontstaat hier géén *nieuw recht* dat tot zijn vermogen is gaan behoren, *de zaak* is tot zijn vermogen gaan behoren. Dus niet een *eigendomsrecht op* de zaak is van hem geworden, maar de zaak zelf.[175] Men kan de eigendom van een zaak wel kwalificeren als een 'recht van toebehoren' van die zaak, maar ook dán blijft gelden dat het niet dit 'recht van toebehoren' is dat de persoon in kwestie is gaan toebehoren – de logica wijst ons reeds in deze richting – maar gewoonweg de zaak zelf. De zaak *is* zijn eigendom, zijn eigendom *is* de zaak: ziehier de ultieme gelijkschakeling van zaak en eigendom. In feite zijn het twee aanduidingen van één en hetzelfde; zij zijn, als gezegd, slechts twee kanten van hetzelfde begrip, twee kanten die zich op een gelijke hoogte bevinden.[176] Men heeft daarom een zaak, net zoals men een vorderingsrecht kan hebben. In het laatste geval is men schuldeiser, in het eerste geval eigenaar.[177]

---

eenheid." Ik zou zelf niet zover willen gaan dat ook het rechtssubject als onderdeel van deze eenheid moet worden gezien. Struycken gebruikt bovenstaande vaststelling overigens ook slechts teneinde het 'open stelsel van rechtsobjecten' van De Jong te bekritiseren. Nu er geen scherpe onderscheiding tussen recht en voorwerp van recht bestaat, doet het immers wat vreemd aan om, zoals De Jong doet, naast een *gesloten* stelsel van goederenrechtelijke rechten zonder meer een *open* stelsel van rechtsobjecten te hanteren.

175 Vgl. hier bijv. ook Diephuis VI (1886), p. 18: "eigendom is het regt, uit kracht waarvan *eene zaak aan iemand toebehoort*, *de zijne is*, of het regt, 'twelk iemand heeft op *de zaak die hem toebehoort*." (cursiveringen toegevoegd)

176 Vgl. op dat punt wederom Diephuis VI (1886), p. 481, die, sprekende over de beperkte rechten – waarvan er enkele (zoals de rechten van gebruik en bewoning) niet vrij overdraagbaar zijn – opmerkt: "Voor het overige kunnen die regten, even als *ligchamelijke zaken of de eigendom daarvan*, op een ander overgaan, of aan een ander overgedragen worden." (cursivering toegevoegd) Met deze woorden drukt hij, mogelijk onbewust, goed de tweeeenheid eigendom en zaak uit zoals ik die voor ogen heb. Maar zie ook – uitdrukkelijker – Land II (1901), p. 12: "Bij lichamelijke zaken valt het begrip van: zaak (het eigendom) samen met dat van: eigendom dier zaak (de eigendom) (…)", en p. 13: "Bij lichamelijke zaken is de zaak en haar eigendom hetzelfde." Hij verklaart hiermee en passant de twee betekenissen die de Van Dale van 'eigendom' geeft, en die een ander lidwoord dragen: *de* eigendom (= (*juridisch*) het recht op de heerschappij over een zaak, de *omstandigheid* dat een zaak iemand toebehoort (laatste cursivering toegevoegd)) en *het* eigendom (= de zaak die men zijn eigen mag noemen).

177 Dit is het beste, zo niet het enige woord dat ik kan bedenken om iemand aan wie een zaak toekomt, te omschrijven; een betere term is volgens mij niet voorhanden. De term 'rechthebbende' bijvoorbeeld, verwijst naar iemand die een *recht*, niet een zaak heeft. Ik bedien mij dus van de gebruikelijke term 'eigenaar', ondanks dat ook deze term wellicht aan een van de zaak losstaand eigendomsrecht doet denken. Dat is niet mijn bedoeling. Met het woord eigenaar bedoel ik slechts te zeggen: degene aan wie de zaak toebehoort, degene van wie die zaak is.

De constructie van een eigendomsrecht op een zaak, als een hiervan losstaand concept, is naar mijn idee slechts ontwikkeld om bepaalde gevallen wat *inzichtelijker* te maken, om deze beter te kunnen omschrijven. Om dit nu te kunnen doen hebben we de juridische kant van een zaak – het 'hebben' van een zaak, het behoren van een zaak tot iemands vermogen – een *aparte naam* gegeven: eigendom. Zo kunnen we gemakkelijker spreken over de bevoegdheden die iemand met betrekking tot een zaak heeft, als die zaak van hem is. Men spreekt dan van de bevoegdheden die het *eigendomsrecht* geeft, of inhoudt.[178] Het zou immers vreemd klinken om te spreken over de bevoegdheden die een *zaak* geeft of inhoudt, hoewel het feitelijk wel degelijk gaat om de bevoegdheden die iemand toekomen die een zaak heeft. Dit komt omdat we met de term 'zaak' vooral plegen te verwijzen naar het *stoffelijke* voorwerp. Bij *rechten* ligt dit heel anders: een recht is immers een volledig juridisch concept en behelst geen stoffelijk voorwerp waar we in deze wereld tegenaan kunnen lopen. Bij dit juridische concept recht hebben we geen apart begrip nodig om de *toebehoren*relatie – in de woorden van Van der Steur – te leggen tussen rechtsobject en rechtssubject. Rechten zijn juridische constructies die als zodanig al een relatie van toebehoren leggen met hun rechtssubject: een recht bestaat immers – anders dan een zaak – helemaal niet zonder rechtssubject. We kunnen daarom – zonder verdere kunstgrepen – al gemakkelijk praten over de bevoegdheden die het recht *zelf* geeft, of inhoudt. We vinden het niet nodig een apart begrip te ontwikkelen en een aparte naam te gebruiken voor datgene waaruit deze bevoegdheden voortvloeien. De bevoegdheden die men heeft als men bijvoorbeeld een vorderingsrecht heeft, vloeien eenvoudigweg voort *uit dit recht zelf* en duiden we gewoon aan met diezelfde term 'vorderingsrecht'. Over de bevoegdheden die men heeft als men een *zaak* heeft, zeggen we echter niet dat die voortvloeien uit de zaak zelf, en we duiden deze niet aan met de term 'zaak'. We gebruiken de term 'eigendom' om de juridische kant van een zaak aan te duiden. Indien een zaak nu tot iemands vermogen gaat behoren, dan manifesteert zich plots deze juridische kant van de zaak, die bij een *res nullius* verborgen blijft, en gaan we spreken van een *op deze zaak rustend* eigendomsrecht. In feite is echter slechts een zaak die voorheen aan niemand toebehoorde, aan iemand gaan toebehoren. Nu is er natuurlijk niets op tegen om de juridische kant van de zaak – het 'hebben' van de zaak – een speciale naam te geven, om makkelijker over dat deel van het begrip te kunnen praten en het specifieker aan te kunnen duiden. Waar mijns inziens echter wél wat op tegen is, is het verworden van deze juridische kant van een zaak tot een *van deze zaak losstaand* begrip. Een begrip dat daarmee op een *ander* niveau is komen te staan dan de zaak zelf: niet de zaak is dan nog het vermogensbestanddeel, maar het eigendomsrecht verwordt tot datgene

178 Men zou ook kunnen zeggen dat de term 'eigendom' dient om gemakkelijker te kunnen spreken over de *rechtsgevolgen* die worden verbonden aan het feit dat een zaak aan iemand toebehoort. Men spreekt in dat geval van de rechtsgevolgen van het *eigendomsrecht*.

dat onderdeel van ons vermogen is gaan uitmaken. Men gaat dan spreken over vermogens die geheel uit *rechten* bestaan – eigendomsrechten en andere vermogensrechten[179] – terwijl onze vermogens in feite bestaan uit *zaken* en *rechten*.

De situatie die misschien wel de grootste aanleiding is voor het maken van dit kunstmatige onderscheid tussen de zaak en het daarvan losstaand eigendomsrecht is de constructie waarmee wij een eigenaar willen beschermen in het geval hij zijn zaak verliest door bijvoorbeeld diefstal. Nu de eigenaar zijn zaak in dat geval *feitelijk* niet meer heeft, vinden we het kennelijk onvermijdelijk het nog altijd *juridisch* hebben van de zaak apart te benoemen als de eigendom. We zeggen dan dus dat de bestolene weliswaar zijn zaak feitelijk ('het bezit') aan de dief is kwijtgeraakt, maar dat hij zijn *eigendomsrecht* (het juridische concept, het recht) en de hieruit voortvloeiende bevoegdheden (hier met name de revindicatie) heeft behouden. Het bezitten van een zaak *zonder recht* leidt ons er dus toe het bezitten van een zaak *met recht* een aparte naam te geven. Zo kan men 'eigendom' en 'bezit' tegenover elkaar stellen.[180,181] Met deze constructie beogen wij de zojuist genoemde eigenaar zonder zaak bescherming te bieden op basis van een hem toebehorend eigendomsrecht, door aan dit juridische eigendomsrecht bijvoorbeeld de actie tot revindicatie te verbinden. Een vergelijkbare situatie waarin eigendom en bezit van de zaak uiteen lopen, bestaat in het geval van verkrijgende verjaring: de zaak bevindt zich bij de nieuwe bezitter, de eigendom blijft – althans nog enige tijd – bij de vorige bezitter.[182] Ook Hugo de Groot had scherp voor ogen dat dit de situaties zijn die de achtergrond en aanleiding vormden om naast de zaak van de 'eigendom' van die zaak te gaan spreken. In de definitie die Hugo de Groot van eigendom geeft, vindt men deze achtergrond dan ook duidelijk terug:

---

179 Struycken kan worden gerekend tot de aanhangers van deze – vrij gangbare – opvatting, ook al kiest hij er uiteindelijk wel voor om in zijn herformulering van artikel 3:1 BW de vereenzelviging van eigendomsrechten en zaken aan te houden (diss. 2007, p. 107). Volgens Struycken moet ook Van der Steur zo gelezen worden dat zij zich met haar systeem van het vermogensrecht op deze gedachte baseert, zie par. 6.1.3.2. (Van der Steur lijkt zichzelf hier ook toe te rekenen, zie diss. 2003, p. 48). Dan moet echter wel eerst de 'laag van toebehoren' uit haar systeem worden weggedacht.

180 Dit is overigens natuurlijk geen daadwerkelijke, zuivere tegenstelling: de eigendom van een zaak is immers doorgaans verbonden met het bezit ervan. Slechts in uitzonderingsgevallen is de eigenaar niet tevens bezitter van de zaak. Bij eigendom van een zaak kan die zaak overigens worden gekwalificeerd als een vermogensbestanddeel, waar er bij het enkele bezit van een zaak natuurlijk geen sprake is van enig vermogensbestanddeel van de bezitter.

181 Ook bij de ontwikkeling van het begrip 'eigendom van een onlichamelijke zaak' onder oud BW speelde de tegenstelling eigendom-bezit een belangrijke rol, vgl. Meijers, *WPNR 2104* (1910), p. 205.

182 Ook bij (de overdracht van) een zaak waarvan de eigenaar slechts de *feitelijke macht* (houderschap) aan een ander heeft gegeven is een aanleiding om van een separaat eigendomsbegrip te gaan spreken: de zaak berust bij de houder, maar de eigenaar behoudt het eigendomsrecht op de zaak en kan hierover nog steeds beschikken.

> "Eigendom is het toebehooren van een zaeck waer door iemand, schoon het bezit niet hebbende, 't zelve vermag rechtelick te bekomen."[183]

En:

> "Daerom zeggen wy, dat den eigendom bestaet in dat recht om weder te bekomen het verloren bezit."[184]

Het eigendomsrecht dankt zijn bestaansrecht dus aan het recht om de zaak terug te eisen, ook al heeft men daarvan niet (meer) het bezit. Als de zaak in handen van de eigenaar zelf is, bestaat er geen reden om van eigendom te spreken. Sterker nog, streng toegepast gaan bovenstaande definities van Hugo de Groot zelfs zo ver dat we zouden kunnen concluderen dat als de eigenaar het bezit van zijn zaak *niet* is verloren, er strikt genomen ook geen eigendom bestaat.

6.2.1.2 Eigendom en onlichamelijke zaak ('eigendom van rechten')

Zoals bij zaken de juridische kant wordt aangeduid door de term 'eigendom' of 'eigendomsrecht', zo bestaat er ook bij rechten (vorderingsrechten, beperkte rechten) een dergelijke juridische kant, al heeft deze – in ieder geval in het huidig BW – geen aparte naam gekregen. Eigenlijk is een recht immers *één en al* juridische kant, nu de stoffelijke kant van rechten ontbreekt. Wel wordt er, zoals in paragraaf 6.1.2.2 reeds aan de orde is gekomen, soms een onderscheid gemaakt tussen de *gerechtigdheid tot* en de *gerechtigdheid uit* een recht. Met de *gerechtigdheid uit* een recht wordt de inhoud van het recht zelf bedoeld, de bevoegdheden die uit het recht voortvloeien, de bevoegdheden dus die het recht aan de gerechtigde verschaft. Bij een vorderingsrecht bijvoorbeeld zijn dit de (verbintenisrechtelijke) bevoegdheden om de specifieke prestatie te vorderen waartoe de schuldenaar gehouden is. Met de *gerechtigdheid tot* wordt de hierboven liggende (goederenrechtelijke) verhouding aangeduid tussen het recht en zijn rechtssubject, de verhouding die het rechtssubject (doorgaans) de bevoegdheid geeft om over het recht te *beschikken* en zich te verzetten tegen inmenging van derden in zijn verhouding tot de schuldenaar. De *gerechtigdheid tot* ziet op het 'toebehoren' van het recht.

Bij zaken liggen deze *gerechtigdheid tot* (waarin begrepen de beschikkingsbevoegdheid) en de *gerechtigdheid uit* (exclusieve bevoegdheden van gebruik, vruchttrekking etc.) besloten in een en hetzelfde begrip: de eigendom van de zaak. Verwarrend en onzinnig wordt het om – met Van der Steur – de *gerechtigdheid tot* óók op het niveau van de eigendom zelf toe te passen: dit leidt immers tot het drielagige systeem van het toebehoren ván een eigendomsrecht

183 Hugo de Groot, *Inleidinge*, II, 3, 1.
184 Idem, II, 3, 4.

óp een zaak, terwijl het in wezen om het toebehoren van de zaak zelf gaat. Ook bij rechten vallen *gerechtigdheid tot* en *gerechtigdheid uit* samen in één begrip, echter hier is dat eenvoudigweg het recht zelf en hebben we hiervoor geen speciale juridische constructie nodig. Wie schuldeiser is, heeft *op basis van zijn vorderingsrecht zelf* zowel de bevoegdheid om over zijn recht te beschikken als de bevoegdheid om de prestatie van zijn schuldenaar te vorderen. Bij het toebehoren van zaken hebben we naast de zaken zelf een ander begrip gesteld (eigendom) waarin we alle bevoegdheden hebben gestopt die toekomen aan de eigenaar van een zaak. Bij het toebehoren van rechten echter, zitten deze bevoegdheden gewoon in het recht zelf en hebben we geen separaat begrip hiervoor nodig. Als gezegd vormt de reden voor dit onderscheid het stoffelijke karakter van de zaak, dat deze in onze ogen minder geschikt maakt om de bevoegdheden uit deze zaak zelf te laten voortvloeien. Het juridische karakter van het *recht* staat hieraan echter geenszins in de weg.

Toch bestond er onder oud BW ook voor de *rechten* een speciale juridische constructie, met een aparte benaming, om de *gerechtigdheid tot* (het 'toebehoren' van) een recht in te vangen. Men sloot daarbij evenwel naadloos aan bij de juridische constructie die voor (lichamelijke) zaken reeds bestond: de eigendom. Men sprak naar analogie van de eigendom van (lichamelijke) zaken, óók van de *eigendom* van *onlichamelijke* zaken, de eigendom van rechten dus. De onlichamelijke zaken werden daarmee, net als de lichamelijke zaken, *voorwerp* van een eigendomsrecht.[185] Ook de onlichamelijke zaken kwamen zo op een ander, lager niveau in het vermogensrechtelijke systeem terecht: net als de lichamelijke zaken waren niet langer *zij* de vermogensbestanddelen, maar de erboven geplaatste *eigendomsrechten*. Dit leidde er toe dat men kon spreken over vermogens die niet alleen geheel uit *rechten* bestonden, maar zelfs geheel uit *eigendomsrechten*: eigendomsrechten op (lichamelijke) zaken en eigendomsrechten op onlichamelijke zaken (=eigendomsrechten op (andere) vermogensrechten).[186] Ook hier bestond derhalve een constructie met een *op een* – hier onlichamelijke – *zaak rustend eigendomsrecht*. Het leverde een zeer vergelijkbare situatie op met de op een lichamelijke zaak rustend eigendomsrecht.

En ook *deze* constructie werd slechts geïntroduceerd en gebruikt omwille van de begrijpelijkheid en acceptatie van bepaalde juridische situaties en rechtsfigu-

185 Zie art. 555 oud BW: "De wet verstaat door zaken alle goederen en regten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn." En art. 559 oud BW: "Zaken zijn ligchamelijk of onligchamelijk." Vgl. bijv. ook Diephuis VI (1886) op p. 27-28 en 481.

186 Men kan De Jong rekenen tot de moderne aanhangers van deze opvatting, nu hij uiteindelijk alleen 'rechten van geheel of gedeeltelijk toebehoren' op zaken en vermogensrechten erkent als vermogensbestanddelen. Ook de – hevig door De Jong bekritiseerde – opvattingen van Van der Steur komen mijns inziens op deze gedachte neer, nu ook zij *boven* de vermogensrechten een 'laag van toebehoren' plaatst, waarin zij de beschikkingsbevoegdheid over de vermogensrechten plaatst.

ren. Dit kan als volgt worden toegelicht. Een belangrijke categorie van onlichamelijke zaken wordt gevormd door de vorderingsrechten op naam, en deze zijn in de geschiedenis dan ook een belangrijke achtergrond geweest voor de vorming van het begrip 'eigendom van de onlichamelijke zaak'. De 'eigendom van de onlichamelijke zaak' manifesteerde zich hierbij in de vorm van de 'eigendom van een vorderingsrecht' (in 'correcte' nieuw BW-terminologie zou men tegenwoordig wellicht moeten spreken van het 'recht van toebehoren' op een vorderingsrecht). De achtergrond van deze figuur is met name geweest om de mogelijkheid van schuldeisersvervanging in een verbintenis *zonder instemming van de debiteur* begrijpelijker en (dus) aanvaardbaar te maken. Van oorsprong bestond deze mogelijkheid, die in feite neerkomt op de *overdracht* door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht aan een ander, immers *niet*: de verbintenis en het daaruit voortvloeiende vorderingsrecht vormde een *hoogstpersoonlijke* band tussen debiteur en crediteur. De crediteur kon daarom niet zomaar, zonder toestemming van de debiteur, door een ander worden vervangen. Vervanging van de crediteur diende te gebeuren met instemming van de debiteur, door middel van de rechtsfiguur van de schuldeisersvervanging. Dit vormde echter wel een economische belemmering, een belemmering in wezen van de vrije verhandelbaarheid van een *vermogensbestanddeel*. Door het vorderingsrecht nu steeds meer *daadwerkelijk* als een vermogensbestanddeel en als een voorwerp van eigendom te gaan beschouwen en behandelen, en steeds *minder* als slechts één van de twee zijden van een persoonlijke relatie tussen twee partijen, kon deze belemmering in de loop van de geschiedenis worden opgeheven: het vorderingsrecht werd, net als de lichamelijke zaak, als een (onlichamelijke) *zaak* gezien. Men deed derhalve (en doet nog steeds) of het hier – analoog aan de overdracht van (de eigendom van) een (lichamelijke) zaak – eenvoudigweg om de *overdracht* van (de 'eigendom' van) een onlichamelijke zaak gaat, in plaats van om de vervanging van de schuldeiser in een verbintenis. De figuur van de schuldeisersvervanging werd zo analoog aan de overdracht van een lichamelijke zaak geregeld en door middel van deze gedachtegang werd de figuur niet langer als een onderdeel van het *verbintenissenrecht*, maar als een onderdeel van het *zakenrecht* behandeld. Men is een van oorsprong verbintenisrechtelijk idee derhalve via het – tegenwoordige – goederenrecht gaan regelen.[187]

187 Zie voor deze achtergrond in het kort Zwalve, *WPNR 6546* (2003), p. 668, die spreekt van een lange en soms moeizame ontwikkeling, die aanving met het Romeinse dogma van de principiële onoverdraagbaarheid van vorderingen en tegen het einde van de 16e en het begin van de 17e eeuw via de idee dat ook vorderingen het object van eigendom kunnen zijn, uiteindelijk is uitgemond in de vrije overdraagbaarheid van vorderingen op naam. Zie uitgebreider zijn Leidse oratie *Het Proteïsch Paradigma* (Zwalve 1994-II), waarin hij Hugo de Groot een belangrijke rol in deze ontwikkeling toekent. Zie over het Romeinse dogma voorts nog Lokin 2008, V2, V3 en V58. Een in het verlengde van de vrije overdraagbaarheid liggende reden voor het gebruik van de term 'eigendom van een onlichamelijke zaak' wordt door De Jong (diss. 2006, nr. 9) genoemd: als verklaring voor het feit dat de onlichamelijke

Er zijn nog andere redenen die vermoedelijk sterk hebben bijgedragen aan de ontwikkeling en het succes van het begrip 'eigendom van onlichamelijke zaken'. Allereerst is een belangrijke van deze redenen gelegen in de *stapeling van rechten*: wanneer bijvoorbeeld een erfpachter zijn recht in vruchtgebruik geeft, dan stelt men – op gelijke wijze als men bij een (lichamelijke) zaak de *eigenaar* en de *vruchtgebruiker* van die zaak onderscheidt – de *eigenaar* en de *vruchtgebruiker* van het erfpachtrecht tegenover elkaar.[188] Daarmee is het begrip van de 'eigendom van het erfpachtrecht' geboren. Ten tweede is ook hierbij de tegenstelling tussen 'bezit' en 'eigendom' weer een belangrijke factor: als men de *bezitter* van bijvoorbeeld een vruchtgebruik bescherming verleent – op gelijke wijze als men niet alleen aan de *eigenaar* van een (lichamelijke) zaak maar ook de *bezitter* van die zaak bescherming verleent – dan dringt zich haast onvermijdelijk ook hier een *eigenaar* op: de *eigenaar* van het vruchtgebruik.[189] En dan is de 'eigendom van een vruchtgebruik' geboren. Niet alleen het begrip van de 'eigendom van *vorderingsrechten*', maar ook het begrip van de 'eigendom van *beperkte rechten*' is dan ook in vruchtbare aarde gevallen en heeft bijgedragen aan het grote succes van de 'eigendom van onlichamelijke zaken'.

Strikt noodzakelijk is de – nogal gekunstelde – constructie van de 'eigendom van een vorderingsrecht' echter vanzelfsprekend *niet* om de gewenste doelen te bereiken. Het grote nut van het gebruik van de constructie – de aanvaarding van de vrije overdraagbaarheid van vorderingen op naam – is inmiddels ruimschoots bereikt.[190] De opvatting van het vorderingsrecht als onlichamelij-

---

zaak, naast te worden vervreemd, ook kon worden *bezwaard* met een beperkt recht. De Jong haalt op p. 64 ook Scholten aan, die constateert dat door persoonlijke en zakelijke rechten als 'onlichamelijke zaken' te categoriseren het weliswaar gemakkelijker wordt de vermogenswaarde die in deze rechten steekt tot object voor allerlei handelingen te maken, maar zich ook afvraagt of deze constructie uiteindelijk wel aan de werkelijkheid beantwoordt. Ook E.M. Meijers leek – zoals reeds in par. 6.1.2.2 werd behandeld – van het begrip van de onlichamelijke zaak niet al te gecharmeerd, nu het volgens hem de tegenstelling zakenrecht-verbintenissenrecht vertroebelde, vgl. Meijers, *Algemene begrippen*, p. 280: "De mening, dat ieder vorderingsrecht tegelijk een eigendomsrecht over een onlichamelijke zaak en dus een zakelijk recht geeft, verwart alles." Beter was het volgens hem de constructie te verplaatsen naar een *algemeen* goederenrecht, in plaats van het te behandelen als (puur) zakenrecht. Zie ook al *WPNR 2104* (1910), p. 206.

188 Dit ziet Meijers als de belangrijkste achtergrond van de eigendom van onlichamelijke zaken, zie Meijers, *WPNR 2104* (1910), p. 205-206. Het lijkt dan overigens wel met name over de eigendom van de 'overige zakelijke rechten' (beperkte rechten) te gaan.

189 Idem, p. 205.

190 Hoogstens kan de figuur zijn diensten (blijven) bewijzen in het onderwijs door hier wellicht tot een sneller en helderder begrip te leiden, vgl. hierover Zwalve 1994-II, p. 7 en Pleysier, *WPNR 5651* (1983), p. 298. Een zekere didactische kracht kan de figuur immers niet worden ontzegd. Voor de rest constateert Pleysier met betrekking tot zowel de 'eigendom van een vordering' als de 'eigendom van een zakelijk recht': die zijn theoretisch misschien mogelijk doch voor de praktijk niet van groot belang. Zwalve merkt op dat het verschijnsel licht

ke zaak, en de schuldeisersvervanging als overdracht van een dergelijke zaak, hebben waarschijnlijk geleid tot een snellere acceptatie van de schuldeisersvervanging zonder instemming van de debiteur. Men kan een eigenaar van een (onlichamelijke) zaak immers gevoelsmatig veel moeilijker de mogelijkheid ontzeggen om 'zijn zaak' te vervreemden dan men een crediteur in een persoonlijke verbintenis kan weigeren zijn positie door een ander in te laten nemen. Maar men dient zich van de hier beschreven achtergronden van de constructie van de 'eigendom van vorderingsrechten' wel bewust te blijven: het was een middel tot een doel. Nu het doel is bereikt en de overdraagbaarheid van het vorderingsrecht buiten kijf staat, kan de vormgeving ervan ook met andere, voor de hand liggendere constructies plaatsvinden. Men kan immers ook eenvoudigweg de constructie van de schuldeisersvervanging aanhouden, doch hierbij niet het vereiste van de instemming van de debiteur stellen.[191] Het gebruik van de constructie van de 'eigendom van vorderingsrechten' maakte de zaken in het verleden en wellicht nog steeds begrijpelijker, aansprekender, en daardoor ook beter aanvaardbaar. Dat wil niet zeggen dat de 'eigendom' van een vorderingsrecht ook echt *bestaat* of zou moeten bestaan.[192] Men vergelijke hier de opmerkingen van Opzoomer over het begrip van de 'eigendom' van een recht tegenover dat van het bezit van een dergelijk recht:

> "Toch ga men hierin niet verder dan het Romeinsche recht gegaan is, waarvan het niet blijkt, dat onze wetgever in dit punt heeft willen afwijken. Waar men met de bloot *feitelijke* uitoefening van een recht te doen heeft, en haar stellen wil tegenover de *rechtmatige* uitoefening ervan, daar is het niet onnatuurlijk, dat men met Julianus aan het verschil tussen bezit en eigendom denkt, en er zoo toe komt, van den eigendom ook van een *recht* te spreken. Maar altijd houde men toch in het oog,

---

aanleiding geeft tot misverstand, wanneer men zich van de kunstmatigheid daarvan niet of niet meer bewust is.

191 In deze zin ook Zwalve *WPNR 6546* (2003), p. 668. Hij pleit ervoor de figuur weer te gaan zien voor wat ze is: de verbintenisrechtelijke rechtsfiguur van de schuldeisersvervanging. Ook wat hem betreft bestaat er immers, na de val van het Romeinse dogma van de onoverdraagbaarheid van vorderingen, geen bestaansgrond meer voor de goederenrechtelijke constructie van de cessie. Hij leidt hieruit af dat (ook) de mededeling aan de schuldenaar bij een cessie kan worden geschrapt en stelt voor om art. 3:94 BW te laten vervallen en aan Titel 6.2 BW de volgende bepaling toe te voegen: "Een schuldeiser kan door middel van een daartoe strekkende overeenkomst een derde in zijn plaats stellen. Door deze overeenkomst vindt geen schuldvernieuwing plaats." De Romeinen bereikten de absoluutrechtelijke weg van de overdracht van een vordering overigens via de verbintenisrechtelijke weg van het cessiemandaat, zie Lokin 2008, V58. Vergelijk over verschillende vormen van schuldeisersvervanging, en hoe dicht deze in feite bij elkaar liggen, ook Zwitser, *WPNR 6746* (2008), p. 211-222, met name zijn conclusie op p. 221.

192 Vgl. W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 836: "(…) de complicaties die zich bij het zaaksbegrip (stoffelijk object zowel als eigendom) voordoen, [doen] zich bij rechten juist niet voor(…). Waar men bij het zaaksbegrip in wisselende combinaties met beide aspecten te maken heeft, is er bij rechten maar één ding: dat recht. En, zoals bekend, twee dingen zien waar er maar één is, getuigt niet van een nuchtere blik."

dat dit spraakgebruik in het algemeen *geen aanbeveling verdient*, en dat men er vooral *geen gevolgen uit mag trekken* buiten den kring, waarbinnen de Romeinen bleven (…), omdat men nu eens heeft goedgevonden ook hierbij het woord 'eigendom' te gebruiken."[193] (cursiveringen toegevoegd)

6.2.1.3 *Loslaten van het kunstmatige onderscheid tussen eigendom en (on)lichamelijke zaak*

Deze redenering heeft wat mij betreft niet alleen gelding voor de 'eigendom van onlichamelijke zaken'. Evengoed heeft zij waarde voor het kunstmatig gemaakte onderscheid tussen eigendom en zaak, dat tot het 'eigendomsrecht *op* de zaak' en dus het van de zaak losstaande eigendomsbegrip leidt – en zo komen we weer bij de eigendom van *lichamelijke zaken*. Ook díe constructie is er één omwille van de begrijpelijkheid. De feitelijke kant van de (lichamelijke) zaak kan men weliswaar tegenover de rechtmatige, juridische kant van de zaak stellen, toch moet men hieraan niet te vergaande gevolgen willen verbinden. Met name moet deze in het *juridische* spraakgebruik ook wel met aparte benamingen ('zaak' en 'eigendom') aangeduide kanten niet zó serieus opvatten en zó ver uit elkaar trekken, dat zij tot twee losstaande begrippen vervormen.

Terwijl ik hiervóór in de paragrafen 6.1 en 6.2.1 dus reeds ten aanzien van de 'onlichamelijke zaken' betoogd heb dat een boven deze zaken gelegen, aparte laag van eigendom of toebehoren een zinloze en overbodige exercitie is – en daarmee een potentiële bron van verwarring – geldt mijns inziens in zekere zin hetzelfde voor het *op* de lichamelijke zaak *rustende* of van de zaak *losstaande* eigendomsrecht. Weliswaar maakt hier het sterk feitelijke, stoffelijke (lichamelijke!) karakter van de lichamelijke zaken – anders dan bij de onlichamelijke zaken (rechten) – het in sommige gevallen voor de hand liggender en begripsmatig inzichtelijker om de juridische kant van de zaak (het 'toebehoren' van de zaak[194]) een aparte naam te geven en hiervan een apart begrip te maken (eigendom) – bijvoorbeeld in het kader van de bescherming van de bestolen eigenaar – *noodzakelijk* is ook dit geenszins. Bovendien blijkt ook hierin een bron van verwarring te zijn gelegen ten aanzien van de structuur van het goederenrecht, met name met betrekking tot artikel 3:1 en 3:6 BW. Men kan dus beter volstaan met een aparte benaming van deze juridische kant, zonder hier een daadwerkelijk van de zaak *losstaand* begrip van te maken.

Men vergelijke hierbij nogmaals de opmerking van Verstijlen over de zinloosheid van het 'toebehoren' van zaken:

---

193 Opzoomer III (1876), p. 231. Zo ook Pitlo 1949, p. 20 over de eigendom van een vordering: "Dit is echter niet meer dan een beeld."

194 Voor alle duidelijkheid: 'toebehoren' wordt hier dus niet gebruikt in de zin van Van der Steur, als een aparte begripslaag boven de eigendom, maar juist als de eigendom van de zaak zelf.

> "De zegswijze dat een bepaald recht aan iemand toebehoort, impliceert niet dat die iemand een recht van toebehoren heeft *op* dat recht; er is niets anders mee gezegd dan dat die iemand rechthebbende is."[195] (cursivering toegevoegd)

Mijns inziens gaat deze uitspraak evenzeer op voor het van de zaak losstaande eigendomsrecht:

> De zegswijze dat een bepaalde zaak aan iemand toebehoort (iemands eigendom is), impliceert niet dat die iemand een recht van eigendom heeft *op* die zaak; er is niets anders mee gezegd dan dat die iemand rechthebbende (=eigenaar) is.

Bovendien *kan* men de op het losstaande eigendomsbegrip gebaseerde constructies uiteraard óók op andere manieren bereiken. Zo zou men in het geval van de hierboven aangehaalde bestolen eigenaar die bescherming verdient, deze eigenaar ook een eenvoudige, niet op een van de zaak losstaand eigendomsrecht gegronde rechtsvordering tot afgifte kunnen toekennen jegens degene die 'zijn' zaak onder zich heeft. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan rechtsvorderingen in de vorm van bezitsacties zoals wij die onder huidig recht kennen in artikel 3:125 BW – eventueel met ruimere toepassing – of de in de common law ten aanzien van roerende zaken bestaande bescherming op grond van de 'title' van bezit.[196] Aan een dergelijke vordering kan men een net zo sterke werking geven als men gepast acht. De rechtsvordering kan óók de vorm aannemen van een goederenrechtelijk werkend recht van de eigenaar op teruggave door eenieder die de zaak zonder recht houdt (in feite een revindicatie dus, artikel 5:2 BW) *zonder* dat dit recht zijn oorsprong per se hoeft te vinden in een van de zaak *losstaand* eigendomsrecht dat op de zaak is blijven rusten. Een wetswijziging zal hiervoor niet nodig zijn, hoogstens het loslaten van het separate eigendomsbegrip en een overeenkomstige interpretatie van artikel 5:2 BW. Bedoeld is dan ook slechts om aan te geven dat de hier genoemde achtergrond van het ontstaan van dit eigendomsbegrip *niet noodzakelijkerwijs* noopt tot de aanname van dit separate eigendomsbegrip. Dat geldt niet alleen bij de eigendom van gestolen zaken, maar ook bij de eigendom van zaken die door verjaring verkregen worden of de eigendom van zaken die aan een houder zijn afgegeven. Het woord 'eigendom' is weliswaar bijzonder handig om te kunnen gebruiken voor hetgeen bij de eigenaar 'achterblijft': de juridische kant van de zaak, de uit het hebben van een zaak voortvloeiende bevoegdheden. Maar men dient zich te realiseren dat de bevoegdheden die wij in deze gevallen aan de eigenaar toekennen puur zijn gelegen in de *voormalige* situatie:

---

195 Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 274.

196 Een vergelijkbare constructie kende het Romeinse zakenrecht: het recht te revindiceren kwam toe aan degene die de zaak rechtmatig van een voorganger had verkregen óf kon aantonen dat hij de zaak al gedurende een bepaalde tijd onder zich had gehad. Zie ook De Jong, diss. 2006, nr. 22. Een aanname van een eigendomsrecht is daarbij niet noodzakelijk.

dat de *zaak* (niet de eigendom) voorheen feitelijk én *met recht* door de eigenaar voor zichzelf werd gehouden.

Als gezegd is ook in het geval van de overdracht van de 'eigendom van een vorderingsrecht' het separate eigendomsbegrip niet onmisbaar en zijn er andere – en wellicht zelfs logischere – mogelijkheden denkbaar om een vorm van schuldeisersvervanging zonder toestemming van de debiteur te creëren.[197]

Ten slotte bestaat er geen noodzaak tot het separate eigendomsbegrip ten aanzien van de beperkte rechten ('eigendom van beperkte rechten'). Hierboven is uiteengezet dat het succes van de 'eigendom van onlichamelijke zaken' mede veroorzaakt werd door dit begrip van de 'eigendom van beperkte rechten'. Als achtergronden hiervan werden genoemd de tegenstelling tussen het bezit en de 'eigendom' van deze rechten en de stapeling van beperkte rechten. In het kader van de tegenstelling eigendom-bezit is het echter niet per se noodzakelijk naast de *bezitter* van een vruchtgebruik een *eigenaar* van dat vruchtgebruik te stellen.[198] In het kader van de 'stapeling' van beperkte rechten is het evenmin noodzakelijk naast de *vruchtgebruiker* van een erfpachtrecht een *eigenaar* van dat erfpachtrecht te stellen. Men kan er eenvoudigweg mee volstaan de bezitter van een vruchtgebruik tegenover de *vruchtgebruiker* te plaatsen en de vruchtgebruiker van een erfpachtrecht tegenover de *erfpachter*. De 'eigendom' van het vruchtgebruik of het erfpachtrecht is immers gelegen *in* het vruchtgebruik of erfpachtrecht *zelf*, en dient – ook in dit kader – niet te worden beschouwd als een zelfstandig, hiervan losstaand begrip.[199]

Met andere woorden: de goederenrechtelijke kant van een vordering of een beperkt recht (de *gerechtigdheid tot*) is in die vordering of dat beperkte recht wel te *onderscheiden*, maar kan niet van de vordering of het beperkte recht zelf worden *gescheiden*.

Deze laatste gedachte – de 'eigendom van onlichamelijke zaken' ligt reeds besloten in de onlichamelijke zaak zelf – geeft tevens een verklaring voor de gewoonte om óók bij de 'eigendom' van *onlichamelijke* zaken een zekere vereenzelviging van eigendom en zaak te hanteren. Deze gewoonte hield in dat de 'eigendom' van de onlichamelijke zaak zelden los van zijn voorwerp werd benoemd en dat er doorgaans werd gesproken van het vorderingsrecht, het

197 Zie noot 191 hierboven.

198 Deze noodzakelijkheid ontgaat ook Meijers, zie *WPNR 2104* (1910), p. 205.

199 Vgl. ook Land II (1901), p. 13: "Art. 555 drukt zich ook in zoover onjuist uit, dat de rechten niet het voorwerp van eigendom uitmaken. Van eene lichamelijke zaak is men eigenaar, bij vruchtgebruik is men vruchtgebruiker, bij een vordering schuldeischer: het dient tot niets, van eigendom van vruchtgebruik of van eene vordering te spreken." Op p. 114, noot 2 vermeldt hij: "Ik wil niet ontkennen, dat soms de uitdrukking [eigendom van een onlichamelijke zaak, *AFM*] dienstig kan zijn om de volkomenheid van een recht aan te duiden tegenover zijn onvolkomenheid, zijn bezit; (…) maar het is toch minder juist (…)."

vruchtgebruik, de erfdienstbaarheid enzovoort, en niet van de 'eigendom' hiervan, als de relevante *vermogensbestanddelen*.[200]

Nu is het mij er zeker *niet* om te doen tot een andere manier van bescherming van bestolen eigenaren te komen, of de overdracht van een vorderingsrecht weer als een vorm van schuldeisersvervanging te gaan beschouwen. Het is mij er óók niet om te doen het gebruik van de term 'eigendom van een zaak' uit te bannen. Waar het mij slechts om gaat, is om tot een helder beeld van de structuur van ons goederenrecht te komen. Het is hierbij mijns inziens van groot belang om in te zien dat de constructie van het eigendomsrecht op een (lichamelijke) zaak – net als die van de 'eigendom' van een *onlichamelijke zaak* – bedacht is uit een puur theoretisch functioneel oogpunt. Het idee van de 'eigendom' van een *vorderingsrecht* hebben we inmiddels – na bewijs van goede diensten, in het bijzonder de zeer algemene acceptatie van de mogelijkheid van schuldeisersvervanging zonder toestemming van de debiteur – tot zijn werkelijke waarde van hulpmiddel weten terug te brengen. Ook aan het onderscheid tussen eigendom en zaak nu, dient niet *teveel* waarde te worden gehecht; ook *hier* moeten we het van de zaak verwijderd geraakte begrip eigendomsrecht los durven laten waar en wanneer het geen functie (meer) vervult. Welbeschouwd zijn eigendom en zaak twee zijden van één en hetzelfde begrip, een twee-eenheid die zich slechts bevindt op één enkel niveau of één enkele laag in de goederenrechtelijke structuur. Het is niet nuttig het kunstmatige onderscheid tussen de twee op strikte wijze in stand te houden. De vereenzelviging van eigendom en zaak, die eigenlijk altijd heeft bestaan, is dan ook niet iets dat zomaar uit de lucht is komen vallen, en is *niet alleen maar* een concessie aan het dagelijks spraakgebruik. De zaak *is* daadwerkelijk je eigendom, je eigendom *is* daadwerkelijk de zaak.[201] We gebruiken alleen – al naar gelang we over de meer juridische of de meer feitelijke kant van de zaak spreken – soms de ene en soms de andere term, afwisselend en door elkaar, en zonder dat dit aanleiding geeft tot problemen. Vergelijk hierover andermaal W. Snijders:

> "De uitoefening van het eigendomsrecht en het gebruik van de zaak lopen voortdurend door elkaar heen. Eén blik op regels van de eerste vier titels van Boek 5 maken duidelijk dat men steeds heen en weer springt tussen feitelijke en juridische aspecten. Het is daarom niet verantwoord om in al de bepalingen precies te gaan aangeven waar nu het stoffelijk aspect en waar het eigendomsaspect aan de orde

200 Zie in die zin De Jong, diss. 2006, nr. 9.

201 Zo ook Opzoomer III (1876), p. 29: "Waar het den eigendom geldt, is het voorwerp van recht en het recht zelf volkomen één, zelfs in de taal van het dagelijksche leven."

is, laat staan welke mengvormen van deze aspecten aandacht vragen en hoe men deze eventueel weer uit elkaar moet rafelen."[202]

Volgens Snijders zijn het dan ook vooral "pragmatische overwegingen" die Meijers ertoe hebben gebracht op grond van de vereenzelvigingsgedachte zaak en eigendom *samen* onder het begrip zaak te brengen.[203] Meijers zelf heeft zich hierover niet al te uitvoerig uitgelaten, maar vermeldt in zijn Toelichting wel enkele redenen voor zijn keuze. Hij schrijft allereerst:

> "Tegen de samenvoeging van zaken en vermogensrechten [in artikel 3:1 BW, *AFM*] als goederen of vermogensbestanddelen *kan* als bezwaar worden geopperd, dat dit ongelijkwaardige grootheden zijn: zaken zijn het voorwerp van vermogensrechten; met een vorderingsrecht, een auteursrecht enz. staat niet een zaak, maar de eigendom van een zaak op één lijn; men diende dus eigenlijk alleen vermogensrechten als goederen of vermogensbestanddelen te erkennen."[204] (cursivering toegevoegd)

Meijers verwoordt hier niet zijn eigen opvattingen, maar de tegenwerpingen die door zijn tegenstanders tegen zijn systeem *zouden kunnen* worden ingebracht. Meijers kan zich in de door deze tegenstanders voorgestane terminologie echter niet vinden en brengt hiervoor twee redenen naar voren:

> "Tegen deze terminologie verzet zich echter in de eerste plaats het spraakgebruik, hetwelk nu eenmaal een zaak en de eigendom van de zaak identificeert. Om te gaan spreken van de verkoop van het eigendomsrecht op een zaak in plaats van de verkoop van een zaak, bij een ruilovereenkomst te spreken van een ruil van rechten in plaats van een ruil van zaken, geeft iets gedwongens aan de rechtstaal. Nog meer wordt dat het geval, wanneer men dan verder zou moeten spreken van het bezit van de eigendom van een zaak, het vruchtgebruik van de eigendom van een zaak, het beheer van de eigendom van een zaak, enz. Hier laat zich het feitelijk element, dat in de begrippen bezit, gebruik, vruchttrekking, beheer enz. zit, gelden. Het is de zaak, die men bezit, gebruikt of beheert en waarvan men de vruchten trekt. Zodra men echter spreekt van bezit, vruchtgebruik, beheer enz. van een zaak, komt men tot het op één lijn stellen van zaken en rechten. Want naast het bezit

202 W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 832. Vgl. ook Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 5a, die eerst een uitvoerige dogmatische beschouwing wijdt aan het verschil tussen eigendom en zaak, om vervolgens in de volgende woorden *toch* toe te geven aan de kennelijk onontkoombare neiging om eigendom en zaak met elkaar te vereenzelvigen: "In hetgeen hierna volgt zal veelal de praktijk worden gevolgd waarin het eigendomsrecht wordt vereenzelvigd met de zaak, het object van het eigendomsrecht, men zal zich echter steeds ervan rekenschap dienen te geven of met het woord zaak een stoffelijk object wordt bedoeld dan wel de eigendom ervan." Het is mij altijd onduidelijk gebleven waarom schrijvers deze vereenzelviging gebruiken indien ze wél *daadwerkelijk* van mening zijn dat het om twee verschillende begrippen gaat.

203 W. Snijders, a.w., p. 832.

204 TM bij art. 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63.

van een zaak, treedt dan het bezit van een recht (vruchtgebruik, auteursrecht enz.); naast het vruchtgebruik van een zaak, het vruchtgebruik van een recht; naast het beheer van een zaak, het beheer van een recht, enz. Geen enkel rechtsstelsel, oud of modern, heeft met deze terminologie gebroken."[205]

Het *spraakgebruik* en het *feitelijke element* in begrippen als bezit zijn voor Meijers dus belangrijke redenen om, gelijk ieder ander rechtsstelsel, de vereenzelviging van eigendom en zaak aan te houden. In het spraakgebruik identificeert men immers steeds gemakkelijk en onherroepelijk de vermogensbestanddelen waar het in het vermogensrecht om draait: zaken en rechten.[206] Als er iets is dat – van oudsher al – onderdeel uitmaakt van ons vermogen, dan zijn het wel zaken, en daaraan ontkwam ook niet Meijers toen hij 3:1 BW opstelde. In – zeer eenvoudig – schema ziet dit er als volgt uit:

Zaak naast Recht

Door de introductie van een 'boven de zaak hangend' eigendomsbegrip, waarin wij de eigenaarsbevoegdheden willen vatten, dreigt deze terechte 'op-één-lijnstelling' *scheef*getrokken te worden:

Eigendom(srecht) naast Recht
|
Zaak

205 Idem.

206 Bij een ruil die betrekking heeft op zaken, ruilt men dan ook daadwerkelijk niet de *eigendomsrechten* op die zaken, maar de *zaken*. Inherent aan de ruil van zaken (en essentieel voor het door partijen beoogde rechtsgevolg) is echter de presumptie dat de personen die ruilen eigenaar zijn van de zaak die ze ruilen. Het hebben (en ruilen) van de zaak (*hun* zaak) impliceert dit: men kan immers niet met het beoogde rechtsgevolg de zaak van een ander ruilen. Ruilt men inderdaad *zijn* zaak, dan ruilt men met de zaak tevens de daaraan inherente eigendom. Maar men ruilt dus niet de eigendomsrechten zelf, men ruilt de zaken met de bedoeling hiervan eigenaar te worden. Ruilt men zaken van een ander, dan zal dit beoogde rechtsgevolg niet intreden. Anders Van der Steur, diss. 2003, p. 45. Ook met betrekking tot het bezit van een zaak geldt dat men daar niet kan spreken van het bezit van het *eigendomsrecht* op die zaak. Zou men dat wel doen, dan zou verkrijgende verjaring leiden tot de onzinnige verkrijging van de eigendom van het eigendomsrecht op de zaak. Vgl. in die zin De Jong, diss. 2006, nr. 184. De bezitter bezit de zaak *alsof* hij de eigendom van de zaak heeft. Hij bezit niet de eigendom zelf. Anders wederom Van der Steur, diss. 2003, p. 46.

De vereenzelviging van eigendom en zaak biedt uitkomst en trekt het geheel weer recht.[207] Hiermee kunnen we immers tóch de zaken en de rechten op hetzelfde niveau – als de vermogensbestanddelen – behouden:

Zaak/Eigendom naast Recht

Meijers zelf besluit de uiteenzetting van zijn redenen van spraakgebruik en feitelijkheid met:

> "Om de hier uiteengezette redenen is de samenvoeging van zaak en recht onder één begrip, goed of vermogensbestanddeel, gehandhaafd. Tegenover het *logisch onzuivere* van deze terminologie staat dan het grote voordeel van haar practische bruikbaarheid."[208]

Meijers lijkt zich dus in zekere zin wel in te kunnen leven in het bezwaar van zijn tegenstanders, dat zijn terminologie tot een *logisch onzuiver* resultaat zou leiden. Voor hem geeft echter de praktische bruikbaarheid de doorslag. Zelf zou ik echter nog wel wat verder willen gaan dan Meijers hier wellicht voor ogen heeft gehad en nog wel wat stelliger willen zijn in de verdediging van de vereenzelviging van eigendom en zaak: niet alleen *pragmatische* overwegingen, maar óók de meest accurate weergave van het goederenrechtelijke systeem *dwingen* ertoe eigendom en zaak op hetzelfde niveau te brengen. Juist het *niet* vereenzelvigen van eigendom en zaak – het uit elkaar trekken van de twee – leidt tot een onscherp en onzuiver goederenrechtelijk systeem. Het zorgt er immers voor dat een uit praktisch oogpunt ontworpen begrip – de eigendom – de zaak van zijn rechtsmatige plaats in het goederenrechtelijk systeem – als

207 Een andere oplossing om zaak en recht weer op één lijn te krijgen is om ook boven de rechten een eigendomsrecht te construeren: de eigendom van onlichamelijke zaken. Dat is het systeem van het oud BW. Zoals al meerdere malen betoogd, heeft deze mogelijkheid niet mijn voorkeur. Meer hierover nog bij de schematische weergaves van par. 6.2.2.

208 Idem. De volledigheid gebiedt te vermelden dat hij hieraan nog het volgende toevoegt: "Trouwens wat daarin onlogisch is, behoeft nimmer tot gevaarlijke gevolgtrekkingen te leiden, wanneer men slechts voor ogen houdt, dat daar, waar een voorschrift in het algemeen van goederen spreekt en dientengevolge ook op zaken betrekking heeft, de zaken alleen als voorwerp van eigendom in aanmerking komen. Een overdracht of bezwaring van goederen omvat dus ook een overdracht of bezwaring van zaken, maar in de zin van een overdracht of bezwaring van het recht van eigendom op die zaken; niet in de zin van een overdracht van het houderschap of het bezit van een zaak." Bij dit laatste kan men zich alleen maar aansluiten: uiteraard gaat het om de eigendom van zaken, niet het houderschap of het bezit ervan. Dat volgt ook al uit de kwalificatie van de zaak als *vermogensbestanddeel*: een zaak behoort pas tot iemands vermogen als hij daarvan *eigenaar* is, niet als hij daarvan slechts houder of bezitter is. Een separaat eigendomsbegrip heeft men hiervoor niet nodig.

vermogensbestanddeel – verdringt en daarmee ons beeld van de plaats van de zaak in dat systeem dreigt te vertroebelen.

Het als de 'vereenzelviging van eigendom en zaak' bekend staande fenomeen is dus, als gezegd, *niet alleen maar* een kwestie van taalgebruik. Vereenzelviging vindt plaats omdat er – afgezien van de hierboven besproken, met ons begripsvermogen samenhangende achtergronden – geen daadwerkelijke behoefte bestaat aan twee verschillende begrippen. Het bijna onuitroeibare succes van de vereenzelviging van eigendom en zaak is hiervan een bijzonder goed bewijs. Het was een notie die men bijna niet behoefde uit te leggen, hetgeen Meijers daarom begrijpelijkerwijze grotendeels achterwege liet. Hij kon van de termen 'eigendom' en 'zaak' dus eenvoudigweg door elkaar gebruikmaken, de term 'zaak' soms ook voor het aspect 'eigendom' of voor de gehele, moeilijk splitsbare twee-eenheid bezigen of eventueel waar een wetsartikel wat duidelijker over de juridische kant van de zaak gaat, de term 'eigendom' gebruiken en elders – waar het duidelijker de stoffelijke kant betreft – de term 'zaak'.[209] De vereenzelviging is mijns inziens dan ook gebaseerd op de kern van waarheid die erin schuilgaat: eigendom en zaak zijn in feite aanduidingen van één en hetzelfde. En dat is: een stoffelijk object dat deel uit kan maken van een vermogen, het stoffelijk object als vermogensbestanddeel dus. Of, zo men wil: als rechtsobject.[210] Deze gedachte vindt men zonder veel moeite ook terug in artikel 3:2 BW:

> "Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten."

dat overigens in de oorspronkelijk door Meijers opgestelde versie nog luidde:

> "Zaken zijn stoffelijke voorwerpen, die voor bezit [en *dus* eigendom, *AFM*] vatbaar zijn."[211]

en dat blijkens de parlementaire geschiedenis uitdrukt:

> "dat een kenmerk van het juridische zaak-begrip is, dat het stoffelijk voorwerp vatbaar is voor machtsuitoefening."[212]

Zaak, zo noemen we het voor machtsuitoefening vatbare stoffelijke voorwerp, zowel wanneer het daadwerkelijk als vermogensbestanddeel dienst doet, als

---

209 Zie in vergelijkbare zin W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 832 en (H.J.) Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 35.

210 Het begrip rechtsobject is daarmee – anders dan bij Van der Steur – een object dat een zelfstandige plaats heeft in het stelsel van het (objectieve) vermogensrecht, niet een object dat het voorwerp is van een subjectief vermogensrecht. Het is het directe voorwerp van concrete toepassing van rechtsregels.

211 OM bij art. 3:2 BW, PG Boek 3 BW, p. 64.

212 V.V. II (1958) en MvA II (1971) bij art. 3:2 BW, PG Boek 3 BW, p. 65.

wanneer het weliswaar als vermogensbestanddeel dienst *kan* doen, maar op dit moment (tijdelijk) niet daadwerkelijk deel uitmaakt van iemands vermogen. *Eigendom*, zo noemen we hetzelfde object als het ook daadwerkelijk als vermogensbestanddeel dienst doet. Doet het object dus dienst als vermogensbestanddeel, dan kunnen eigendom en zaak met elkaar *vereenzelvigd* worden: het geheel speelt zich op één en hetzelfde niveau af, dat van de (potentiële) vermogensbestanddelen. Doet het geen dienst als vermogensbestanddeel, dan bestaat er geen eigendom, slechts een zaak.[213] Ook dan speelt zich dit op hetzelfde, enkelvoudige niveau van de (potentiële) vermogensbestanddelen af. Deze laatste – verweesde – zaak heeft, als potentieel vermogensbestanddeel – ondanks het ontbreken van een bijbehorend eigendomsrecht – *eenzelfde* plaats in het vermogensrecht als de zaak die wél onderdeel is van een vermogen.

Doet de zaak dienst als vermogensbestanddeel, maar is de eigenaar zijn zaak feitelijk *verloren*, bijvoorbeeld door diefstal, dan is het gebruikelijk te zeggen dat hij wel de *zaak*, maar niet de *eigendom* is verloren. We kunnen echter ook zeggen dat hij zijn zaak of zijn eigendom wel *feitelijk* maar niet *juridisch* (als vermogensbestanddeel) is verloren. De eigenaar is immers óók zijn *zaak* eigenlijk helemaal niet verloren: de zaak is nog steeds van hem, is nog steeds een bestanddeel van zijn vermogen. Deze twee formuleringen lijken misschien erg op hetzelfde neer te komen: de juridische kant van de zaak (die we eigendom noemen) is nog bij de eigenaar, de feitelijke kant (de zaak zelf) is dat niet meer. Ik heb ook geen bezwaar tegen de eerste formulering. Alleen wordt met de laatste, alternatieve manier van formuleren iets duidelijk gemaakt dat men zich moet blijven realiseren: dat er óók in geval van diefstal – waar er een feitelijke afstand tussen de eigendom en de zaak bestaat – nog steeds geen sprake hoeft te zijn van een van de zaak volledig *losstaand* en *erboven liggend* eigendomsrecht. Al bestaat er een 'fysieke' afstand tussen de feitelijke kant en de juridische kant van de zaak ontstaan, het blijven twee kanten van een twee-eenheid.

Men heeft dus geen op de zaak rustend eigendomsrecht nodig om de verweesde of verloren zaak een plaats in het vermogensrecht te geven. Als een zaak van iemand is, iemand is gaan toebehoren, dan is die zaak zelf zijn eigendom geworden. Hij heeft dan een zaak in zijn vermogen, net zoals hij vorderingsrechten in zijn vermogen heeft, of beperkte rechten. Er wordt dus niet iets geheel nieuws gecreëerd (een *eigendomsrecht op* de zaak), dat vervolgens *zelf* – in plaats van de zaak – het nieuwverworven onderdeel van diens vermogen is geworden. Het eigendomsrecht staat gelijk aan het (rechtmatig) hebben van de zaak. De creatie van een eigendomsrecht is slechts een manier om te beschrijven dat een *zaak* aan iemand toebehoort. Bij lichamelijke, stoffelijke zaken hebben juristen het nu eenmaal praktisch geacht deze juridische kant

213 Dit kan zich overigens slechts bij roerende zaken voordoen. Onroerende zaken worden immers o.g.v. art. 5:24 BW eigendom van de Staat indien en zodra ze geen andere eigenaar meer hebben.

een speciale naam te geven. Bij 'onlichamelijke' zaken – rechten – zien de meesten in dat iets vergelijkbaars (de 'eigendom' of het 'recht van toebehoren' van dergelijk rechten) een overbodige exercitie is. Mijn gedachte is nu dat – afgezien van bewezen praktisch nut – ook bij de stoffelijke zaken het in feite een overbodige exercitie betreft, een concept dat bovendien weinig recht doet aan de *werkelijkheid*. Een werkelijkheid waarin men *zaken* heeft, koopt of overdraagt – auto's, meubels, stukken grond – geen eigendomsrechten. Het eigendomsrecht op lichamelijke of onlichamelijke zaken is functioneel geweest in de ontwikkeling van nieuwe mogelijkheden, en komt nog steeds van pas om de specifiek juridische kant van lichamelijke zaken aan te duiden, maar de strikte hantering van het onderscheid tussen eigendom en zaak leidt ertoe dat we soms wat te ver van de realiteit af zijn komen te staan.

Inspiratie voor deze gedachte kan overigens niet alleen worden gevonden in *juridische* bronnen, onder welke met name de hiervoor aangehaalde opvattingen van W. Snijders. Ook een hele andere tak van wetenschap – een door juristen niet veel gebruikte bron – kan hier inspiratie bieden: de wiskunde. Ik permitteer me hier dan ook een ongebruikelijk, maar klein uitstapje naar de wiskunde, en citeer daarvoor Ronald Meester, hoogleraar wiskunde aan de Vrije Universiteit Amsterdam, in een boekbespreking in de Academische Boekengids van enkele recente boeken over 'de kern van de wiskunde'.[214] Meester sluit zich hierin aan bij de opvatting dat niet de logische bewijsvoering, doch het creatieve idee de werkelijke kern van de wiskunde vormt, en hij benadrukt de noodzaak van het creatieve idee om in crisissituaties, situaties van ambiguïteit, niet vruchteloos in tegenstellingen te verzanden. Hij schrijft:

> "Het overwinnen van een crisis[215] gaat altijd gepaard met een dieper inzicht waarmee twee verschillende en elkaar uitsluitende gezichtspunten op de een of andere manier toch samengebracht kunnen worden in een nieuw en overstijgend gezichtspunt. Een dergelijke crisissituatie wordt (…) een *ambiguïteit* genoemd: een enkelvoudige situatie die op twee consistente maar elkaar uitsluitende manieren te beschouwen is. De crux van het goed bedrijven van wiskunde is dan (…) om die beide gezichtspunten te laten bestaan, en op een vruchtbare manier heen en weer te kunnen springen. (...) Het prachtige van de wiskunde is dat deze ambiguïteiten niet alleen voorkomen, maar dat je [ze] zelfs moet opzoeken – waarna het de kunst is om niet te kiezen. De reikwijdte van een wiskundige ingeving wordt bepaald door de mate waarin dit idee elkaar voorheen uitsluitende bevindingen met elkaar in verband weet te brengen op een hoger plan (…)."

---

214 R. Meester, 'Wat is wiskunde? De rol van logica en creativiteit', *ABG 89* (2011), p. 5 e.v.

215 Als voorbeeld hiervan in de wiskunde noemt hij de situatie die ontstond na de ontdekking dat de schuine zijde van een driehoek met twee rechte zijdes gelijk aan 1 niet als breuk geschreven kon worden, terwijl de oude Grieken alleen rationale getallen kenden (breuken dus), en die een enorme crisis in de wiskunde betekende die pas heel veel tijd later overwonnen werd, toen de schijnbare tegenstrijdigheid tussen een rationaal getallenstelsel aan de ene kant, en de meetkunde aan de andere kant opgeheven werd.

Zonder al te hoogdravend te willen doen over 'de kern van het recht', meen ik dat veel van dit principe ook in het geval van eigendom en zaak tot een dieper inzicht of hoger begrip van de juridische werkelijkheid kan leiden.[216] Eigenlijk heeft het overstijgende gezichtspunt ten aanzien van ons onderwerp zich lang geleden al gevormd: zij ligt in de voor iedereen vanzelfsprekende vereenzelviging van eigendom en zaak. En zoals W. Snijders reeds schreef in een opmerking waarvan het belang naar mijn mening moeilijk kan worden overschat:

> "Deze vereenzelviging is belangrijk voor een goed begrip van het stelsel van het huidige goederenrecht."[217]

Het is aan ons om ook hier op een vruchtbare manier heen en weer te springen tussen de beide in het vereenzelvigingsprincipe verenigde gezichtspunten. Doen wij dat, dan heeft de wettelijke systematiek niet te *lijden* onder de vereenzelviging van eigendom en zaak,[218] maar wordt zij er juist door *verrijkt*.

6.2.2 Het vermogensrecht in één laag: de vermogensbestanddelen

Wat heeft deze basisgedachte – eigendom en zaak worden niet alleen in het spraakgebruik met elkaar vereenzelvigd, maar moeten daadwerkelijk beschouwd worden als twee zijden van één en hetzelfde begrip – nu voor gevolgen voor de structuur van het goederenrecht? Met deze gedachte in het achterhoofd blijkt het systeem in de kern (weer) veel simpeler en ongelaagder te zijn dan het tegenwoordig door velen wordt voorgesteld. Daarmee doet het naar mijn mening ook veel beter recht aan de realiteit. Het systeem is pas complex geworden doordat men allerlei – in de vorige paragraaf besproken – 'denkhulpjes' in het systeem heeft willen opnemen: aan andere begrippen inherente aspecten die we een aparte naam hebben gegeven om het ons gemakkelijker te maken bepaalde situaties te beschrijven en te analyseren of om

---

216 Ik had mijn heil overigens ook in de natuurkunde kunnen zoeken, waar bijv. een elektron op hetzelfde moment op twee plekken tegelijk kan zijn én niet-zijn, afhankelijk van het feit of en waar een meting wordt gedaan (quantummechanica). En waar een foton tegelijkertijd zowel als een golf als als een deeltje is voor te stellen. Dat zijn allemaal moeilijk voorstelbare realiteiten en daarom werkt men in de praktijk met gemakkelijkere voorstellingswijzen – zoals in het recht met een strak onderscheid tussen eigendom en zaak i.p.v. de ambiguïteit van de twee-eenheid eigendom en zaak. Die doen echter niet af aan het bestaan van die moeilijk voorstelbare realiteiten zoals de stand van de natuurwetenschappen die tot op heden heeft ontdekt.

217 W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 832.

218 Zoals (o.a.) Van der Steur meent (diss. 2003, p. 44). Tot daadwerkelijke verwarring heeft de vereenzelviging in de praktijk echter niet tot nauwelijks geleid, juist omdat zij zo natuurlijk is. De voorbeelden van wetteksten die zij noemt leiden in ieder geval niet tot enige onduidelijkheid.

bepaalde rechtsfiguren gemakkelijker geaccepteerd te krijgen. Deze 'denkhulpjes' hebben (de kern van) het systeem echter niet veranderd; ze hebben slechts ons zicht erop vertroebeld. Het is mijns inziens voor een goed begrip van het systeem dan ook van groot belang de relatieve eenvoud ervan niet uit het oog te verliezen.

De basis van dit eenvoudige systeem wordt – als gezegd – gevormd door de vermogensbestanddelen *zaak* en *recht*. Men heeft simpelweg een zaak, óf men heeft een recht – geheel overeenkomstig artikel 3:1 BW. Dat zijn de vermogensbestanddelen die aan rechtssubjecten kunnen 'toebehoren'.[219] Dit zijn de twee grootheden in het vermogensrecht en ze bevinden zich op één en hetzelfde niveau, het niveau van de vermogensbestanddelen ofwel de goederen. Meer is er niet, behalve dan dat eigendom en zaak – onlosmakelijk met elkaar verbonden als ze zijn – in zekere zin *beide* (tezamen) te beschouwen zijn als een 'goed'. Door hun vereenzelviging met elkaar kunnen namelijk de beide begrippen – ook de eigendom – gerekend worden tot de noemer 'zaken' in artikel 3:1 BW. Het eigendomsrecht valt dus niet in de categorie 'vermogensrechten', nu het al – exclusief – onder de noemer 'zaken ' valt, sterker nog, hiermee vereenzelvigd kan en zelfs *dient* te worden. Bij eigendom gaat het immers om het hebben van een *zaak*.

Zaken en *rechten* kunnen – als vermogensbestanddelen – aan iemand toebehoren, maar ze zijn wel fundamenteel verschillend. Een *zaak* is een stoffelijk object, dat autonoom van ons bestaat en daarnaast een belangrijke juridische rol speelt als (potentieel) vermogensbestanddeel – en dan spreken we ook wel over *eigendom*. Een *recht* is een volledig juridisch begrip, door de mens zelf in het leven geroepen, maar dat als zodanig ook een belangrijke rol speelt als vermogensbestanddeel. Het onderscheid tussen deze twee categorieën is hét fundamentele onderscheid tussen de verschillende objecten die in het goederenrecht een rol spelen als vermogensbestanddeel. Het wegredeneren van dit onderscheid door een zaak als een eigendomsrecht op een zaak te beschouwen, is in mijn ogen een miskenning van dit fundamentele onderscheid.[220]

---

219 Dit 'toebehoren' zou ik dus niet als zodanig als een nieuwe, aparte laag willen betitelen, een laag die de zaken en de vermogensrechten aan rechtssubjecten koppelt of waarin de beschikkingsmacht van de rechtssubjecten over hun zaken en vermogensrechten is gelegen. Het vermogensrecht handelt immers per definitie over vermogensbestanddelen: over zaken die een rechtssubject toebehoren. Het zijn de regels van het vermogensrecht zelf die deze vermogensbestanddelen aan rechtssubjecten koppelen, bepalen wie eigenaar of crediteur is, en daarmee de beschikkingsmacht hierover en de andere uit het recht voortvloeiende bevoegdheden heeft. Daar is geen aparte laag of juridisch concept voor nodig: die voegt niets toe aan de goederenrechtelijke systematiek.

220 In oud BW-termen geldt dat men op deze manier van iedere lichamelijke zaak een onlichamelijke zaak kan maken. In die zin Land II (1901), p. 12.

De hierboven verkondigde opvattingen kunnen dan ook worden samengevat in het volgende – zeer eenvoudige – schema van de structuur van het goederenrecht:

Zaak (incl. **Eigendom**) naast ***Recht*** (incl. evt. Toebehoren)

(beperkt recht, vorderingsrecht, intellectueel eigendomsrecht[221] etc.)

Bij dit schema en de hierna volgende schema's geldt de volgende toelichting:
cursief: de vermogensbestanddelen in het systeem
onderstreept: vormen van 'toebehoren', in een aparte laag of in een ander begrip begrepen
vetgedrukt: waar vindt men in het systeem de eigendom, de zaak en het (vermogens)recht terug?

6.2.2.1 Een vergelijking met de systemen van Van der Steur, Struycken en De Jong: van drie naar twee naar één laag in het vermogensrecht

Ook de opvattingen uit de door mij in de paragraaf 6.1 behandelde proefschriften roep ik hierbij – in zo eenvoudig mogelijke schema's – nog even in herinnering, zodat de verschillen in opvatting goed zichtbaar worden. Allereerst Van der Steurs drielagige systeem:

Toebehoren | ***Eigendom*** | **Zaak** naast *Toebehoren* | (overige) ***Recht***(en)

221 Bij intellectuele eigendomsrechten kan m.i. geen sprake zijn van vereenzelviging. Daar draait het immers niet om het *hebben van* een geschreven gedicht of boek, een gemaakte film of de gedane uitvinding (het apparaat bijv.) zélf. Het gaat om het *hebben van* de rechten tot vermenigvuldiging, verspreiding, verkoop, uitgifte van licenties e.d. Daarvoor zijn *los* van het stoffelijke object staande rechten vereist. Die rechten zijn dus de relevante vermogensbestanddelen. De gedichten (op papier), films, apparaten e.d. zelf kunnen vermogensbestanddelen (zaken) van eenieder die ze koopt, zijn. Ook de intellectuele eigendomsrechten hebben naar mijn idee dan ook geen 'rechtsobject' zoals in het systeem van Van der Steur (zie par. 6.1.1.3 slot): de zogenaamde *corpora mystica*.

Het is lastig in Van der Steurs systeem aan te geven wat nu precies de vermogensbestanddelen zijn. Indien er een daadwerkelijk '*recht* van toebehoren' boven de vermogensrechten hangt, dan kan men niet anders dan dit recht als vermogensbestanddeel kwalificeren.[222] Van der Steur lijkt haar toebehoren in het algemeen echter wat voorzichtiger te formuleren dan als een echt *recht*. Zij karakteriseert zelf bovendien de *eigendom* en de overige *(vermogens)rechten* als de vermogensbestanddelen van haar hierboven weergegeven systeem. Als men echter een derde begripslaag in het vermogensrechtelijk systeem creëert – een laag die boven de vermogensrechten wordt geplaatst en waarin bepaalde bevoegdheden (de bevoegdheden *op grond van het toebehoren*, waaronder de beschikkingsbevoegdheid) worden begrepen die zich op een ander niveau bevinden dan de bevoegdheden die het *eigendomsrecht* of het *andere vermogensrecht* zelf verschaffen[223] – dan is het mijns inziens onvermijdelijk dat er een zekere mate van verwarring ontstaat over de aard van die twee lagen. In feite worden de vermogensbestanddelen op deze wijze door Van der Steur uit elkaar getrokken en verdeeld over meerdere lagen. Als vermogensbestanddelen van haar systeem kunnen dan misschien ook maar het beste worden aangeduid: deze beide lagen tezamen.

Een iets eenvoudigere vorm, zonder de aparte bovenlaag van het 'toebehoren', heeft het meest gangbare – tweelagige – systeem van Struycken.

Eigendom		***Recht***
|	naast	
Zaak		

Ik wijk – net als Struycken – af van het systeem van Van der Steur door geen aparte bovenlaag van 'toebehoren' te erkennen. Voorts wijk ik met mijn opvatting van *zaken* en *rechten* als vermogensbestanddelen af van de – meer gangbare – opvattingen van Struycken én Van der Steur om niet de *zaak* maar het daarboven hangende *eigendomsrecht* als vermogensbestanddeel te kwalificeren. Door boven de zaak een eigendomsrecht te plaatsen, verbannen zij de zaak naar een lager niveau en miskennen zij naar mijn mening de vereenzelviging van eigendom en zaak. Deze vereenzelviging beschouwen zij slechts als gangbaar spraakgebruik; in hun systeem zien zij hiervoor geen werkelijke rol weggelegd.

222 Dat is dan ook wat De Jong doet ten aanzien van het in *zijn* systeem opgenomen 'toebehoren'.

223 Vgl. Van der Steur, diss. 2003, p. 6, 19, 41.

Tenslotte wijk ik sterk af van de – veel minder gangbare – opvatting van De Jong, die als meest opvallende element in zijn structuur van het goederenrecht een heel aparte plaats inruimt voor het beperkte recht. Zijn – tweelagige – structuur kan als volgt op schematische wijze worden weergegeven:

Eigendom		*Beperkt* ***recht***		(ander) *Toebehoren*
|	naast	|	naast	|
Zaak		**Zaak/Recht**		**Recht**

Hij kwalificeert in zijn systeem *niet* de zaken en rechten als vermogensbestanddelen – die kwalificeert hij namelijk als *voorwerpen van recht* of *voorwerpen van toebehoren* – maar de daarboven hangende goederenrechtelijke rechten: eigendomsrechten, overige 'rechten van toebehoren', maar óók de beperkte rechten. Eigendom, maar ook de beperkte rechten ziet hij als een vorm van 'toebehoren': *rechten van toebehoren*. Die *rechten van toebehoren* vormen de vermogensbestanddelen van zijn systeem.

De Jong maakt dus een principieel onderscheid tussen *rechten van toebehoren* (de goederenrechtelijke rechten) en *voorwerpen van toebehoren*.[224] Volgens hem moeten we er vanuit gaan dat de goederenrechtelijke rechten – eigendom, toebehoren en beperkte rechten – betrekking hebben op de *voorwerpen van toebehoren* en dat zij zélf niet als *voorwerpen van toebehoren* zijn voor te stellen.[225] Men kan dus niet spreken van de 'eigendom van een beperkt recht' of van het 'toebehoren van een eigendomsrecht'. Op *andere* rechten dan goederenrechtelijke rechten erkent hij echter wél een 'recht van toebehoren': een soort *eigendom van rechten* dus.

Ten aanzien van de eigendom van *zaken* doet De Jong derhalve hetzelfde als Struycken en Van der Steur: verzuimen de rol van de zaak als vermogensbestanddeel te erkennen door de zaak naar een lager niveau in het systeem te verbannen en de vereenzelviging van eigendom en zaak te miskennen. Hij stelt hiertoe – niet nader beargumenteerd – dat na vestiging van een beperkt recht duidelijk wordt dat het *dogmatisch gezien noodzakelijk* is 'recht op een zaak' en 'zaak' als begrippen van een *verschillend niveau* te onderscheiden. De zaak zelf, als stoffelijk object, is in De Jongs optiek in een dergelijk geval bezwaarlijk

224 In zijn interpretatie van artikel 3:1 BW hebben de daar genoemde categorieën 'zaken' en 'vermogensrechten' betrekking op de *voorwerpen van toebehoren*. Onder 'vermogensrechten' kan men daarom niet de beperkte rechten vatten, die volgens hem immers *rechten van toebehoren* en geen *voorwerpen van toebehoren* zijn. Ook het eigendomsrecht valt onder geen van beide in artikel 3:1 BW genoemde categorieën.

225 De Jong, diss. 2006, nr. 202.

te kwalificeren als vermogensbestanddeel.[226] Hij zal hiermee bedoelen te zeggen dat als men een beperkt recht op een zaak vestigt, er ook een bloot eigendom zal 'overblijven', hetgeen het vermogensbestanddeel is dat de bloot eigenaar in zijn vermogen behoudt. Dat deze bloot eigendom zich ook op *hetzelfde niveau* zou moeten bevinden als het beperkte recht *op* een zaak en derhalve op een *hoger niveau* dan de zaak zelf, acht ik echter verre van onvermijdelijk. Weliswaar blijft de zaak na vestiging van een beperkt recht aan iemand toebehoren – blijft er een juridische kant aan de zaak zitten – het is geenszins noodzakelijk van deze (bloot) eigendom en de zaak zelf begrippen van *verschillend* niveau te maken. Mijns inziens is ook *deze* – bloot – *eigendom* te vereenzelvigen met de zaak: de bloot eigenaar behoudt niet zozeer de bloot eigendom, hij behoudt eenvoudigweg de *zaak*, ook al is die nu bezwaard met een beperkt recht. De Jong meent dat het bij zowel de eigendom als het vruchtgebruik gaat om een heerschappijverhouding ten aanzien van een voorwerp dat buiten de titularissen van beide rechten gelegen is en hen legitimeert in een bepaalde verhouding tot dat voorwerp. Dat ben ik met hem eens. Maar ook dit zegt nog niets over het (verschil in) karakter van de (bloot) eigendom en het beperkte recht en over de vraag of deze heerschappijverhoudingen tot de zaak ook verhoudingen van *eenzelfde niveau* zouden zijn. Naar mijn mening is alleen bij het beperkte recht op de zaak daadwerkelijk sprake van twee verschillende lagen; bij de eigendom van een zaak – ook de *bloot* eigendom – is dit mijns inziens niet het geval. Mijn opvatting van het beperkte recht komt hieronder in paragraaf 6.2.3 nog uitgebreid aan de orde.

Ook de rol van de *vermogensrechten* (onlichamelijke zaken) als (zelfstandige) vermogensbestanddelen wordt door De Jong ten onrechte weggeredeneerd, door er een 'toebehoren' boven te plaatsen. Ook hier leidt de mogelijkheid van de vestiging van een beperkt recht volgens De Jong onvermijdelijk tot een 'eigendom van rechten'. In mijn opvatting van het systeem is ook dit echter geenszins noodzakelijk. Ik heb reeds enkele malen betoogd dat een dergelijk 'toebehoren' overbodig is en in de rechten zelf is vervat. Ook bij de volledige juridische constructies die de vermogensrechten zijn, kan men weliswaar een bepaalde *gerechtigdheid uit* het vermogensrecht *in* dit vermogensrecht zelf onderscheiden, maar het dient geen nut (meer) – levert eerder een vertroebeling van de rol van het vermogensrecht als vermogensbestanddeel op – om hiervan een separate juridische constructie te maken.

Het verschil tussen De Jongs en mijn eigen opvatting ten opzichte van het meest gangbare systeem van Struycken is kort samengevat – en in soortgelijke bewoordingen als De Jong zelf gebruikt[227] – dat hij het vorderingsrecht van het niveau van het eigendomsrecht naar het niveau van de zaak degradeert

226 Idem, nr. 80.
227 De Jong, diss. 2006, nr. 53 slot en met name nr. 54 noot 90.

in plaats van dat hij de zaak naar het niveau van het eigendomsrecht en het vorderingsrecht promoveert.

6.2.2.2 Een vergelijking met het systeem van het oud BW en met het ontwerp van Meijers

Een vergelijking met de systemen van Van der Steur, Struycken en De Jong levert de vaststelling op dat de *zaak* in het door mij geopperde systeem een orde 'omhoog is gesprongen'. In dat systeem is immers niet geprobeerd de vereenzelviging en dubbelzinnigheid van de twee-eenheid eigendom en zaak te weren; eerder is deze dubbelzinnigheid omarmd als één van de fundamenten van ons goederenrecht. Dit brengt de zaak in zekere zin terug in de nevenschikking die deze had in het systeem van het oud BW – namelijk op gelijke hoogte met het *recht*. Dit oud BW-systeem kan met het volgende schema worden weergegeven:

Eigendom		***Eigendom***
|	naast	|
Lichamelijke **zaak**		Onlichamelijke zaak
		(= **recht)**

Het verschil tussen de door mij voorgestelde schematische aanpak en die van het oud BW is gelegen in de laag van eigendom ('laag van toebehoren'), die door mij als overbodig wordt beschouwd en ons wat mij betreft het zicht op de daadwerkelijke vermogensbestanddelen ontneemt: bij de *rechten* is deze 'laag' reeds in die rechten zelf gelegen, bij de *zaken* vormt deze 'laag' de juridische kant van de zaak, en is deze dus ook reeds in de zaken zelf gelegen. Het *juiste* van het oud BW-systeem is mijns inziens echter de nevenschikking van zaken en rechten: het feit dat het – net als het door mij geopperde systeem – de juiste grootheden als vermogensbestanddelen op één lijn weet te plaatsen.

Bijkomend voordeel van het door mij geopperde systeem is dat er slecht één laag van rechtsobjecten (vermogensbestanddelen) ontstaat dat aan rechtssubjecten kan worden gekoppeld. Daarmee staan – naast zaak en recht – óók in dit systeem het eigendomsrecht (vereenzelvigd met de zaak) en de overige vermogensrechten in zekere zin op één lijn. Door de eigendom te zien voor wat zij daadwerkelijk is – de juridische kant van een zaak – worden de voordelen van het oud BW-systeem (met zijn nevenschikking van zaken en rechten) als de voordelen van de gebruikelijke interpretatie van het huidige BW-systeem (met zijn nevenschikking van eigendomsrechten en andere vermogensrechten, waarin deze rechten niet zijn onderworpen aan een eigendomsrecht of een

'recht van toebehoren') vanzelf *gecombineerd*. En in feite gebeurt dit op uiterst eenvoudige wijze: door eigendom en zaak op één en hetzelfde niveau te brengen. Er is in dit systeem geen plaats meer voor een onderscheid tussen 'rechtsobjecten' (Van der Steur) of 'voorwerpen van recht' (De Jong) en de daarboven hangende rechten (rechten van 'toebehoren', eigendomsrechten of zelfs beperkte rechten als rechten van (gedeeltelijk) 'toebehoren').

Dat dit alles óók was wat Meijers voor ogen stond, durf ik niet met enige stelligheid te beweren – weerlegging noch bevestiging van deze stelling kan mijns inziens op grond van het beschikbare bronnenmateriaal worden hooggehouden.[228] Wel kan in ieder geval gezegd worden dat de nevenschikking van zaken en (vermogens-)rechten in het door mij geopperde systeem zeer goed overeenkomt met de formulering die Meijers heeft gekozen voor zijn artikel 3:1 BW, het artikel waarmee ons goederenrecht aanvangt.[229] Niet zonder reden luidt dit hiervoor al vele malen aan de orde gekomen artikel immers:

> "Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten".

Als toelichting op dit artikel moge nog Meijers' volgende opmerking gelden:

> "Het [ontwerp] onderscheidt zaak (=stoffelijk voorwerp) en goed (=vermogensbestanddeel). Goed en zaak verhouden zich niet als onlichamelijke zaak tot lichamelijke zaak, maar als soort en bijzonder geval. Ook de lichamelijke zaak is een goed. Daarnaast zijn dan vorderingsrechten, auteursrechten, octrooirechten, lidmaatschapsrechten enz. ook goederen."[230]

Het behoeft inmiddels geen betoog meer dat ik mij – in tegenstelling tot Van der Steur, Struycken en De Jong – zeer goed kan vinden in bovenstaande omschrijving en opsomming van vermogensbestanddelen van Meijers, en in de daarbij behorende toelichting. Ten aanzien van de toelichting dient hierbij nog opgemerkt te worden dat Meijers (ook hier) als voorbeeld van vermogensrechten – je zou haast zeggen: expliciet – *niet* noemt de eigendomsrechten. Naar mijn mening heeft Meijers op het punt van de nevenschikking van *zaak* en *recht* dan ook in ieder geval *niet* af willen wijken van het systeem van het

228 Volgens De Jong (diss. 2006, nr. 177 (bij noot 280)) heeft Meijers wel de eigendom van beperkte rechten en vorderingsrechten af willen schaffen, maar heeft hij dit onderscheid bij de lichamelijke zaken laten bestaan. Nu de vereenzelviging van eigendom en zaak – ondanks de al door Meijers voorziene kritiek – zo'n belangrijk element is geworden in de centrale omschrijving van de 'goederen' in het door hem ontworpen BW (art. 3:1 BW), ben ik van dit laatste niet overtuigd.

229 Het artikel is overigens pas later in de parlementaire geschiedenis naar deze prominente plek verplaatst: zie MvA II (1971) bij art. 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p.64.

230 TM op de begripsbepalingen van Boek 3 BW (Afd. 3.1.1), PG Boek 3 BW, p. 62.

oud BW.[231] Of hij de 'laag van toebehoren' erboven heeft willen afschaffen – zoals De Jong beweert[232] – durf ik echter ook niet met enige stelligheid te beweren. Ik acht daarvoor eenvoudigweg niet voldoende bewijs aanwezig.[233] Wat Meijers wel heeft gedaan, is het begrip 'eigendom' reserveren voor de (lichamelijke) zaken, daarmee in *die* zin de 'eigendom van onlichamelijke zaken' ofwel de 'eigendom van rechten' afschaffende.[234] Dit begrip zou echter op zijn beurt eenvoudigweg door de term 'toebehoren' kunnen worden vervangen – een manoeuvre die in de latere parlementaire geschiedenis (van na Meijers' dood) ook is geopperd en een zekere ingang heeft gekregen.[235]

Ten slotte geldt dat – naast de goede verenigbaarheid van het door mij geopperde systeem met de door Meijers gekozen formulering van artikel 3:1 BW – nog kan worden geconstateerd dat het éénlagige systeem van het vermogensrecht óók goed in overeenstemming is met de idee van Meijers' "normaaltypen"-leer zoals hij die heeft ontwikkeld in zijn *Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht* uit 1948: een stelsel van gelijkwaardige rechten op een schaal van gradatie.[236] In dit stelsel is er immers ook geen plaats (meer) voor principiële verschillen in niveau tussen verschillende rechten. Het stelsel lijkt zich juist met name te kenmerken door het bestaan van één enkel niveau waarop alle vermogensbestanddelen of subjectieve rechten zich bevinden en waarin zij zich slechts van elkaar onderscheiden in de mate waarin zij aan de "normaaltypen" zakelijk recht en persoonlijk recht voldoen. Hierbij is aan de ene kant de eigendom van een zaak het nagenoeg volmaakte normaaltype van het zakelijk recht (zo volmaakt mijns inziens, dat het met de zaak kan worden vereenzelvigd, hiervan de juridische kant vormt), en aan de andere kant is dit het vorderingsrecht voor het normaaltype van het persoonlijke recht. Dogmatisch gezien bevinden deze beide rechten zich op hetzelfde niveau.[237]

De Jong nu dicht Meijers – losjes gebaseerd op een kort stukje van Meijers in het *WPNR*[238] – de opvatting toe in zijn ontwerp van het BW de beperkte rechten te hebben willen promoveren tot het niveau van de eigendom om zo eigendom en beperkte rechten op één niveau – een niveau van 'toebehoren' –

231 Ook W. Snijders (*WPNR 6689* (2006), p. 836) geeft aan dat naar zijn oordeel Meijers een nevenschikking van *zaken* (en óók, voor wat de juridische kant betreft: *eigendom*) en *rechten*, waaronder ook beperkte rechten, voor ogen stond.
232 Zie hierboven par. 6.1.2.2.
233 Idem.
234 Mijns inziens had de beperking door Meijers van het begrip eigendom tot lichamelijke zaken vooral als reden dat Meijers een zuiverder indeling in zakenrecht, verbintenissenrecht en algemeen goederenrecht voorstond, zie ook hiervoor par. 6.1.2.2.
235 MvA II Inv. (1985) bij de Algemene opmerkingen over de Boeken 3,5 en 6, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1001.
236 Zo door De Jong aangeduid in zijn dissertatie, nr. 61.
237 Vgl. ook hier De Jong, diss. 2006, nr. 61.
238 Meijers, *WPNR 2104* (1910), p. 204-206.

te brengen. Volgens hem moest dáárom van Meijers het begrip 'eigendom van een onlichamelijke zaak' (waaronder dus het beperkte recht) worden afgeschaft.[239] Ik sluit me bij W. Snijders aan door zijn op dit stukje gebaseerde argumentatie niet overtuigend te vinden voor de interpretatie van Meijers intenties.[240]

Mijn *eigen* visie is voorts (en wellicht ook die van Meijers, maar dat kan zoals eerder reeds gezegd naar mijn idee niet direct op zijn geschriften worden gebaseerd) dat het – om ook eenzelfde op-één-lijnstelling van zaak en recht als onder oud BW te behouden – beter is niet alleen het separate begrip van de 'eigendom van *onlichamelijke zaken*' te verwerpen, maar óók het van de *(lichamelijke) zaak* losstaande concept 'eigendom' te verwerpen. De 'laag van eigendom' boven de *rechten* (onlichamelijke zaken) komt daarmee te vervallen; de 'laag van eigendom' boven de (lichamelijke) *zaken* smelt door de vereenzelviging van eigendom en zaak samen met de laag van de zaken zelf. Het verschil tussen De Jongs en mijn eigen opvatting ten opzichte van het oud BW-stelsel is daarmee kort samengevat – om weer in soortgelijke bewoordingen als De Jong te spreken[241] – dat hij slechts het beperkte recht van het niveau van de zaak naar het niveau van de eigendom promoveert in plaats van dat hij de zaak zelf én *alle* rechten naar het niveau van de eigendom promoveert. En dan niet om daar als *rechten van toebehoren* te gaan gelden, maar om daar als *vermogensbestanddelen* of *goederen* te gaan gelden.

De vereenzelviging van eigendom en zaak heeft ons eigenlijk altijd al deze richting uit gewezen; wij hebben ons er alleen tegen verzet, door deze vereenzelviging af te doen als een voor simpele zielen bedoelde manier van spreken.[242] Naar mijn idee berust vereenzelviging echter veeleer op de realiteit en liggen de zaken daardoor veel eenvoudiger, althans ongelaagder, dan men tegenwoordig doorgaans aanneemt. Juist het aanvaarden van de ambiguïteit van de eigendom van een zaak brengt ons de benodigde "herwonnen helderheid".[243] Het besef dat eigendom en zaak een twee-eenheid zijn brengt ons meer eenvoud in het systeem en meer inzicht in de juridische en materiële

239 De Jong, diss. 2006, nr. 53-54.

240 Zie W. Snijders in *WPNR 6689* (2006), met name p. 831 en 836. Zie hierover uitgebreider par. 6.1.2.2 waarin ik de door De Jong verkondigde intentie van Meijers tot algehele afschaffing van elk overkoepelend eigendoms- of toebehorenbegrip dat ook op onlichamelijke zaken betrekking kon hebben, in twijfel trek. Mijns inziens had de beperking door Meijers van het begrip eigendom tot lichamelijke zaken vooral als reden dat Meijers een zuiverder indeling in zakenrecht, verbintenissenrecht en *algemeen* goederenrecht voorstond.

241 Zie noot 227 hierboven.

242 Of zelfs als een 'defect in ons juridisch spraakgebruik', zie De Jong, diss. 2006, nr. 65 in een citaat van Van Oven.

243 Dat is de claim die De Jong ten aanzien van zijn eigen systeem maakt (diss. 2006, nr. 206), maar die mij ten aanzien van dat systeem niet heeft overtuigd (zie par. 6.1.2.3 slot).

werkelijkheid. Het begripsmatig uiteentrekken van eigendom en zaak daarentegen, verwart alles.

6.2.3 Het beperkte recht in het systeem van het vermogensrecht

De basis van het door mij geopperde systeem van het vermogensrecht is éénlagig. Toch kan men ook in dat systeem op één punt een zekere gelaagdheid onderkennen: bij de beperkte rechten. Het bijzondere van deze rechten is immers, zoals ook Van der Steur al treffend verwoordde,[244] dat beperkte rechten zélf goederen zijn, maar tevens op andere goederen rusten. Daardoor ontstaat een zekere dubbele laag. Deze gelaagdheid doet zich echter alleen voor binnen de beperkte rechten en niet in de rest van het systeem. Bovendien levert deze dubbele laag géén onderscheid op in 'vermogensrechten' en 'rechtsobjecten' (Van der Steur) of in 'rechten van toebehoren' en 'voorwerpen van toebehoren' (De Jong). Er is in feite nog steeds maar één laag van vermogensbestanddelen; sommige vermogensbestanddelen (de beperkte rechten) hebben echter eenvoudigweg betrekking op andere vermogensbestanddelen. Beperkte rechten rusten immers op een zaak (Boek 5 BW) of op een ander recht (Boek 3 BW).[245]

6.2.3.1 Beperkte rechten op zaken of op andere rechten

In schematische weergave ziet dit er als volgt uit:

Beperkt recht		Beperkt recht
|	of	|
Zaak (incl. Eigendom)		Recht (incl. evt. Toebehoren)
		(vorderingsrecht, intellectueel eigendomsrecht, etc.)

Ter vergelijking ook hier weer schema's die betrekking hebben op de zienswijzen uit de overige proefschriften. Allereerst Van der Steur:

244 Van der Steur, diss. 2003, p. 30. Zie ook p. 34-35.
245 De beperkte rechten die op andere beperkte rechten rusten komen met name in de volgende paragraaf aan de orde.

Toebehoren		Toebehoren
|		|
Beperkt recht		Beperkt recht
|	of	|
Eigendom		Recht
|		
Zaak		

En Struycken:

Beperkt recht		Beperkt recht
|		|
Eigendom	of	Recht
|		
Zaak		

En ten slotte De Jong:

Beperkt recht		Beperkt recht
|	of	|
Zaak		Recht

Tussen de schema's van het beperkte recht dat op een ander *recht* (vorderingsrecht, intellectueel eigendomsrecht) rust, blijkt niet al te veel verschil van mening te bestaan: alleen Van der Steur legt hier nog een 'laag van toebehoren' boven.

Met betrekking tot het beperkte recht op een *zaak* blijkt echter wel verschil van mening te bestaan: bij De Jong rust dit beperkte recht direct op de zaak, bij Van der Steur en Struycken rust het op de eigendom, en slechts indirect op de zaak. Doordat de eigendom in het door mij geopperde systeem als een aspect van de zaak wordt gezien (de juridische kant), wordt de vraag of het beperkte recht rust op de eigendom of op de zaak zelf echter volkomen irrelevant. Ik kan me weliswaar goed vinden in De Jongs overtuigende pleidooi voor het beperkte recht als een recht dat rechtstreeks op de *zaak* rust,[246] maar nu de eigendom door mij gekwalificeerd wordt als juridische kant van de zaak, sluit dat niet uit dat het beperkte recht daarmee tévens op de *eigendom* rust.

246 Zie hiervoor par. 6.1.2.3 en De Jong, diss. 2006, nr. 77 e.v.

Het beperkte recht rust immers op de twee-eenheid zaak en eigendom, dus tegelijkertijd zowel op de zaak als op de eigendom. Het recht rust *in beginsel* op de zaak, maar daarmee wordt óók de juridische kant van de zaak (de eigendom) met dit recht bezwaard of belast, in die zin dat de alleenheerschappij van de eigenaar over de zaak erdoor beperkt wordt.[247] Deze zienswijze is in overeenstemming met vele beschouwingen over het beperkte recht door de jaren heen, en doet recht aan zowel de visie van het beperkte recht als bezwaring van de *eigendom*, als de visie van het beperkte recht als belasting van de *zaak*.[248] [249]Ik noem een aantal voorbeelden.

Windscheid ziet het beperkte recht niet alleen als onmiddellijke last op een *eigendomsrecht*, maar ook als middellijke last op de *zaak*:

> "Hierzu is jedocht zu bemerken, daß auch das Recht an einem fremden Recht zwar zum unmittelbaren Gegenstand das Recht, aber durch dieses Recht hindurch als ferneren Gegenstand die Sache, an welcher das Recht stattfindet (…)."[250]

Suijling benadert de kwestie precies op omgekeerde wijze. Volgens hem is het beperkte recht niet alleen een belasting van het goed zelf (de *zaak*), maar ook een belasting van het *eigendomsrecht*:

> "Dus vormen zij [de *jura in re aliena*] niet, gelijk de eigendom, uitsluitend een belasting van het goed zelf, maar tevens een belasting van het eigendomsrecht."[251]

---

247 Dit geeft ook een oplossing voor het probleem van de *res nullius* waarop een beperkt recht is gevestigd. Weliswaar kan op een *res nullius* geen (nieuw) beperkt recht worden gevestigd (zoals Van der Steur, diss. 2003, p. 30 schrijft), maar niet zozeer omdat er geen eigendom (meer) bestaat, maar vooral omdat er daardoor geen fysieke persoon (=eigenaar) (meer) is die het beperkte recht zou kunnen vestigen. Dit – subtiele – verschil komt tot uiting als een eigenaar van een bezwaarde zaak afstand doet van deze zaak/zijn eigendom d.m.v. *derelictie* (art. 5:18 BW). In dat geval kan in mijn systeem (net als bij De Jong, diss. 2006, nr. 90-94) het beperkte recht op de zaak – nu zonder juridische kant (eigendom), aangezien de zaak niemand meer toebehoort – gewoon blijven bestaan. Ook als de zaak daarna opnieuw door iemand in bezit wordt genomen (art. 5:4 BW; net als bij De Jong, diss. 2006, nr. 95-99, waarbij ik me volledig kan aansluiten). In deze zin ook Dernburg, Pandekten I (1894), p. 574.

248 Dit 'dubbelzinnige' of 'tweeledige karakter' van het beperkte recht (zie De Jong, diss. 2006, nr. 15-16) is dus enerzijds een afgeleide van de dubbelzinnige karakter van de twee-eenheid eigendom-zaak zelf; anderzijds is zij inherent aan het feit dat het een vermogensbestanddeel is dat op andere vermogensbestanddelen rust.

249 Het is ook in overeenstemming met de verschillende wetsbepalingen, waarvan sommige lijken te verwijzen naar een recht op de zaak (bijv. art. 5:70 BW: "Een erfdienstbaarheid is een last, *waarmede een onroerende zaak* (…) *is bezwaard*."), andere naar een recht op de eigendom (bijv. art. 3:8 BW: "Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een *meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard*.").

250 Windscheid-Kipp I (1906), p. 218.

251 Suijling V (1940), nr. 10.

Beekhuis vermeldt over de kwestie het volgende:

> "Waar de zakelijke rechten echter tevens rechtstreekse bevoegdheden geven op het object van eigendom, de lichamelijke zaak, pleegt men de voorkeur te geven aan de beschouwing, dat zij een *belasting van de lichamelijke zaak zelf* vormen. Dit betekent echter niet, dat degene die een beperkt zakelijk recht verkrijgt, hierdoor een deel van de eigendom verwerft. Hij krijgt een geheel zelfstandig recht, dat in beperkte omvang soortgelijke bevoegdheden als de eigendom verschaft, en *een belasting vormt van het recht van de eigendom*, dat in beginsel blijft bestaan."[252] (cursiveringen toegevoegd)

Ten slotte Heisterkamp:

> "Bij zaken rust het beperkte recht op de zaak; in wezen is het hier afgeleid van het eigendomsrecht. Men zegt soms ook wel in algemene zin dat een beperkt recht – het 'dochterrecht' – op het moederrecht rust."[253]

In het citaat van Beekhuis wordt een belangrijk verband gelegd tussen de vraag of het beperkte recht op de *eigendom* of de *zaak* rust, en de vraag naar de constructie van het beperkte recht ten opzichte van de eigendom. Het beperkte recht dat op de *zaak* rust, geeft volgens hem immers duidelijk aanleiding tot het denken over het beperkte recht in het model van het afgesplitste en overgedragen deel van de eigendom, een model dat hij direct met zoveel woorden afwijst. Ook bij Heisterkamp kan men een dergelijke relatie leggen: als het beperkte recht rust op het *eigendomsrecht* of *moederrecht*, is veeleer sprake van het beperkte recht in het model van de bezwaring of belasting van de eigendom.

Ook deze gedachte kan overzichtelijk worden weergegeven in een schema. De Jong construeert het beperkte recht immers als rustende op de zaak, net als de eigendom. Dat ziet er als volgt uit:

Eigendom		Beperkt recht
|	→	|
Zaak		Zaak

Eigendom en beperkt recht bevinden zich op *hetzelfde niveau* boven de zaak. Er is slechts sprake van een *horizontale beweging* in het systeem, die zich goed verdraagt met het beeld dat de eigenaar een stukje van zijn eigen eigendomsrecht afsplitst en overdraagt aan de beperkt gerechtigde. Een conclusie die

252 Asser/Beekhuis-Mijnssen 1980, p. 11. Zie over dit citaat ook De Jong, diss. 2006, nr. 15-16.
253 Pitlo/Reehuis-Heisterkamp 2001, nr. 26.

De Jong zelf overigens niet trekt, aangezien hij de vestiging van het beperkte recht ziet als een complexere figuur dan zich in termen van 'brokstukken' en 'afsplitsingen' laat beschrijven.[254]

In het systeem van Van der Steur ziet dit er anders uit:

Toebehoren | Eigendom | Zaak	→	Toebehoren | Beperkt recht | Eigendom | Zaak

Zo ook bij Struycken:

Eigendom | Zaak	→	Beperkt recht | Eigendom | Zaak

In deze systemen ziet men vooral een *verticale beweging*: het beperkte recht wordt hier geplaatst *boven* het eigendomsrecht, hetgeen zich op zijn beurt goed verdraagt met het idee van het beperkte recht als belasting of bezwaring van de eigendom.

Ook in het door mij geopperde systeem vindt men deze *verticale beweging* terug:

Zaak (incl. Eigendom)	→	Beperkt recht | Zaak (incl. Eigendom)

254 De Jong, diss. 2006, nr. 19. Wel signaleert hij het logische verband tussen de afsplitsingsmetafoor en het beperkte recht dat rechtstreeks op de zaak rust, zie nr. 77. Wat dat betreft vormen de afsplitsingsmetafoor en de stapelingsgedachte (waarover De Jong in zijn hfdst. 1 par. 2) juist géén logische combinatie. De Jong wijst overigens dus beide van de hand. Zie hierover nader hieronder par. 6.2.3.3.

Dit ondanks het feit dat het beperkte recht in dit systeem niet uitsluitend een belasting van de *eigendom* is, maar van de gehele twee-eenheid zaak en eigendom. Enerzijds wordt dus het voordeel van het systeem van De Jong behouden dat het beperkte recht een directe belasting van de zaak is; anderzijds volgt uit het systeem dat het beperkte niet gezien kan worden als een *afsplitsing* van het eigendomsrecht, maar veeleer als een *belasting* van dat recht (als juridische kant van de zaak).

Uit mijn visie op het systeem van het vermogensrecht, in het bijzonder voor zover dat betrekking heeft op het beperkte recht, blijkt óók dat – in tegenstelling tot het systeem van De Jong – eigendom en beperkt recht géén gelijksoortige 'rechten op een zaak' kunnen zijn. Het beperkte recht staat op één lijn met de zaak – en in die zin ook met de juridische kant van de zaak (=eigendom) – maar *niet* op één lijn met een eigendomsrecht dat *op* een zaak rust.[255] De eigendom is het tot het vermogen behoren van een *zaak*; het beperkte recht is een tot het vermogen behoren van een bepaald goederenrechtelijk werkend genots- of zekerheidsrecht *op* een zaak. Maar op de zaak van een ander! (per definitie: het zijn immers *iura in re aliena*[256]). Als het gaat om eigendom is dus de *zaak zelf* het relevante vermogensbestanddeel; gaat het om een beperkt recht op een zaak, dan is niet de *zaak*, maar het *beperkte recht* het relevante vermogensbestanddeel.[257] Dat beperkte recht is – anders dan de zaak – een volkomen juridische constructie. De zaak blijft na de vestiging van het beperkte recht volledig eigendom van de eigenaar, en daarvan kan er in ons rechtssysteem tegelijkertijd slechts één zijn. De alleenheerschappij van de eigenaar wordt alleen – door de belasting van zaak en eigendom met het beperkte recht – in meer of mindere mate beperkt.

Zoals ook de Pandektisten reeds concludeerden, hebben eigendom en beperkt recht dus een *ander* karakter. Het zijn – hoewel het allebei (onderdelen van) vermogensbestanddelen zijn – *kwalitatief*, en niet slechts kwantitatief verschillende rechten.[258] Dit verschil speelt zich niet af op het niveau van het zijn van vermogensbestanddelen; het zit hem in de verhouding tot de zaak.

---

255 Het eigendomsrecht is in die zin dus eigenlijk niet het meest omvattende recht dat iemand *op* een zaak kan hebben, zoals art. 5:1 lid 1 BW het stelt. Het (rechtmatig) hebben van een zaak gaat echter wel gepaard met de meest omvattende bevoegdheden *met betrekking tot* die zaak. We kennen derhalve niet iemand die de *eigendom* van een zaak heeft bevoegdheden toe, we kennen iemand die een *zaak* heeft bevoegdheden toe en nóemen die uit het hebben van de zaak voortvloeiende bevoegdheden *eigendom*. Minder omvattende bevoegdheden geven de beperkte rechten op een zaak.

256 Hetgeen overigens een minder historische term is dan deze doet vermoeden: Feenstra 1979 (*Jus in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*) en ook Feenstra 1994, p. 82-83.

257 Vgl. in die zin bijv. ook nog eens heel duidelijk Diephuis VI (1886), p. 21 noot 1 m.b.t. het recht van beklemming.

258 Het kwantitatieve verschil zit hem erin dat eigendom het meest omvattende recht is dat men t.a.v. een zaak kan hebben (art. 5:1 lid 1 BW), en beperkte rechten dus minder omvattende rechten zijn die men t.a.v. een zaak kan hebben.

Alleen de *eigendom* is een 'recht van toebehoren' van een zaak en alleen dáár is dan ook logischerwijs plaats voor vereenzelviging. De visie van De Jong dat ook een *beperkt recht* een 'recht van toebehoren' van de zaak is, is wat mij betreft dan ook onhoudbaar. Dat zou immers óók een zekere vereenzelviging van beperkt recht en zaak opleveren – een gevolg dat in de bespreking van De Jongs proefschrift hierboven in paragraaf 6.1.2.3 in zijn systeem al werd geconstateerd en daar tot problematische vergezichten blijkt te leiden. Tevens vormt het een wat mij betreft onaanvaardbare afwijking van het systeem dat Meijers voor ogen stond.[259] De vereenzelviging van het beperkt recht en de zaak werkt volgens De Jong immers ook door in artikel 3:1 BW in die zin dat het beperkte recht op een zaak *niet* onder de 'vermogensrechten', maar onder de 'zaken' moet worden begrepen. Dat acht ik ondenkbaar. Een beperkt recht is een recht, geen zaak.[260]

De visie van een beperkt recht op een zaak als een 'stukje eigendom' is zo gezien ook onzinnig. Niet alleen miskent dit het fundamenteel verschillende karakter van eigendom en beperkt recht, het zou óók betekenen dat het beperkte recht een 'stukje zaak' zou zijn. Het beperkte recht geeft echter geen 'stukje zaak'. Dat doet alleen de mede-eigendom.

Ook Meijers heeft zich ooit uitgelaten over de vraag of er een kwalitatief (of slechts een kwantitatief) verschil bestaat tussen eigendom en de overige zakelijke rechten. Dit doet hij in een reactie op een opstel van J. van Kuyk in Themis over het begrip 'eigendom'. Meijers laat zich daar in de volgende zin uit over deze door Van Kuyk opgeworpen – en door hem zelf bevestigend beantwoorde – vraag:

> "Ik voor mij zie het nut der gansche vraag of er een quantitatief of een qualitatief verschil tusschen het begrip eigendom en de overige zakelijke rechten bestaat, niet in. Dat de overige zakelijke rechten van den eigendom zijn afgeleid, zal niemand betwisten, maar dat er een principieel verschil is in de omschrijving der bevoegdheden van den eigendom eenerzijds en de omschrijving van de overige zakelijke rechten anderzijds, is onjuist. Ongetwijfeld zijn bij den eigendom de bevoegdheden negatief bepaald; positief zijn slechts de beperkingen, maar dit is evenzoo het geval bij rechten als opstal en erfpacht."[261]

259 Ook W. Snijders meent dat het betoog van De Jong dat beperkte rechten geen vermogensrechten zijn, zich in het geheel niet laat verenigen met het stelsel van de Boeken 3 en 5 en de opvattingen van Meijers (*WPNR 6689* (2006), p. 832).

260 Zie bijv. uitdrukkelijk de TM bij art. 3:6 BW, PG Boek 3, p. 89: "Het ontwerp kent daarnaast ook niet overdraagbare *vermogensrechten*. Het zijn rechten, die strekken om de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen. Men denke b.v. aan een niet overdraagbaar *zakelijk recht van gebruik of bewoning* (…)." (cursiveringen toegevoegd)

261 Meijers, *WPNR 2104* (1910), p. 205.

Meijers ziet dus niet zo'n groot verschil tussen de 'omschrijvingen der bevoegdheden' van het eigendomsrecht en het recht van erfpacht – en men moet hem toegeven dat het verschil in bevoegdheden in de praktijk ook bijzonder klein kan zijn. Hij ziet eigenlijk het hele nut van de vraag niet zo in. Veel geïnteresseerder is hij namelijk in de tweede vraag die Van Kuyk opwerpt:

> "Van veel meer gewicht lijkt mij de tweede door den schrijver besproken vraag: in hoeverre men ook eigendom van onlichamelijke zaken moet erkennen?"[262]

Hier kan hij immers een kwestie ter sprake brengen, waarvan wij weten dat die voor Meijers heel belangrijk was, en die hij dan ook tot één van de hoofdpunten van zijn ontwerp voor een nieuw BW heeft gemaakt: de indeling van het BW niet alleen in zakenrecht en verbintenissenrecht, maar ook in een algemeen vermogensrechtelijk deel dat deze beide delen voorafgaat en waarin kwesties geregeld worden die voor álle goederen – zaken zowel als verbintenissen – van belang zijn.

Dat Meijers hier vermeldt dat hij het nut van de vraag naar een kwalitatief onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten niet inziet, wil echter niet zeggen dat hij dat hierboven vermelde kwalitatieve onderscheid niet zelf ook *maakt*. Meijers kent immers veel waarde toe aan de vereenzelviging van eigendom en zaak. Hij heeft daar zelfs de hele indeling van het goederenrecht op gebaseerd: goederen zijn zaken en vermogensrechten (art. 3:1 BW). De vereenzelviging van beperkte rechten à la De Jong heeft hij echter nooit toegepast of bepleit. De beperkte rechten zijn in zijn systeem vermogensrechten, geen zaken.[263] Hoogstens heeft hij de vestiging van een beperkt recht op een zaak gekwalificeerd als een "gewijzigde machtsverhouding ten aanzien van hetzelfde object",[264] daarmee is niet gezegd dat beide machtsverhoudingen ten aanzien van dat object van dien aard zijn dat ze met het object zelf vereenzelvigd kunnen of moeten worden. Dat lijkt mij toch een principieel verschil te zijn.

Deze laatste consequentie van mijn systeem – dat het aanleiding geeft tot een principieel verschil tussen eigendom en beperkt recht – geldt in zekere zin óók bij het beperkte recht indien dat niet op een *zaak*, maar op een *recht* (bijvoorbeeld een vorderingsrecht) rust. Ook daar blijken het 'toebehoren' van een vorderingsrecht – in de zin van de aan het vorderingsrecht inherente gerechtigdheid *tot* dat vorderingsrecht – en het beperkte recht op een vorderingsrecht géén gelijksoortige 'rechten op een recht' te zijn. Het beperkte recht staat hier immers niet op één lijn met die gerechtigdheid *tot* of een 'recht van toebehoren' *op* het vorderingsrecht, maar met het vorderingsrecht zelf:

262 Idem.
263 Zie ook hierboven noot 260.
264 Idem, p. 206.

Vorderingsrecht (incl. evt. Toebehoren)	→	Beperkt recht | Vorderingsrecht (incl. evt. Toebehoren)

En ook hier wijk ik af van De Jong, waar het 'toebehoren' van een vorderingsrecht en het beperkte recht op een vorderingsrecht zich op gelijke hoogte bevinden:

Toebehoren | Vorderingsrecht	→	Beperkt recht | Vorderingsrecht

Waar in De Jongs systeem wederom sprake lijkt te zijn van een *horizontale beweging* en van het beperkte recht als een *afsplitsing* van het 'toebehoren' van het vorderingsrecht, is in het door mij geopperde systeem wederom sprake van een *verticale beweging* en van het beperkte recht als *belasting* of *bezwaring* van het vorderingsrecht. Ook hier bestaat mijns inziens een *kwalitatief* verschil dat zich niet afspeelt op het niveau van het zijn van vermogensbestanddelen, maar in de verhouding tot het vorderingsrecht. Hebben we bij het 'toebehoren' van een vorderingsrecht – een begrip dat wat mij betreft *volledig* vereenzelvigd kan en moet worden met het vorderingsrecht zelf – te maken met het tot het vermogen behoren van een *vorderingsrecht*, bij het beperkte recht op een vorderingsrecht hebben we te maken met het tot het vermogen behoren van een bepaald goederenrechtelijk werkend recht *op* een vorderingsrecht. Als het gaat om 'toebehoren' van een vorderingsrecht is dus het *vorderingsrecht zelf* het relevante vermogensbestanddeel; gaat het om een beperkt recht op een vorderingsrecht, dan is niet het *vorderingsrecht*, maar het *beperkte recht* het relevante vermogensbestanddeel. Alleen het 'toebehoren' van een vorderingsrecht, en niet het beperkte recht op een vorderingsrecht, is dus een 'recht van toebehoren' van dit vorderingsrecht – men ziet hoe gratuit dit alles gaat klinken zonder de nodige vereenzelviging van 'toebehoren' en vorderingsrecht – en alleen dáár is dan ook logischerwijs plaats voor vereenzelviging. Het beperkte recht op een vorderingsrecht is geen 'recht van toebehoren' van een vorderingsrecht à la De Jong.

De visie van een beperkt recht op een vorderingsrecht als een 'stukje toebehoren' van een vorderingsrecht is zo gezien ook onzinnig.[265] Niet alleen miskent dit het fundamenteel verschillende karakter van het toebehoren van een vorderingsrecht en het beperkt recht daarop, het zou óók betekenen dat het beperkte recht een 'stukje vorderingsrecht' zou zijn. Het beperkte recht geeft echter geen 'stukje vorderingsrecht'. Dat doet alleen het aandeel in een gemeenschappelijk vorderingsrecht.

6.2.3.2 Beperkte rechten op andere beperkte rechten ('stapeling van rechten')

In het voorgaande heb ik steeds gesproken over beperkte rechten die op zaken of op (vorderings-)rechten rusten. Maar beperkte rechten kunnen ook op andere beperkte rechten rusten, althans door andere beperkt gerechtigden op een zaak of ander vermogensrecht gevestigd worden. Men spreekt in dat kader ook wel van de 'stapeling van rechten'. Ook bij het beperkte recht op een vorderingsrecht en zelfs bij het beperkte recht op een zaak (en daarmee tevens op de juridische kant van de zaak: het eigendomsrecht) is een zekere 'stapeling van rechten' te bespeuren: het zijn in zekere zin allemaal rechten op rechten. Met 'stapeling van rechten' worden hier echter alleen de beperkte rechten op *andere beperkte rechten* bedoeld.

De vraag is nu hoe die constructie van beperkte rechten op andere beperkte rechten er precies uitziet, en met name of die beperkte rechten echt '*op*' de eerder gevestigde beperkte rechten rusten. Deze rechten verdienen hier – aan het einde van dit hoofdstuk – nog eens expliciet de aandacht, omdat het nog maar de vraag is of deze constructie in alle gevallen en in alle opzichten vergelijkbaar is met die van het beperkte recht op een zaak of een vorderingsrecht. De constructie van deze laatste beperkte rechten is in mijn systeem – zoals we hiervoor hebben gezien – een *belasting* van de zaak (en de eigendom), niet een *afsplitsing* daarvan. In het nu volgende wordt bekeken of dit voor de gestapelde beperkte rechten óók het geval is. Eén van de redenen om voor beperkte rechten op zaken de afsplitsingstheorie te verwerpen was het hiervoor behandelde kwalitatieve verschil tussen eigendom en beperkt recht: het zijn *ongelijksoortige* rechten op zaken. Eenzelfde redenering bleek op te gaan voor het beperkte recht op een vorderingsrecht. Voor de beperkte rechten op andere beperkte rechten gaat deze redenering echter *niet* op. Dat zijn immers uiteraard *gelijksoortige* rechten: beperkte rechten op andere beperkte rechten. De vraag is dan of er andere redenen zijn om de afsplitsingstheorie te verwerpen, die óók standhouden bij de gestapelde rechten. Het lijkt hierbij op voorhand niet onaannemelijk dat de verschillen tussen allerlei mogelijke 'stapelingen' van

265 Vgl. hier ook bijv. Wery, *RM Themis* 1961, p. 89: "Er is niet sprake van een gedeeltelijke overdracht der schuldvordering. Zij [de vruchtgebruiker en pandhouder op een schuldvordering] zijn te beschouwen als derden, die bepaalde rechten op de vordering hebben verkregen."

beperkte rechten dusdanig zijn dat er ruimte zou kunnen zijn voor verschillende constructies.

In ons huidige BW kennen we (nog) zes beperkte rechten. Aan de ene kant zijn dat *genotsrechten* (vruchtgebruik – inclusief de rechten van gebruik en bewoning – erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal) en aan de andere kant zijn dat *zekerheidsrechten* (hypotheek- en pandrecht). Aangezien de wet van een aantal gevallen van door beperkt gerechtigden gevestigde genotsrechten de precieze constructie zelf aangeeft, doch dit bij de zekerheidsrechten niet het geval is, verdient het aanbeveling om bij de bestudering van de constructie van deze rechten een onderscheid te maken tussen deze twee hoofdtypen. Begonnen zal worden met een nadere beschouwing van de stapeling met zekerheidsrechten.

6.2.3.3 Stapeling met zekerheidsrechten

De Jong erkent in zijn systeem geen enkele vorm van stapeling. Volgens hem rusten alle beperkte rechten – ook de beperkte rechten die door andere beperkte gerechtigden gevestigd worden – *rechtstreeks* op een zaak of op een vermogensrecht (een vorderingsrecht, een intellectueel eigendomsrecht e.d.).[266] Dat geldt dus ook bij stapeling met zekerheidsrechten. Er bestaan derhalve slechts hypotheekrechten op registerzaken[267] en pandrechten op roerende

266 In zijn systeem maakt hij immers een scherp onderscheid tussen 'rechten van toebehoren' en 'voorwerpen van toebehoren' (diss. 2006, nr. 202). De 'rechten van toebehoren' – waartoe naast het eigendomsrecht ook het beperkte recht moet worden gerekend – zijn de goederenrechtelijke rechten die op de 'voorwerpen van toebehoren' kunnen rusten. Deze rechten kunnen zelf geen 'voorwerp van toebehoren' zijn, waarop een 'recht van toebehoren' kan rusten. Deze gedachte maakt stapeling van beperkte rechten in De Jongs systeem ondenkbaar.

267 Met registerzaken worden registergoederen bedoeld die tevens zaken zijn: onroerende zaken of teboekgestelde schepen en luchtvaartuigen. Ook het hypotheekrecht dat door de gerechtigde tot een *appartementsrecht* wordt gevestigd, moet in De Jongs visie rechtstreeks op de betrokken onroerende zaak rusten. De Jong omschrijft het appartementsrecht – in afwijking van de heersende leer – als de individuele eigendom van het afzonderlijke *appartement* in combinatie met een aandeel in de gemeenschappelijke eigendom van de ondergrond (diss. 2006, nr. 147). Het appartementsrecht is volgens De Jong dus net als het beperkte recht een 'recht van toebehoren': het meestomvattende recht van toebehoren dat iemand op een *appartement* kan hebben (nr. 148). Het appartement is hierbij door De Jong "gereïficeerd" – d.w.z. door hem als afzonderlijke (stoffelijke) *zaak* bestempeld. Het 'recht van toebehoren' is daarmee een recht van *eigendom*. Nu het appartementsrecht in De Jongs systeem wordt gekwalificeerd als een 'recht van toebehoren' en niet als een 'voorwerp van toebehoren', behoort een hypotheekrecht op dit *appartementsrecht* niet tot de mogelijkheden. Het hypotheekrecht dat door de gerechtigde tot een appartementsrecht gevestigd wordt, zal dus rechtstreeks op het *appartement* als "gereïficeerd" voorwerp van toebehoren komen te rusten. Hoe het tweede onderdeel van het appartementsrecht – het aandeel in de gemeenschappelijke eigendom van de ondergrond – precies in deze opvatting zal moeten worden ingepast, is enigszins onduidelijk. Mogelijkerwijs zal het hypotheekrecht in De Jongs visie niet alleen

niet-registerzaken of op vorderingsrechten, intellectuele eigendomsrechten e.d. Een hypotheekrecht op een recht van erfpacht[268] op een onroerende zaak ziet er dan niet *als volgt* uit:

Hypotheek	Maar *als volgt:*	Hypotheek
|		|
Erfpacht		Onroerende zaak
|		
Onroerende zaak		

Het pandrecht op een recht van vruchtgebruik op een vorderingsrecht[269] ziet er dan niet *als volgt* uit:

Pandrecht	Maar *als volgt:*	Pandrecht
|		|
Vruchtgebruik		Vorderingsrecht
|		
Vorderingsrecht		

Ook bij de door andere beperkt gerechtigden gevestigde zekerheidsrechten erkent De Jong dus geen *tussenliggende* rechten, die de verbinding vormen tussen het zekerheidsrecht en het uiteindelijke voorwerp van dit zekerheidsrecht.

Indien men hier het proces van de vestiging volgens De Jong in schema vervat, dan krijgt men het volgende beeld:

Erfpacht		Hypotheek
|	→	|
Onroerende zaak		Onroerende zaak

op het appartement, maar ook op (het aandeel in) de ondergrond komen te rusten.

268 Waar in deze paragraaf gesproken wordt van een hypotheekrecht op een erfpachtrecht op een onroerende zaak, kan men steeds ook lezen: een hypotheekrecht op een opstalrecht op een onroerende zaak of een hypotheekrecht op een recht van vruchtgebruik op een onroerende zaak of een hypotheekrecht op een recht van vruchtgebruik op een ander registergoed.

269 Waar in deze paragraaf gesproken wordt van een pandrecht op een recht van vruchtgebruik op een vorderingsrecht, kan men steeds ook lezen: een pandrecht op een recht van vruchtgebruik op een ander niet-registerrecht of een pandrecht op een recht van vruchtgebruik op een roerende niet-registerzaak.

En:

Vruchtgebruik		Pandrecht
|	→	|
Vorderingsrecht		Vorderingsrecht

Ook hier ziet men weer de *horizontale* beweging, die zich zo goed laat combineren met het afsplitsingsmodel: de erfpachter of vruchtgebruiker met een recht dat direct op de onroerende zaak of het vorderingsrecht rust, verschaft de hypotheek- of pandhouder een deel van dat direct op de onroerende zaak of het vorderingsrecht rustende recht. De hypotheek- of pandhouder verkrijgt daarbij dus óók een recht dat *direct* op de al eerder belaste zaak of het al eerder belaste recht rust. De erfpachter of vruchtgebruiker belast dan dus niet zozeer zijn eigen beperkte recht (dat gebeurt slechts indirect), maar hij belast direct de zaak of het recht waarop ook zijn eigen recht rust, door een deel van zijn eigen recht aan de hypotheek- of pandhouder af te staan. Dat de erfpachter of vruchtgebruiker hier een recht verschaft op een zaak of een recht dat zelf *niet* van hem is, is niet in strijd met het *nemo plus*-beginsel.[270] In het afsplitsingsmodel draagt men immers een deel van zijn *eigen* recht over, en dat eigen recht rustte ook reeds op een zaak die of een recht dat niet van de erfpachter of vruchtgebruiker zelf was. De afsplitsing van een deel van zijn eigen beperkte recht is dan ook geen verdere beschikking over een vermogensbestanddeel van een ander dan met de vestiging van het eerdere beperkte recht door de hoofdgerechtigde reeds het geval was.

Toch kan ik me maar moeilijk verenigen met deze opvatting van de door beperkt gerechtigden gevestigde zekerheidsrechten. Er is namelijk – ook hier – een probleem met dit model. Het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht moet dan namelijk wél als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht gezien kunnen worden, in die zin dat de inhoud van het hypotheek- of pandrecht beperkt zal moeten zijn tot de inhoud van het eerder gevestigde beperkte recht. Is dit niet het geval, dan komt men immers wel degelijk in de knoei met het *nemo plus*-beginsel. De relatie tussen aan de ene kant de constructie van het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht op de onderliggende zaak of het onderliggende recht en aan de andere kant het afsplitsingsmodel, werkt immers twee kanten op. Als men het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht ziet als een afsplitsing van het beperkte recht, dan *moet* dit recht op dezelfde zaak of hetzelfde recht rusten als het recht waarvan het wordt afgesplitst: een directe belasting

270 Anders Pleysier, *WPNR 5651* (1983), p. 297-302.

dus van het onderliggende zaak of het onderliggende recht. Een 'stukje' van een recht heeft immers logischerwijs hetzelfde voorwerp als het hele recht.[271] Maar óók *andersom* geldt deze relatie: als men het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht construeert als een recht dat rechtstreeks op de onderliggende zaak of het onderliggende recht rust, dan *moet* dit wel een zekere afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht zijn.[272] Zou dit namelijk *niet* het geval zijn, dan zou de beperkt gerechtigde een recht op de hem niet toebehorende, onderliggende zaak of het hem niet toebehorende, onderliggende recht kunnen verschaffen dat nog niet eerder bestond – een recht dat ook niet al in zijn eigen recht besloten lag. Een recht waarvan men derhalve niet kan zeggen dat het onderdeel uitmaakte van het door de hoofdgerechtigde eerder gevestigde beperkte recht. In dat geval worden er bevoegdheden aan de zekerheidsgerechtigde over de onderliggende zaak of het onderliggend recht gegeven die de eerder beperkt gerechtigde zélf *niet* had. En dat nu, komt wél in strijd met het *nemo plus*-beginsel.[273]

En daar zit hem nu precies het probleem. Want zoals De Jong zelf ook constateert, zijn het hypotheek- en pandrecht moeilijk voorstelbaar als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht (bijvoorbeeld een recht van erfpacht of een recht van vruchtgebruik), in die zin dat het hypotheek- of pandrecht geen bevoegdheden en verplichtingen tot inhoud hebben die ook onderdeel uitmaken van dit eerder gevestigde beperkte recht. De Jong schrijft immers – overigens in het kader van het *door de eigenaar* van een zaak gevestigde hypotheekrecht – het volgende:

---

271 Dit lijkt ook De Jong te signaleren (diss. 2006, nr. 77). Hij lijkt zich hier te realiseren dat het afsplitsingsmodel in tegenspraak is met de stapelingsgedachte. Zie ook noot 254 hierboven.

272 Ziet men de vestiging van het zekerheidsrecht door de eerder beperkt gerechtigde echter als een belasting van zijn eigen beperkte recht (een beschikking over zijn *eigen* recht derhalve), dan is deze belasting in beginsel op elke denkbare manier mogelijk. In ieder geval is men dan niet gebonden aan de *nemo plus*-regel in die zin dat het zekerheidsrecht alleen bevoegdheden kan bevatten die ook onderdeel uitmaken van het eerder gevestigde beperkte recht. Zie hierover – en over de vraag welke grenzen er dan (zouden moeten) gelden – uitgebreid hfdst. 7.

273 Men kan dan ook niet zeggen – zoals De Jong (diss. 2006, nr. 106) wél doet – dat de erfpachter, *omdat* hij in een bepaalde mate tot de grond gerechtigd is, die grond op zijn beurt zomaar met een ander recht kan bezwaren. Hij kan hoogstens een deel van zijn *eigen* recht afsplitsen, en overdragen aan een ander, die daarmee net als de eerdere beperkt gerechtigde een recht op de grond verkrijgt. Maar dit is dus slechts denkbaar als het daarmee beoogde beperkte recht ook als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht kan worden gezien, in die zin dat daarin alleen bevoegdheden zijn opgenomen die ook in het eerder gevestigde beperkte recht zaten. Dat de overige, principiële bezwaren tegen het afsplitsingsmodel niet gelden bij beperkte rechten die door beperkt gerechtigden worden gevestigd, komt bij de stapeling met genotsrechten (par. 6.2.3.4) nog verder aan de orde.

> "Bij een beperkt recht als het recht van hypotheek kunnen we tegen de opvatting, dat de bevoegdheden die uit dat recht voortvloeien zijn afgesplitst van het eigendomsrecht een andere bedenking aanvoeren. We kunnen namelijk bij een hypotheekrecht bezwaarlijk stellen dat de eigenaar het recht om zijn zaak in het voorkomende geval executoriaal te verkopen is kwijtgeraakt en dat dit nu in de vorm van een 'eigendomsbrokstuk' in het vermogen van de hypotheekhouder valt. Van een 'afsplitsing' met een duidelijk privatief element, zoals bij gebruiksrechten als een recht van vruchtgebruik of erfpacht, is geen sprake. Als het erop aan komt vormen de bevoegdheden die de hypotheekhouder krijgt weliswaar een verstrekkende beperking voor de eigenaar, maar ze bestaan omdat de wet ze aan het hypotheekrecht verbindt en niet omdat de eigenaar ze naar eigen inzicht van zijn eigendomsrecht heeft afgesplitst De wet kan aan een beperkt recht bevoegdheden toekennen, die enerzijds de eigenaar niet per se verliest en waarvan men anderzijds niet hoeft aan te nemen dat zij vóór de vestiging in de eigendom besloten lagen."[274]

In het kader van het door de eigenaar gevestigde pandrecht merkt hij op:

> "De beperkte rechten vormen geen afsplitsingen van de eigendom en de optelsom van de beperkte rechten en de 'bloot' eigendom is niet gelijk aan de eigendom van een onbezwaarde zaak. De som der delen is hier vaak meer dan het geheel. Een pandrecht impliceert bevoegdheden die een eigenaar zelf niet heeft. Men kan bezwaarlijk zeggen dat de eigenaar het recht heeft om zijn eigen zaak executoriaal te verkopen en zich met voorrang boven andere schuldeisers op de opbrengst te verhalen."[275]

Deze redeneringen zijn evengoed geldig voor het gestapelde zekerheidsrecht, het zekerheidsrecht dat wordt gevestigd *door een eerdere beperkt gerechtigde* van de betrokken zaak. Ook dan kan immers niet worden gezegd dat dit zekerheidsrecht een afsplitsing is van het eerder gevestigde beperkte recht. Zelfs als we de eis zouden loslaten dat de afsplitsing een 'privatief element' heeft, blijft het nog altijd zo dat de hypotheek- of pandhouder bevoegdheden verkrijgt waarvan men niet aan kan nemen dat die vóór de vestiging van zijn recht aan de eerdere beperkt gerechtigde toekwamen. Het zijn veeleer bevoegdheden die de hypotheek- of pandhouder, na vestiging van dat recht door de eerdere beperkt gerechtigde, aan de wet ontleent. En deze constateringen zijn slecht in overeenstemming met het zekerheidsrecht als afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht.[276]

---

274 De Jong, diss. 2006, nr. 18. Zie ook Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 88.

275 Idem, nr. 240.

276 De figuur van de herverpanding – het door de eerste pandhouder gevestigde (tweede) pandrecht *op het onderliggende goed* dat rang neemt boven het eerst gevestigde pandrecht – heb ik in het bovenstaande buiten beschouwing gelaten. Hiervoor geldt allereerst dat het "gaat om een onder het oud recht ontstane praktijk, die men om praktische redenen heeft willen continueren." Zie W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 835 met verdere verwijzing. Voorts bestaat de bevoegdheid tot herverpanden slechts indien deze ondubbelzinnig aan

Ook De Jong wijst het afsplitsingsmodel dus van de hand. Maar deze afwijzing van de afsplitsing van beperkte rechten uit meeromvattende rechten is – zoals hierboven uiteengezet – wat mij betreft moeilijk verenigbaar met zijn visie dat de door beperkt gerechtigden gevestigde zekerheidsrechten *rechtstreeks* op de onderliggende zaak of het onderliggende recht rusten. Op het punt van de zekerheidsrechten overtuigt De Jong mij dan ook niet en acht ik zijn opvatting van de directe belasting van onderliggende zaak of recht onbevredigend.

De door een beperkt gerechtigde gevestigde hypotheek- of pandrechten zijn echter *wel* heel goed voorstelbaar als échte *gestapelde* rechten: als belastingen van het eerder gevestigde beperkte recht. Het zijn door de wet toegelaten belastingen waaraan die wet bepaalde bevoegdheden en verplichtingen voor de hypotheek- of pandhouder koppelt. Sterker nog, deze constructie ligt zelfs behoorlijk voor de hand.

Waarop immers kan de zekerheidsgerechtigde op grond van het zekerheidsrecht dat hem door een beperkt gerechtigde is verleend zich verhalen? Wat kan hij uitwinnen? Wat verschaft hij in geval van executie aan de executiekoper? Deze zekerheidsgerechtigde kan de executiekoper alleen in de positie van beperkt gerechtigde brengen. Hij verschaft dus niet de onderliggende zaak, of een deel daarvan, hij verschaft een beperkt recht op die zaak. De hypotheekhouder die zijn recht ontleent aan de erfpachter van een onroerende zaak verschaft bij executie een recht van erfpacht op de onroerende zaak, niet de onroerende zaak zelf. De pandhouder die zijn recht ontleent aan de vruchtgebruiker van een vordering verschaft bij executie een recht van vruchtgebruik op de vordering, niet de vordering zelf. Logischerwijs heeft de zekerheidsgerechtigde dus een recht verkregen *op* het eerder gevestigde beperkte recht. Hij heeft het recht in geval van executie *dit beperkte recht* aan de executiekoper te doen toekomen. De beperkt gerechtigde die hem zijn zekerheidsrecht heeft verschaft, beschikte immers over zijn eigen beperkte recht en verleende dus een recht dat direct op zijn eigen recht betrekking had, en slechts indirect betrekking had op de onderliggende zaak of het onderliggende recht. Ik ben het met De Jong eens dat het gerechtigden van gestapelde rechten veelal vooral gaat om de onderliggende zaak of het onderliggende recht waarop hun beperk-

---

de pandhouder is toegekend, wat in feite neerkomt op de voorafgaande instemming van de oorspronkelijke pandgever met de vestiging van een tweede pandrecht op zijn eigen, onderliggende goed. Tenslotte kan hier wel degelijk worden volgehouden dat het om een afsplitsing van het eerdere pandrecht gaat, dat daarmee logischerwijs ook rechtstreeks op het onderliggende goed komt te rusten. Vergelijk voor deze laatste gedachtegang de constructie van de ondererfpacht in par. 6.2.3.4. Zwalve (Zwalve 1994-I) meent dat er geen plek is voor herverpanding zonder dat ook de vordering tot zekerheid waarvan het goed oorspronkelijk in pand was gegeven, mede verpand wordt. En als dat wel het geval is heeft de figuur van de herverpanding geen enkele zelfstandige betekenis meer: in feite gaat het dan eenvoudigweg om de verpanding van een vordering die door een pandrecht is verzekerd, waardoor de tweede pandhouder bevoegd is de rechten uit te oefenen die aan de crediteur van de verpande vordering toekomen.

te recht indirect betrekking heeft.[277] Dat wil echter nog niet zeggen dat ze ook daadwerkelijk een direct op deze zaak of dit recht rustend recht verkrijgen, en dat de constructie van het door de eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht niet via het eerdere beperkte recht loopt. Ook het feit dat ná het ontstaan van het gestapelde recht. het *voort*bestaan van het tussenliggende beperkte recht niet altijd meer van doorslaggevend belang is voor het voortbestaan van het op dit tussenliggende recht rustend beperkt recht, leidt niet tot een andere conclusie.[278] We moeten deze regel van artikel 3:81 lid 3 BW – dat handelt

277 Zie bijv. De Jong, diss. 2006, nr. 74 en 85. Het klopt dan ook, zoals De Jong schrijft, dat het de houder van een gestapeld pandrecht weinig kan (en hoeft te) interesseren wie op het moment van uitwinnen rechthebbende is van het tussenliggende recht van vruchtgebruik, omdat hij in het kader van een executie het recht van vruchtgebruik op de onderliggende zaak aan de executiekoper kan overdragen. Wat hem echter wél zal interesseren is dat hij niet het onderliggende zaak *zelf* in enigerlei vorm kan overdragen, maar slechts het recht van vruchtgebruik *op* die zaak. Dat *recht* is waar hij zich op kan verhalen, niet de onderliggende zaak. De bezwaring door de vruchtgebruiker is dus geen 'vorm van beschikken' die 'in feite neerkomt op' een bezwaring van de onderliggende zaak zelf (vgl. nr. 84). En de overdracht van het vruchtgebruik is geen 'vorm van beschikken, die in feite neerkomt op vervreemding van de zaak' (idem).

278 Zie hierover De Jong, diss. 2006, par. 11 en 12. Dat De Jongs constructie van het door een eerdere beperkt gerechtigde gevestigd beperkt recht *direct* op de onderliggende zaak de rechtsgevolgen bij afstand en vermenging van het eerder gevestigde beperkte recht beter zouden kunnen verklaren, kan hem nog wel worden toegegeven. Men is dan immers af van de dogmatisch wat lastige 'relatieve werking' van het tussenliggende beperkte recht. Deze oplossing brengt echter óók weer de nodige dogmatische problemen met zich mee, zoals zojuist uiteen is gezet: deze constructie is immers alleen denkbaar bij beperkte rechten die bevoegdheden verschaffen die daarvóór in het eerder gevestigde beperkte recht vervat waren. En bij bijvoorbeeld de zekerheidsrechten kan men dit niet volhouden. Ook Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 275 is geneigd het dogmatische voordeel niet al te hoog in te schatten. Wat betreft het 'relatief werkende' tussenliggende recht kan ik me overigens grotendeels goed bij De Jong (nr. 86,89 en 113) aansluiten: het feit dat het op dit tussenliggende recht gevestigde beperkte recht niet geraakt wordt door het tenietgaan van het tussenliggende recht door afstand en vermenging betekent *niet* dat ook het tussenliggende recht *zelf* niet teniet is gegaan door de afstand of vermenging. Het (voorheen) op het tussenliggende recht gevestigde beperkte recht kan door de wettelijke bepaling van 3:81 lid 3 BW echter tóch – *zonder* zijn voorwerp, maar met dezelfde inhoud – blijven bestaan. Indien vereist – bijvoorbeeld ten behoeve van de executiekoper bij de executie op grond van een (voorheen) gestapeld zekerheidsrecht – ontstaat eenzelfde recht als het tussenliggende recht *opnieuw* – met dezelfde inhoud en dezelfde prioriteit. Overigens geldt ook *buiten* afstand en vermenging nog altijd dat het tenietgaan van het tussenliggende recht het tenietgaan van het daarop gevestigde beperkte recht tot gevolg heeft. *Dit* is een consequentie die In De Jongs opvatting dogmatisch weer veel lastiger te verklaren is, al doet hij daartoe een dappere poging (zie bijv. nr. 107, 110, 114). Bij het stapelingsmodel is deze consequentie *wel* zeer voor de hand liggend. Maar ook indien en wanneer een *afsplitsing* van bevoegdheden die daarvóór ook in het eerder gevestigde beperkte recht zaten kan worden aangenomen – een zienswijze die De Jong in het algemeen en dus ook hier verwerpt – is deze laatste consequentie *wel* goed te verklaren: er wordt dan immers een deel van het oorspronkelijke recht afgesplitst. Uiteraard eindigt dit afsplitste recht onder dezelfde voorwaarden en termijnen als het oorspronkelijke recht waarvan het een deel is (geweest), maar eindigt het *niet* zomaar als dit oorspronkelijke recht slechts teniet gaat door afstand of vermenging. Als hij het afge-

over de gevolgen van het tenietgaan van het tussenliggende recht door afstand of vermenging – zien voor wat het is: een kunstgreep om bepaalde, uit het systeem van de stapelingsconstructie volgende gevolgen van dit tenietgaan te mitigeren.[279] Men kan hetzelfde zeggen van bijvoorbeeld de derdenbeschermingsregel van artikel 3:86 BW: dit artikel mitigeert de gevolgen van de overdracht van een goed door een beschikkingsonbevoegde vervreemder. Dat verandert echter niets aan het systeem en uitgangspunt van de wet in deze: vervreemding door een onbevoegde leidt tot een ongeldige overdracht.

De stapeling van beperkte rechten past dus niet alleen dogmatisch goed, maar vormt ook – evengoed als de ongeldigheid van de vervreemding door een onbevoegde – het systeem en uitgangspunt van de wet. Dat laatste moet ook De Jong toegeven.[280] Uit de tekst van artikel 3:81 lid 3 BW blijkt dit het duidelijkst:

> "Afstand en vermenging werken niet ten nadele van hen die *op het tenietgaande beperkte recht* op hun beurt een beperkt recht hebben."

Het door een beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht is daarmee dus een *belasting* van het eerder gevestigde *beperkte recht*, net zoals het door de eigenaar van een zaak gevestigde zekerheidsrecht een belasting van die zaak

---

splitste recht eenmaal heeft weggegeven, kan de eerste beperkt gerechtigde immers logischerwijs niet meer actief, door middel van afstand of vermenging, zorgen voor het tenietgaan van het afgesplitste recht.

279 Een zeker onderscheid tussen het tenietgaan van het tussenliggende recht door afstand en vermenging en het tenietgaan van dit recht op andere wijze is overigens wel te onderkennen. Bij tenietgaan op andere wijze gaat het recht *uit eigen hoofde* teniet, waarna de bezwaring van de eigendom tot een einde komt; bij tenietgaan door afstand of vermenging gaat het slechts – voordat zijn tijd gekomen is – teniet doordat de eigendom en de bezwaring van die eigendom in een en dezelfde hand terechtkomen. Vgl. hierover Diephuis VI (1886), p. 490-492.

280 De Jong, diss. 2006, nr. 177. Zie ook al nr. 12 en 85. Zie in dezelfde zin W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 834-835 en Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 274. Ook De Jongs veelvuldige aanhalingen van het WPNR-stukje van Meijers (*WPNR 2104* (1910); zie bijv. De Jong, diss. 2006, nr. 47 e.v.) houden m.i. géén afwijzing van het stapelingsmodel in. Het stukje houdt een afwijzing in van een wetssystematiek waarbij rechtsverhoudingen die op àlle goederen betrekking kunnen hebben, niet in een *algemeen deel* opgenomen waren. Dit was naar zijn mening zo "doordat het *relatie*-begrip zich bij de menschen niet zoo spoedig ontwikkelt als dat van het *object*." (p. 205) Het was zijns inziens dan ook hoognodig om de verschillende relaties die men tot alle soorten van in de kern *dezelfde* objecten (*goederen*) kon hebben, in een *algemeen deel* (Boek 3) op te nemen, in plaats van de zaken per soort goed te blijven bekijken. Met 'verschillende relaties tot hetzelfde object' bedoelde Meijers m.i. dan ook *niet* dat de verschillende relaties altijd (direct) betrekking hadden op de onderliggende zaak of het onderliggende recht; hij bedoelde dat de verschillende relaties altijd betrekking hadden op *goederen* in algemene zin. In zijn zeer cryptische "evenzoo als X^2 een functie van X is en $2X^2$, een functie van X^2, maar tevens ook een functie van X is" (p. 206) staat X m.i. dan ook niet zozeer voor een *zaak*, maar vooral voor een *goed*, en X^2 niet zozeer voor een *recht op een zaak*, maar vooral voor een *goed (beperkt recht) op een ander goed*. Vgl. in algemene zin Struycken, diss. 2007, p. 97 noot 205.

is. Het is géén *afsplitsing* van het eerder gevestigde recht en dus ook géén directe belasting van de *onderliggende zaak* of het *onderliggende recht*. Dit laatste komt – zoals we hebben gezien – *niet* door het feit dat de gestapelde zekerheidsrechten om principiële redenen niet als afsplitsingen van de eerder gevestigde beperkte rechten kunnen worden gezien, zoals dat bij beperkte rechten op zaken of vorderingsrechten wel het geval bleek. Het komt doordat de gestapelde zekerheidsrechten ook naar *inhoud* niet gezien kunnen worden als afsplitsingen van de eerder gevestigde beperkte rechten. Zou men *in dat geval* de door eerdere beperkt gerechtigden gevestigde zekerheidsrechten *toch* als direct rustend op de onderliggende zaak of het onderliggende recht construeren, dan komt men wel degelijk in strijd met het *nemo plus*-beginsel.[281] Wat mij betreft is echter ook hier sprake van een *verticale* beweging en ziet het proces van de vestiging van een beperkt zekerheidsrecht door een beperkt gerechtigde op zijn recht er dan ook wel degelijk uit als een echte stapeling:[282]

Erfpacht		Hypotheek
|	→	|
Onroerende zaak		Erfpacht
		|
		Onroerende zaak

En:

Vruchtgebruik		Pandrecht
|	→	|
Vorderingsrecht		Vruchtgebruik
		|
		Vorderingsrecht

281 Dit bezwaar wordt niet opgeheven door de regel dat het door de eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht tot einde komt als het eerdere beperkte recht tot een regulier einde komt (zoals De Jong suggereert, diss. 2006, nr. 106-107 en 110). Ook *tijdens* het bestaan van het eerdere beperkte recht is het immers geen optie dat met het door de eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht de positie van de eigenaar verder verzwaard wordt dan met het eerdere beperkte recht reeds het geval was. Zie hierover uitgebreider verderop in par. 6.2.3.4 bij de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid.

282 Mijns inziens is het beperkte recht dan ook niet een 'recht van toebehoren' dat dankzij die kwalificatie niet als een 'voorwerp van toebehoren' of 'voorwerp van recht' zou kunnen functioneren (zie noot 266 hierboven). Het beperkte recht op een zaak of een recht geeft weliswaar een zekere macht over deze zaak of dit recht, maar dit staat er niet aan in de weg dat het beperkte recht zelf ook als 'voorwerp van recht' kan functioneren, in die zin dat beperkte rechten op andere beperkte rechten kunnen rusten. In andere woorden – bewoordingen van De Jong – staat dit er niet aan in de weg dat men over zijn beperkte recht kan beschikken "alsof het een goederenrechtelijk gereïficeerd voorwerp is" (diss. 2006, nr. 177 slot).

Ook Struycken aanvaardt, anders dan De Jong, het stapelingsmodel voor beperkte rechten gevestigd door beperkt gerechtigden.[283] Opmerkelijk genoeg combineert hij deze opvatting echter wél met het afsplitsingsmodel. Hij merkt hierover weliswaar op dat niet kan worden gezegd dat het afsplitsingsmodel een eenduidige, bewuste of uitdrukkelijke keuze van de wetgever is geweest, maar hij meent uiteindelijk toch dat dit model aan het nieuw BW ten grondslag ligt.[284] De combinatie van deze twee modellen of gedachten is overigens wellicht niet geheel ongebruikelijk, maar wat mij betreft een even moeilijke en wringende combinatie als de afwijzing van De Jong van *beide* modellen of gedachten. Als het beperkte recht een afsplitsing of stukje is van het meer-omvattende recht waarvan het wordt afgeleid, dan kan het mijns inziens immers niet anders of dat recht rust op hetzelfde voorwerp als het recht waarvan het is afgesplitst. Ziet men het beperkte recht echter niet als een afsplitsing maar als een bezwaring van het eerder gevestigde beperkte recht, dán ontstaat er pas ruimte voor een echte stapeling van beperkte rechten. Juist dán rust het tweede beperkte recht niet op hetzelfde voorwerp als het eerder gevestigde beperkte recht, maar op dat eerder gevestigde beperkte recht zelf.

6.2.3.4 Stapeling met genotsrechten?

De stapeling met zekerheidsrechten moeten we ons dus voorstellen als een *daadwerkelijke* stapeling: een beperkt zekerheidsrecht rust op een ander beperkt recht dat op zijn beurt weer op de onderliggende zaak of het onderliggende recht rust. Bij de *genotsrechten* liggen de zaken enigszins anders. We zijn namelijk niet geheel vrij in het bepalen van de precieze constructie van de door beperkt gerechtigden gevestigde genotsrechten. De wet bevat immers enkele bepalingen die met zoveel woorden aangeven hoe we ons deze constructie met betrekking tot een aantal specifieke genotsrechten moeten voorstellen.

Voordat deze bepalingen aan de orde zullen komen, moeten echter eerst nog enkele woorden gewijd worden aan de algemene context, die ook hier het denkveld bepaalt. Duidelijk hierbij moge inmiddels zijn dat het grootste deel van de principiële bezwaren die aan de aanvaarding van het afsplitsingsmodel in de weg staan bij de bezwaring door de eigenaar van zijn zaak of door de schuldeiser van zijn vordering – met welk beperkt recht dan ook – *niet* gelden bij de bezwaring door een beperkt gerechtigde van zijn beperkte recht – eveneens met welk beperkt recht dan ook. Dat is bijvoorbeeld het geval met het argument dat eigendom en beperkt recht *ongelijksoortige* grootheden zijn, die qua aard, omvang, duur en uitoefening *fundamenteel* en *kwalitatief* van elkaar verschillen. We hebben gezien dat dit fundamentele verschil er niet alleen voor zorgt dat een splitsing van de eigendom überhaupt slecht denkbaar

283 Vgl. bijv. Struycken, diss. 2007, par. 6.3. Zie met name ook p. 378 noot 43.
284 Idem, par. 6.2.2.

is, maar voorts dat het beperkte recht ook overigens niet als een afsplitsing van het kwalitatief verschillende eigendomsrecht kan worden gezien. Bij de bezwaring van een beperkt recht met een beperkt recht is van een dergelijk fundamenteel of kwalitatief verschil echter uiteraard geen sprake en kunnen deze principiële argumenten geen gewicht in de schaal leggen. Dat geldt ook voor het argument dat bij de eigendom van een zaak sprake is van een recht dat met de zaak zelf geheel verenigd kan en dient te worden, waardoor de eigendom zich op een ander niveau bevindt dan het beperkte recht *op* een dergelijke zaak.

Naast deze principiële bezwaren hebben we gezien dat er echter ook enkele iets meer pragmatische bezwaren bestaan tegen hantering van het afsplitsingsmodel bij de vestiging van een beperkt recht door een eigenaar of een schuldeiser. Van de bevoegdheden die beperkt gerechtigden op grond van hun beperkte recht op een zaak verkrijgen kan bijvoorbeeld betrekkelijk vaak gezegd worden dat die daarvóór *niet* in de eigendom terug te vinden waren. En ook indien dit wél het geval is, kan men weer veelal niet zeggen dat de in het beperkte recht opgenomen bevoegdheden aan de eigenaar *ontnomen* zijn na de vestiging van het beperkte recht. Of men kan niet zeggen dat de bevoegdheden die wél aan de eigenaar ontnomen zijn nu aan de beperkt gerechtigde toekomen. Dit zijn de voornaamste bezwaren die ook bij de gestapelde *zekerheidsrechten* tegen de aanvaarding van het afsplitsingsmodel pleiten, en daarmee naar mijn mening óók tegen de constructie van het gestapelde *zekerheidsrecht* rechtstreeks op de onderliggende zaak en het onderliggende recht.

Het feit dat de principiële bezwaren hier grotendeels wegvallen, en we ter nadere bepaling van de precieze constructie van de door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten zijn aangewezen op een onderzoek naar het wel of niet bestaan van de meer pragmatische bezwaren per individueel geval, kan echter tot gevolg hebben dat niet alle door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten per se op dezelfde wijze geconstrueerd hoeven te zijn. Er zijn hier dus verschillen in constructie denkbaar.

Bij de door beperkt gerechtigden gevestigde *genotsrechten* bijvoorbeeld, zijn namelijk rechten te vinden die wel degelijk als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht kunnen worden gezien. Men denke hierbij aan de ondererfpacht, het erfpachtrecht dat door een (eerdere) erfpachter gevestigd wordt.[285] Immers, een recht van ondererfpacht bevat alleen maar bevoegdheden die de erfpachter daarvóór zelf op grond van zijn erfpachtrecht kon uitoefenen. Bovendien kan de erfpachter deze bevoegdheden gedurende het bestaan van de ondererfpacht zelf niet meer uitoefenen. En nu de ondererfpacht

285 Hetzelfde geldt voor de onderopstal, het opstalrecht dat door een (eerdere) opstaller gevestigd wordt (art. 5:104 lid 2 jo. 5:93 BW).

gezien kan worden als een deel van het principale recht van erfpacht, is óók een constructie van dit "gestapelde" recht mogelijk die geen werkelijke *stapeling* inhoudt, maar waarbij de ondererfpacht *rechtstreeks* op de onderliggende onroerende zaak rust. De principale erfpachter splitst dan immers een deel van zijn *eigen* recht op deze onroerende zaak af en draagt dit aan de ondererfpachter over. Met het *nemo plus*-beginsel komt de principale erfpachter daarbij – evenmin als wanneer hij zijn *gehele* erfpachtrecht aan een ander zou overdragen – niet in het gedrang. De ondererfpachter verkrijgt voorts bij een dergelijke afsplitsing noodzakelijkerwijs een recht dat op *hetzelfde* voorwerp rust als het principale recht van erfpacht deed: op de onderliggende onroerende zaak. In schema kan dit als volgt worden weergegeven:

Erfpacht		Ondererfpacht
|	→	|
Onroerende zaak		Onroerende zaak

Dit is ook de constructie die de wet ons met betrekking tot het ondererfpacht voorhoudt. Zie artikel 5:93 lid 1 BW:

> "De erfpachter is bevoegd *de zaak waarop het recht van erfpacht rust*, geheel of ten dele in ondererfpacht te geven, voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald. Aan de ondererfpachter komen ten aanzien van de zaak *niet meer bevoegdheden toe dan de erfpachter jegens de eigenaar heeft*."[286] (cursiveringen toegevoegd)

Dat aan de ondererfpachter niet meer bevoegdheden kunnen worden verleend dan de principale erfpachter zelf heeft, is in dit geval niet meer dan een logische gevolgtrekking uit het afsplitsingsmodel en het *nemo plus*-beginsel. Toch heeft de wetgever dat hier nogmaals willen benadrukken.[287]

Logischerwijs is het afgesplitste deel ook onderworpen aan dezelfde voorwaarden en termijnen als het principale recht waarvan het een deel is (geweest). Het zal daarom dus in beginsel tenietgaan als het principale recht tenietgaat (art. 5:93 lid 2 BW). Dit zal echter – zo ook lid 2 – *niet* het geval zijn

286 Ook als de principale erfpachter zijn recht – in de bewoordingen van artikel 5:93 lid 1 BW – "geheel" in ondererfpacht geeft, zal toch bij de principale erfpachter een zeker 'restrecht' achterblijven op grond waarvan de principale erfpachter weer tot uitoefening van zijn bevoegdheden gerechtigd zal zijn indien de ondererfpacht – eventueel onverhoopt – eerder tot een einde zal komen dan het principale erfpachtrecht. Ook hierbij kan men dus spreken van een afsplitsing van de ondererfpacht uit het principale erfpachtrecht. Zou dit alles immers niet het geval zijn, dan zou van een eenvoudige overdracht van het principale erfpachtrecht sprake zijn, waarvoor andere regels gelden (zie art. 5:91 BW).

287 NvW (1976-1977), PG Boek 5 BW, p. 316.

bij het tenietgaan van het principale recht van erfpacht door een *na* de afsplitsing actief ingrijpen van de principale erfpachter in het bestaan van zijn eigen recht, zoals het geval is bij afstand en bij vermenging.[288] Als hij het afgesplitste recht van ondererfpacht eenmaal heeft weggegeven, kan hij niet meer actief, door middel van afstand of vermenging van zijn eigen recht zorgen voor het tenietgaan van het afgesplitste recht.

Ook onder oud BW bestond de mogelijkheid voor een erfpachter al om een recht van ondererfpacht te vestigen. Er bestond geen wetsartikel dat deze mogelijkheid expliciet bood, maar de rechtsgeldigheid van de constructie – waar in de praktijk behoefte aan bleek te bestaan – was wel door de Hoge Raad erkend.[289]

Een onder huidig BW veel genoemd bezwaar tegen gestapelde genotsrechten uit Boek 5 BW – zoals de ondererfpacht – is het onderscheid dat dit BW maakt tussen de beperkte rechten uit Boek 3 BW en die uit Boek 5 BW. De Boek 3-rechten zijn de beperkte rechten die op *alle* soorten goederen kunnen rusten, maar de Boek 5-rechten kunnen slechts rusten op (onroerende) *zaken*. Dit zou de stapeling met Boek 5-rechten bemoeilijken. Immers, als de ondererfpacht geconstrueerd zou worden als een recht op het principale erfpachtrecht op de onderliggende onroerende zaak, dan zou het niet op een *zaak*, maar op een *recht* rusten. En daarmee zou de ondererfpacht onder huidig BW niet meer tot de mogelijkheden behoren.

Er bestaat echter – nog ongeacht de vraag of de ondererfpacht wel als een dergelijke stapeling van rechten geconstrueerd hoeft te worden – geen enkel bewijs dat Meijers met zijn indeling van het huidig BW de onder oud BW aanvaarde figuur van de ondererfpacht onmogelijk zou hebben willen maken.[290] De latere wetgever heeft slechts, naar aanleiding van de onrust die het in de vorige alinea genoemde argument tegen stapeling met Boek 5-rechten in de juridische wereld toch teweeg had gebracht, besloten om alsnog de uitdrukkelijke bepaling van artikel 5:93 BW in het wetsontwerp op te nemen. Daarmee heeft de wetgever dit bezwaar van tafel geveegd en voor eens en altijd duidelijk gemaakt dat ook onder het huidig BW de ondererfpacht tot

288 Ook als de vermenging een gevolg is van een handeling van de *eigenaar* van de onroerende zaak zal dit geen invloed meer kunnen hebben op het afgesplitste recht van ondererfpacht.

289 HR 8 december 1982, *NJ* 1983, 686 m. nt. WMK.

290 Vgl. in diezelfde zin, doch ten aanzien van alle stapelingen met Boek 5-rechten, Struycken, diss. 2007, p. 378: "Waar de tekst en het systeem van de wet en het daaraan ten grondslag liggende dogmatische model zo duidelijk zijn, kan de thans breed in de doctrine gedeelde, beperkte uitleg van de term 'zakelijk recht' geen grondslag bieden voor het vermeende bestaan van een nergens in de wet of in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk geformuleerd stapelingsverbod. Een dergelijk verbod bestaat eenvoudigweg niet." Anders Van Velten 2012, p. 27.

de mogelijkheden blijft behoren.[291] Nu die constructie bovendien is vormgegeven als een recht dat direct op de onderliggende onroerende zaak rust, kan het bezwaar dat dit Boek 5-recht niet op een *zaak* zou komen te rusten ook heel expliciet van de hand worden gewezen.

Ook de *erfdienstbaarheid* die door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker wordt gevestigd, wordt door de wet geconstrueerd als een recht dat direct op de onderliggende onroerende zaak komt te rusten. Zie artikel 5:84 lid 1 BW:

> "Hij die een recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik op een onroerende zaak heeft, kan een erfdienstbaarheid ten behoeve van deze zaak bedingen. Hij kan *haar* ook *met een erfdienstbaarheid belasten*." (cursivering toegevoegd)

Net als de ondererfpacht rust deze erfdienstbaarheid dus – anders dan het gestapelde zekerheidsrecht – rechtstreeks op de onderliggende zaak. Dit verschil in constructie en voorwerp van het beperkte recht tussen enerzijds de door andere beperkt gerechtigden gevestigde *zekerheidsrechten* en anderzijds (sommige van) de door andere beperkt gerechtigden gevestigde *genotsrechten* is niet zo nieuw als men wellicht zou denken. Ook onder oud BW bestond er immers een wetsartikel waaruit dit verschil duidelijk naar voren kwam. Dit was artikel 771 oud BW, dat sprak van de bevoegdheden van de erfpachter:

> "Hij is bevoegd om zijn regt te vervreemden, met hypotheek te belasten, en den grond, in erfpacht uitgegeven, met erfdienstbaarheden te bezwaren, voor het tijdvak van zijn genot."

De erfpachter kon dus zijn *erfpachtrecht* met een *hypotheekrecht* belasten, maar hij kon *de grond* waarop deze erfpacht rustte belasten met een *erfdienstbaarheid*.

De constructie van de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid op de onderliggende zaak ligt gevoelsmatig ook wel enigszins voor de hand, nu de erfdienstbaarheid van oudsher aan stukken grond verbonden is: het dienende erf waarop het rust maar ook het heersende erf waaraan het als afhankelijk recht wordt gekoppeld. En wellicht ligt het tegenovergestelde – een stapeling van de erfdienstbaarheid op het recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik op de onderliggende onroerende zaak – gevoelsmatig wel iets lastiger dan bij het op het beperkte recht rustende zekerheidsrecht. Dit zekerheidsrecht impliceert immers al de mogelijkheid om onder voorwaarden een *beperkt recht* op de onderliggende zaak te executeren, en niet de onderliggende zaak zelf. Dat ook een erfdienstbaarheid vooral ten aanzien van het erfpachtrecht, het opstalrecht of het recht van vrucht-

291 Zie hiervoor NvW (1976-1977), PG Boek 5 BW, p. 316 (zie ook de MvA II (1972) op p. 303).

gebruik en slechts *indirect* ten aanzien van de onderliggende onroerende zaak uitgeoefend zou worden, ligt gevoelsmatig wellicht wat minder voor de hand.

Voorts wordt ook hier met een dergelijke constructie het bezwaar omzeild dat een Boek 5-recht niet op een *recht*, maar alleen op een *zaak* zou kunnen rusten. Een bezwaar dat ik overigens in het algemeen weinig overtuigend vind, nu duidelijk is dat Meijers bij het maken van het onderscheid tussen Boek 3 en Boek 5-rechten het onmogelijk maken van dergelijke constructies volstrekt niet op het oog heeft gehad.[292]

---

292 Hoogstens – maar ook hiervan ben ik, evenals Struycken (diss. 2007, p. 377-378), niet geheel overtuigd – is dit door de *latere* wetgever uit de systematiek geconcludeerd (hetgeen Van Velten (Van Velten 2012, p. 27) hier doorslaggevend lijkt te vinden). Wat Meijers *wel* op het oog had, is het maken van een onderscheid tussen die regels en rechtsverhoudingen die zich kunnen voordoen bij *alle* goederen – zaken én (met name ook) *verbintenissen* – in Boek 3 BW en die, die specifiek voorkomen bij een bepaald soort goed in het voor dat goed gereserveerde deel van het BW (vgl. ook de *Algemene begrippen*, p. 280-281). Hij ontwierp derhalve een systeem dat aanving met een algemeen goederen- of vermogensrechtelijk deel en vervolgens de specifieke delen (o.a. zakenrecht en verbintenissenrecht) behandelde. Dit in tegenstelling tot het systeem van het oude BW, waarin de eigenlijk algemene regels slechts in het *zaken*recht en dus in feite alleen voor zaken werden gegeven, maar via de omweg van de onlichamelijke zaak ook op verbintenissen werden toegepast. Hij vond dat dit laatste systeem de tegenstelling tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht vertroebelde. Zie hierover uitgebreider par. 6.1.2.2. De tegenstelling tussen zaken en *rechten*, waaronder naast verbintenissen ook de *beperkte rechten*, was hierbij dus veel minder aan de orde. De zakelijke beperkte rechten van Boek 5 BW zouden ook niet in Boek 3 BW opgenomen *kunnen* worden, nu zij weliswaar wel op andere beperkte rechten kunnen rusten, maar niet op *verbintenissen* (in de zin van vorderingsrechten) en dus niet op *alle* goederen. Dát is de reden dat ze in Boek 5 BW zijn opgenomen: niet zozeer omdat ze alleen maar op *zaken* zouden kunnen rusten, maar omdat ze niet tevens op *verbintenissen* en dus niet op àlle goederen kunnen rusten. Dat blijkt eens te meer uit de plaatsing van het appartementsrecht in Boek 5 BW. Ook dit recht kan betrekking hebben op beperkte *rechten* uit Boek 5 BW. Toch is het in Boek 5 BW (*zakelijke* rechten) opgenomen. Waar anders immers? De plaatsing in Boek 5 BW wil alleen maar zeggen dat het appartementsrecht geen recht is dat betrekking kan hebben op *alle* goederen. Tenslotte blijft een sterk argument dat de door beperkt gerechtigden gevestigde Boek 5-rechten (en ook het appartementsrecht) nog altijd *indirect* betrekking hebben op zaken, en in die zin ook als zakelijke rechten in de zin van Boek 5 BW kunnen worden gezien. Ik acht hier overigens – anders dan Van Velten – de opzet van het systeem door Meijers van groter belang dan de eventuele uitleg van dit systeem door de wetgever in een (veel) later stadium, waarbij aan betreffende stapelingsmogelijkheden in eerste instantie óók niet blijkt te zijn gedacht en vervolgens slechts gereageerd wordt op een in de literatuur reeds als onmogelijk bestempelde stapeling met Boek 5-rechten, teneinde tegemoet te komen aan een behoefte van de praktijk. De eerdere tekst van de TM bij art. 5:85 BW – samengesteld door het driemanschap – waarin vermeld wordt dat "aangezien nooit behoefte is gebleken aan erfpacht op rechten, (…) dit recht beperkt [is] tot zaken" acht ik hierbij dan ook eveneens niet van groot belang. Men kan zich zelfs afvragen of met erfpacht op rechten hier ook gedoeld wordt op erfpacht op (andere) beperkte rechten op onroerende zaken, of slechts op erfpacht op andere vermogensrechten. Van een behoefte aan erfpacht op (andere) beperkte rechten op onroerende zaken was immers inmiddels – zelfs gedurende het wetgevingsproces al – wel degelijk gebleken. Zie over het belang van het onderscheid tussen Boek 3 en Boek 5-rechten tenslotte nog par. 6.1.1.3.

Toch acht ik dogmatisch gezien de constructie van deze erfdienstbaarheid als direct rustend op de onderliggende onroerende zaak maar moeilijk te verklaren. Wat in de hoofdstukken hiervóór namelijk met grote regelmaat is gebleken, is dat de erfdienstbaarheid zich slecht laat construeren als een daadwerkelijke afsplitsing van de eigendom. Niet alleen om principiële redenen, maar ook om de meer pragmatische redenen: van de in de erfdienstbaarheid vervatte bevoegdheden kan men veelal niet zeggen dat die vóór de vestiging aan de eigenaar toekwamen, van de aan de eigenaar ontnomen bevoegdheden kan men veelal niet zeggen dat ze nu in de erfdienstbaarheid begrepen zijn en/of van de verkregen bevoegdheden kan men veelal niet zeggen dat ze ná de vestiging aan de eigenaar ontnomen zijn.[293] En die pragmatische redenen gelden evenzeer voor de door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid: die laat zich op overeenkomstige wijze slecht construeren als een daadwerkelijke afsplitsing van het recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik. Geeft men deze erfdienstbaarheid dan tóch vorm als een recht dat rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak rust, dan komt men het *nemo plus*-beginsel tegen: een beperkt gerechtigde kan geen beperkt recht *op de onderliggende onroerende zaak* vestigen dat niet al in zijn eigen recht besloten lag en dat dus niet als een zekere afsplitsing uit zijn eigen recht kan worden gezien.[294]

Bezien we de regeling van de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid in de wettelijke constructie van artikel 5:84 BW nader, dan zien we bovendien dat daarin géén bepaling is opgenomen – zoals bij de regeling van de ondererfpacht in artikel 5:93 lid 1 BW wél het geval is – die stelt dat aan de gerechtigde van de aldus gevestigde erfdienstbaarheid niet méér bevoegdheden toekomen dan de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker jegens de eigenaar heeft. Nu de erfdienstbaarheid in veel gevallen niet gezien kan worden als een daadwerkelijke afsplitsing van de erfpacht, de opstal of het vruchtgebruik, vloeit een dergelijke regel óók niet voort uit de constructie. Dat deze regel hier *niet* bestaat, is in zekere zin ook wel logisch. De erfdienstbaarheid is immers per definitie een last die een inhoud kan hebben die niet per se overeen hoeft te komen met bevoegdheden die degene die het recht vestigt zelf ook heeft (gehad). Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de bevoegdheid om de eigenaar of de eerder beperkt gerechtigde te verbieden op de onroerende zaak hoger te bouwen dan een bepaalde hoogte of aan de bevoegdheid om van de eigenaar of de eerder beperkt gerechtigde te vorderen dat zij gebouwen, werken of beplantingen aanbrengen of onderhouden op het dienende erf (zie voor deze laatste verplichtingen artikel 5:71 lid 1 en lid 2 BW). Veel meer dan een *afsplitsing* van bevoegdheden bleek de

293 Zie onder meer hfdst. 4 par. 4.1.1.2, hfdst. 5 par. 5.2.1.3 en dit hoofdstuk par. 6.1.3.3.

294 Ook Pleysier (*WPNR 5651* (1983), p. 298) kan zich – al is het niet *geheel* om dezelfde reden – slecht in deze constructie vinden.

erfdienstbaarheid dan ook steeds een *belasting* van het eigen recht te zijn in welke zin dan ook; uiteraard voor zover deze wel aan de eisen van de wet voldoet. En veel meer dan een overdracht van bevoegdheden aan een ander is bij de erfdienstbaarheid sprake van een beperking van de eigen bevoegdheden. De mogelijkheden voor de inhoud van de erfdienstbaarheid zijn talloos, en beperken zich niet tot bekende rechten van weg of van overpad of de zojuist genoemde rechten tot het verbieden van hogere bebouwing of het vorderen van het aanbrengen of onderhouden van gebouwen, werken en beplantingen. En dan komt men, zoals bij deze zojuist genoemde rechten, al snel uit bij rechten waarvan moeilijk kan worden gezegd dat de daarin begrepen bevoegdheden ook ooit in de eigendom of – zoals in dit geval – in het beperkte recht begrepen zijn geweest. Zou men nu expliciet uitsluiten dat aan de gerechtigde bevoegdheden zouden kunnen toekomen die de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker zelf niet heeft (gehad), dan zou dit een (grote) beperking betekenen van de verscheidenheid aan erfdienstbaarheden die deze erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker zou kunnen vestigen.

Een probleem hierbij is echter wel dat wanneer de erfdienstbaarheid die gevestigd wordt door een andere beperkt gerechtigde een last inhoudt die bevoegdheden geeft die de beperkt gerechtigde zélf niet per se jegens de eigenaar had, en die last op de *onderliggende onroerende zaak* komt te rusten, het kan voorkomen dat ook de positie van de *eigenaar* van die zaak daardoor verzwaard wordt. Er kunnen dan immers door de gerechtigde tot de erfdienstbaarheid bevoegdheden ten aanzien van de zaak worden uitgeoefend die de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker zelf niet hadden, en die kunnen ook de eigenaar van de zaak raken. Men zal het er echter over eens zijn, dat dát niet de consequentie kan en mag zijn van de door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid. Als bijvoorbeeld de vruchtgebruiker van een stuk grond op die grond een erfdienstbaarheid vestigt die er (mede) toe strekt dat er een gebouw of werk op de grond die hij in vruchtgebruik heeft zal moeten worden aangebracht (artikel 5:71 lid 1 BW), dan kan de eigenaar van de grond niet verplicht worden hieraan mee te werken. Sterker nog, hij kan voorkomen dat de vruchtgebruiker aan deze last wél uitvoering geeft door op *zijn* stuk grond (dat van de eigenaar) een gebouw of werk aan te brengen. Dat is immers iets waartoe de vruchtgebruiker jegens de eigenaar helemaal niet bevoegd is. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat het hier om een verplichting gaat die de vruchtgebruiker slechts *jegens de gerechtigde* van de erfdienstbaarheid is aangegaan. Het feit echter dat deze verplichting de vorm van een *zakelijk* recht, een erfdienstbaarheid *op de onderliggende onroerende zaak*,

heeft aangenomen, betekent uiteraard dat het hier om een recht op die zaak gaat dat in beginsel aan *eenieder* kan worden tegengeworpen.[295]

Er zou hier dus in ieder geval wel een uitdrukkelijke, aanvullende regel moeten gelden die inhoudt dat de bevoegdheden die door de beperkt gerechtigde aan degene ten behoeve van wie de erfdienstbaarheid wordt gevestigd in ieder geval géén verdere belasting van de positie van de eigenaar met zich mee kunnen brengen, tenzij uiteraard de eigenaar hiermee instemt.[296] Ook die regel vloeit immers *niet* al vanzelf voort uit de constructie van de door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid *rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak*. Zou de erfdienstbaarheid daarentegen de vorm hebben van een belasting van *het beperkte recht* in plaats van een belasting van de onderliggende onroerende zaak, dan zou deze regel wel reeds uit de constructie volgen.

Naast de hier genoemde aanvullende regel moet er nog een andere regel gelden voor de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker volgens artikel 5:84 BW gevestigde erfdienstbaarheid, en die is wél met zoveel woorden in de wet opgenomen (artikel 5:84 lid 3 BW). Dit is de regel dat de erfdienstbaarheid tenietgaat als de het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik tot een einde komt, uiteraard weer tenzij de eigenaar met de vestiging van de erfdienstbaarheid heeft ingestemd (door middel van een in de openbare

295 De wetgever lijkt zich ten aanzien van de opstaller in enigerlei mate dit probleem te hebben gerealiseerd, en had in zijn ontwerp de bevoegdheid van de opstaller om een erfdienstbaarheid op het erf te vestigen beperkt tot een erfdienstbaarheid die verplicht tot het niet-uitoefenen van bevoegdheden die de opstaller toekomen (zie OM en TM bij art. 5:84 BW, PG Boek 5 BW, p. 290). De latere wetgeving heeft deze beperking echter geschrapt omdat hij meende dat hiertoe geen reden bestond, nu uit het toegevoegde lid 4 volgt dat in een zodanig geval voor de toepassing van de onderhavige titel de opstaller als eigenaar van het dienende erf wordt aangemerkt, zodat de desbetreffende verplichtingen komen te rusten op hem en niet op de werkelijke eigenaar van het erf (MvA II (1972), PG Boek 5 BW, p. 291). Dat deze laatste bepaling het probleem echter geenszins oplost, moge duidelijk zijn. De opstaller is dan misschien wel degene die verplicht is tot (bijv.) het aanbrengen van het gebouw of werk op het erf, dit raakt uiteraard óók de eigenaar.

296 Bij de ondererfpacht van art. 5:93 BW is deze regel niet nodig, aangezien lid 1 reeds bepaalt dat aan de ondererpachter niet meer bevoegdheden (kunnen) toekomen dan de erfpachter jegens de eigenaar heeft, een regel die bij de ondererfpacht eigenlijk gewoonweg voortvloeit uit het feit dat ondererfpacht daadwerkelijk gezien kan worden als een afsplitsing van de erfpacht. Bij de erfdienstbaarheid van art. 5:84 BW is dit als gezegd niet het geval, en deze kan bovendien zonder meer door de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker worden gevestigd (op een evt. obligatoir werkende afwijkende afspraak na). De wet geeft immers geen afwijkingsmogelijkheid zoals art. 5:93 BW wel doet ("voor zover in de akte van vestiging niet anders in bepaald") en het systeem van Boek 5 BW is 'dwingend recht, tenzij': de vrijheid van partijen bij de inrichting van het beperkte recht is beperkt tot punten waarop de wet zich van een regeling onthoudt of waar deze een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat (TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3 en p. 4 onder punt 10). Men mag van een stilzwijgende instemming van de eigenaar met een verdere belasting van zijn positie dan ook zeker niet uitgaan.

registers ingeschreven akte), en tenzij het beperkte recht tot een einde komt door afstand of vermenging. Ook deze regel vloeit – anders dan bij een stapelingsconstructie en óók anders dan bij de ondererfpacht, die als een daadwerkelijke afsplitsing van de erfpacht kan worden gezien – niet vanzelf voort uit de gekozen constructie van de erfdienstbaarheid direct op de onderliggende zaak. Er is mijns inziens hier dan ook geen sprake van het "intrappen van een open deur".[297] De erfdienstbaarheid rust nu immers niet op het wegvallende beperkte recht (zoals bij stapeling), en kan ook niet gezien worden als een afgesplitst deel dat logischerwijs is onderworpen aan dezelfde voorwaarden en termijnen als het principale recht waarvan het een deel is (geweest). De afhankelijkheid van de erfdienstbaarheid van het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik is in deze constructie dus veel minder duidelijk en zal met zoveel woorden moeten worden bepaald. De Jong pretendeert evenwel dat deze regel óók logisch is in de constructie van de erfdienstbaarheid rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak, en zonder dat de erfdienstbaarheid als afsplitsing kan worden gezien.[298] Het is mijns inziens slechts logisch dat deze regel *zou moeten* gelden. De regel vloeit echter níet logischerwijs voort uit de gebruikte *constructie*.[299]

De hierboven genoemde aanvullende regels verzachten de negatieve gevolgen die de constructie van artikel 5:84 BW van de erfdienstbaarheid rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak met zich mee kunnen brengen. Het feit echter dat deze afzonderlijke regels *nodig* zijn en *niet* zonder meer volgen uit de gekozen constructie, beschouw ik – naast mijn eigen dogmatische analyse van de constructie – als een sterke aanwijzing dat deze constructie niet alleen *dogmatisch* gezien, maar ook in zijn *praktische* uitwerking slecht te rechtvaardigen is.[300] Ik kan me dan ook niet bij De Jong aansluiten als die verdedigt dat het kortzichtig is om de constructie van de erfdienstbaarheid eenvoudigweg

297 Aldus Pleysier, *WPNR 5651* (1983), p. 298 m.b.t. artikel 771 oud BW.

298 De Jong, diss. 2006, nr. 106-107.

299 De regel volgt óók niet logisch uit de goederenrechtelijke status van de zaak, zoals De Jong verdedigt, omdat de beperkt gerechtigde geen afbreuk zou kunnen doen aan de "verwachtingseigendom van de 'bloot' eigenaar" (diss. 2006, nr. 107). Een beperkt recht *op de zaak* doet immers per definitie afbreuk aan de eigendom van die zaak. Voor een beperking van de negatieve gevolgen voor de eigenaar van het feit dat er een beperkt recht op zijn zaak rust, is een uitdrukkelijke wettelijke bepaling nodig. Vgl. ook art. 3:81 lid 3 BW tweede zin.

300 Dit is mijns inziens een wezenlijk andere situatie dan de situatie die zich voordoet bij de regel die de door het systeem van de wet ontstane consequentie voorkomt dat een gestapeld beperkt recht tenietgaat als het tussenliggende recht door afstand of vermenging tenietgaat (art. 3:81 lid 3 BW). Ook *deze* regel verzacht weliswaar een negatief gevolg van de constructie van de wet, maar het gaat hier om een negatief gevolg dat weliswaar zeer goed dogmatisch *mogelijk* is maar slechts in de praktijk *onwenselijk*. In het hierboven beschreven geval moeten er speciale regels aan te pas komen om de negatieve gevolgen van een constructie uit te sluiten die dogmatisch eigenlijk helemaal niet *mogelijk* zijn: de verdere belastingen door een beperkt gerechtigde van de positie van de eigenaar zonder diens medewerking.

af te doen als zijnde in strijd met het *nemo plus*-beginsel – in slechts theoretische zin – zonder naar hun "rechtsgevolgen in de praktijk" en de "werkelijke verhoudingen" te kijken.[301] Hij wijst qua rechtsgevolgen op de ook in de wet opgenomen regel dat aan de erfdienstbaarheid in beginsel een einde komt als aan het recht van de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker een einde komt.[302] Ten eerste is – zoals we hebben gezien – ook invoering van deze regel niet voldoende om de inhoudelijke strijd met het *nemo plus*-beginsel en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen op te heffen. Ook *tijdens* het bestaan van het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik is het immers geen optie dat de positie van de eigenaar verder belast wordt dan met het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik reeds het geval was. Ten tweede is er mijns inziens ook een afzonderlijk belang gelegen in een dogmatisch kloppend en helder systeem, nog zonder dat op voorhand duidelijk is of een dergelijk systeem (in de toekomst) wellicht andere rechtsgevolgen in de praktijk zal blijken te hebben in eventuele onvoorziene, individuele gevallen.

Veel meer dan een dogmatisch goed verklaarbare constructie is de constructie van de door de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak – anders dan bij de ondererfpacht – derhalve vooral een wettelijk gekozen constructie en een wettelijke uitzondering op het overigens uit de wet voortvloeiende systeem van de stapeling van beperkte rechten.[303] Een constructie die een voortzetting is geweest van de constructie onder het oude BW, en gevoelsmatig wel enigszins voor de hand ligt nu de erfdienstbaarheid van oudsher aan percelen grond verbonden is.[304] Een constructie ook die tegemoetkomt aan het veelgehoorde – maar mijns inziens onterechte – bezwaar dat een Boek 5-recht niet op een ander recht kan rusten, maar op een *zaak* moet rusten. Een constructie ten slotte die – hoewel zij dogmatisch gezien niet goed in elkaar zit en ook met aanvullende wettelijke regels dit gebrek (nog) niet geheel is opgelost – in de praktijk tot nu toe waarschijnlijk (nog) niet tot grote problemen heeft geleid.

Naast bovengenoemde, uitdrukkelijke wettelijke regelingen van enige specifieke door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte genotsrechten, zijn er natuurlijk nog vele andere combinaties van dit soort rechten denkbaar. Er zijn slechts enkele harde grenzen die hier gelden. Om te beginnen is dat natuurlijk de regel dat beperkte rechten niet kunnen rusten op andere beperkte rechten die *afhankelijke rechten* zijn, zoals het pandrecht, het hypotheekrecht en de erfdienst-

301 De Jong, diss. 2006, nr. 106.
302 Idem, 107.
303 Door deze in de wet gekozen constructie – en daardoor alleen – kan nu gezegd worden dat de inhoud van het erfpachtrecht, het opstalrecht en het recht van vruchtgebruik mede omvat de bevoegdheid om op de *onderliggende onroerende zaak* een erfdienstbaarheid te vestigen.
304 Zie in overeenkomstige zin W. Snijders, *WPNR 6689* (2006), p. 835.

baarheid. Die rechten zijn immers ook niet zelfstandig overdraagbaar.[305] Algemener gezegd kunnen de gerechtigden tot een afhankelijk beperkt recht uit hoofde van hun recht geen beperkt recht vestigen, niet op hun eigen recht en ook niet op het onderliggende object. Daarnaast blijft de regel gelden dat de Boek 5-rechten – die wat mij betreft in beginsel zonder enig probleem door andere beperkt gerechtigden tot een beperkt recht op een onroerende zaak kunnen worden gevestigd[306] – in ieder geval wel als (*uiteindelijk) onderliggend object* altijd een onroerende zaak zullen moeten hebben.

Voor alle door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte genotsrechten die binnen dit – tamelijk ruime – kader passen geldt dat deze in beginsel zonder problemen gevestigd kunnen worden. Het systeem en uitgangspunt van de wet – de *stapeling* van beperkte rechten – zal ook hier het uitgangspunt vormen. De beperkte genotsrechten hoeven in deze constructie niet per se als afsplitsingen van het eerder gevestigde beperkte recht gezien te kunnen worden en de door de beperkt gerechtigde verschafte bevoegdheden hoeven niet per se onderdeel te hebben uitgemaakt van het recht van deze beperkt gerechtigde zelf. Het gaat in deze constructie immers niet om een *afsplitsing* van het eerder gevestigde beperkte recht, maar om een *belasting* van dat recht. De enige grens die hierbij geldt is dat een belasting van *het eerder gevestigde beperkte recht*, logischerwijs géén verdere belasting van *de eigendom van de onderliggende zaak* of van *het onderliggende recht* met zich mee kan brengen. (Ook) deze grens ligt in zekere zin besloten in de eis dat het beperkte recht een belasting of bezwaring is van een *meeromvattend* recht in de zin van de artikelen 3:8 (en 3:81) BW. Ik kom hierop in hoofdstuk 7 nog uitgebreid terug.

Dat betekent echter niet dat er geen gevallen kunnen zijn waarbij het door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte genotsrecht gezien kan worden als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht – in die zin dat het beperkte genotsrecht slechts bevoegdheden en verplichtingen tot inhoud hebben die ook onderdeel uitmaken van het eerder gevestigde beperkte recht – en dus geconstrueerd kan worden als een directe belasting *van de onderliggende zaak of het onderliggende recht*.[307] Ook hier geldt immers dat tegen deze constructie niet die principiële bezwaren gelden, die wél gelden indien een dergelijk beperkt genotsrecht door de eigenaar van een zaak of de schuldeiser van een vorderingsrecht zelf worden gevestigd (de ongelijksoortigheid van rechten in kwestie). En indien het beperkte genotsrecht inderdaad als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht kan worden gezien, zijn de meer

305 Vergelijk hier met name artikel 3:81 lid 1 BW: "Hij aan wie een *zelfstandig* en *overdraagbaar* recht toekomt…". Zie ook artikel 3:228 BW.

306 Zie noot 290 en 292 hierboven.

307 Ook W. Snijders sluit niet uit – zonder daarbij overigens het afsplitsingsmodel te gebruiken – dat de constructie van het door een beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht rechtstreeks op de onderliggende zaak of het onderliggende recht ook gebezigd kan worden in gevallen die vergelijkbaar zijn met de in de wet op deze wijze geconstrueerde gevallen. Hij noemt als voorbeeld het door de opstaller gevestigde recht van erfpacht.

pragmatische bezwaren tegen het afsplitsingsmodel ook van de baan (het feit dat de bevoegdheden van de tweede beperkt gerechtigde niet overeenkomen met bevoegdheden die de eerste beperkt gerechtigde verliest). Voorts hoeft het feit dat de wet deze constructie alleen *uitdrukkelijk* aangeeft voor de ondererfpacht (artikel 5:93 BW)[308] en de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid (artikel 5:84 BW) geen belemmering te vormen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt immers wel, dat deze artikelen vooral met zoveel woorden in de wet zijn opgenomen om het in de juridische wereld ontstane en aanhoudende tumult over de vraag of de ondererfpacht onder huidig BW nog wel tot de mogelijkheden zou behoren voor eens en altijd te doen verstommen respectievelijk als voortzetting van de al onder oud BW uitdrukkelijk in de wet opgenomen mogelijkheid van de door een erfpachter gevestigde erfdienstbaarheid. En ten slotte is weliswaar het uitgangspunt van de wet in deze de stapeling van beperkte rechten, maar leidt het ambigue artikel 3:8 BW[309] niet per se tot de conclusie dat dit ook in *alle* gevallen zo zou moeten zijn. Hetzelfde geldt voor artikel 3:81 BW, dat bovendien met zijn formulering in lid 1 ("Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen.") ook voor deze constructie voldoende ruimte lijkt te laten.

Opmerking verdient hierbij nog dat in beide gevallen de hierboven met betrekking tot de door de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid gegeven aanvullende regels reeds uit de betrokken constructie voortvloeien. Het door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht rust *ofwel* op het eerder gevestigde beperkte recht, waardoor het – zowel gedurende het bestaan van dit eerder gevestigde beperkte recht als bij zijn tenietgaan – logischerwijs (in beginsel) is onderworpen aan dezelfde voorwaarden en termijnen als dit recht. *Ofwel* kan het worden beschouwd als een afgesplitst deel van het eerder gevestigde beperkte recht, dat derhalve – eveneens zowel gedurende het bestaan van het eerder gevestigde recht als bij zijn tenietgaan – logischerwijs is onderworpen aan dezelfde voorwaarden en termijnen als het beperkte recht waarvan het een deel is (geweest).

6.2.3.5 Opstal op erfpacht?

Een notoir probleemgeval onder de door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten – het door een erfpachter gevestigde opstalrecht – verdient hier ten slotte nog kort de aandacht. Ook hier stuiten we weer op het veelgehoorde bezwaar dat een Boek 5-recht niet op een ander Boek 5-recht, maar alleen op een *zaak* zou kunnen rusten. Zoals gezegd, is dit argument tegen de vestiging van onder andere opstal op erfpacht wat mij betreft weinig

308 En de onderopstal, via de schakelbepaling van artikel 5:104 lid 2 BW.
309 Zie hierover uitgebreid par. 6.1.3.3.

overtuigend. Meijers heeft met zijn onderscheid tussen Boek 3 en Boek 5-rechten immers volstrekt niet op het oog gehad dergelijke constructies onmogelijk te maken. Eerder lijkt het erop dat aan dergelijke constructies in zijn tijd nog weinig behoefte bestond en er dan ook niet uitdrukkelijk rekening mee is gehouden, wat mijns inziens overigens ook niet *nodig* was, nu het systeem van Meijers de constructies *niet* onmogelijk maakt. Want wat Meijers op het oog heeft gehad, is een onderscheid te maken tussen die regels en rechtsverhoudingen die betrekking kunnen hebben op *alle* goederen in Boek 3 BW en die die dat *niet* kunnen (en dus eerder gerelateerd zijn aan één of meerdere specifieke soorten goederen) in andere delen van het BW, met name (maar niet alleen) in Boek 5 BW. De Boek 5-rechten zijn dus niet in Boek 3 opgenomen, niet omdat ze alléén op *zaken* (en niet op zakelijke rechten) kunnen rusten, maar omdat ze *niet* tevens op verbintenissen (in de zin van vorderingsrechten) en dus niet op *alle* goederen kunnen rusten.[310] Daarmee kan het hier behandelde bezwaar wat mij betreft ter zijde worden geschoven.

Het probleem zit hem er bij de door een erfpachter gevestigd opstalrecht voorts vooral in dat het opstalrecht de verkrijging van de *eigendom* van de eventuele opstal(len) veronderstelt; een eigendom waarvan niet gezegd kan worden dat de erfpachter die het opstalrecht verschaft deze zelf heeft. De vraag is dan of hij deze eigendom wel aan de opstaller kan verschaffen.

Vooropgesteld dient hierbij wederom te worden dat als deze figuur wordt geconstrueerd als een belasting van het *erfpachtsrecht* met een recht van opstal, het niet per se zo hoeft te zijn dat de aan de opstaller verschafte bevoegdheden onderdeel hebben uitgemaakt van het recht van de erfpachter. Dit is alleen het geval als we het opstalrecht willen construeren als een recht dat direct op de onderliggende onroerende zaak komt te rusten: een constructie als *afsplitsing* van het erfpachtrecht dus. Construeren we het door de erfpachter gevestigde opstalrecht dus als een *stapeling* van rechten, dan moeten we derhalve *niet* eenvoudigweg controleren of het opstalrecht geen bevoegdheden bevat die het erfpachtrecht ook niet bevat. Veel meer moet dan in de gaten gehouden worden dat het opstalrecht geen verdere beperking kan inhouden van het recht en de positie van de eigenaar van de onderliggende onroerende zaak. Zoals gezegd kom ik hierop in hoofdstuk 7 nog uitgebreid terug.

Maar nog afgezien van de vraag hoe we deze constructie in een specifiek geval nu precies vorm willen en kunnen geven, is het van belang te bezien wat in artikel 5:101 lid 1 BW de betekenis van het begrip *eigendom* is:

> "Het recht van opstal is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen."

310 Zie hierover veel uitgebreider nog noot 292 hierboven.

Het recht van opstal verschaft de bevoegdheid om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in *eigendom* te hebben of te verkrijgen. Is deze eigendom van opstallen hetzelfde als de eigendom van de ondergrond in de zin van artikel 5:1 BW?

Dit is een vraag waar ook Heyman zich over heeft gebogen. Hij komt tot de conclusie dat dit niet het geval is.[311] Mijns inziens is dit een terechte conclusie, en wel om meerdere redenen, waarvan de meeste ook in het betoog van Heyman genoemd worden.

Allereerste is de eigendom van opstallen die uit een opstalrecht voortvloeit slecht vergelijkbaar met de eigendom van artikel 5:1 BW, al was het maar omdat er sprake is van de eigendom van een in ieder geval in beginsel *onzelfstandig* onderdeel van een onroerende zaak van een ander (de ondergrond); om me op dit punt bij de nog altijd heersende leer aan te sluiten.[312] Ook na de vestiging van het opstalrecht behoudt de eigenaar van de grond mijns inziens óók op de opstal een zekere (bloot) eigendom; dat is de bloot eigendom waaruit bij het tenietgaan van het opstalrecht de volle eigendom kan 'teruggroeien'. Dat betekent dat de eigendom die aan de opstaller toekomt nooit helemaal gelijk kan staan aan de 'volle' eigendom van artikel 5:1 BW.[313]

---

311 H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: W.G. Huijgen e.a., *2000 jaar eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31. Zie eerder al zijn artikel in *WPNR 6342* (1999) met verwijzing naar Pleysier en Kleijn voor nog eerdere, in het betoog van Heyman passende gedachten.

312 Vgl. hier de verwijzingen van De Jong, diss. 2006, nr. 122 noot 196. Zie verder H.J. Snijders, *NTBR* 2006, nr. 60; Heyman/Bartels, *NTBR* 2006, nr. 40 en Van Maanen, *NTBR* 2006, nr. 32 onder 1 (die zelf overigens van de heersende leer afwijkt). Er moet echter op gewezen worden dat de laatste jaren wel geopperd is dat de opstal een zelfstandige onroerende zaak zou zijn, zie hiervoor m.n. Wolfert, *WPNR 6523/6525* (2003). Zo ook De Jong, diss. 2006, nr. 120 e.v., waar hij – in zijn eigen terminologie – de opstal "reïficeert", d.w.z. de opstal als een afzonderlijke zaak bestempelt. Hoewel er wel iets te zeggen is voor deze opvatting, is het wat mij betreft maar zeer de vraag of de verkeersopvatting uit artikel 3:4 lid 1 BW de onverbrekelijke verbinding tussen opstal en ondergrond van artikel 3:4 lid 2 BW – dat ik hier, anders dan Ploeger (diss. 1997, nr. 113 en 120), gewoon van toepassing acht – kan doorbreken. Feit blijft immers dat het, afgezien van stacaravans e.d., over het algemeen onmogelijk is om zonder schade danwel kosten van omvangrijk formaat een normaal huis van de grond los te maken: het huis houdt op een huis te zijn (!) danwel er zijn zoveel kosten mee gemoeid dat uit *economisch* oogpunt wellicht zelfs aanbeveling zou verdienen een nieuw huis te bouwen op de gewenste plek. En de verkeersopvatting van artikel 3:4 BW werkt – zoals ook uit het artikel blijkt – *aanvullend* op deze onverbrekelijke verbinding van datzelfde artikel, niet *corrigerend*. Ploeger, diss. 1997, nr. 113, betwijfelt of grond wel schade van betekenis kan oplopen. Hij ziet daarbij gemakshalve de schade (of kosten) aan de (weggehaalde) *opstal* over het hoofd.

313 Vgl. de rekensom van Heyman op p. 24: volle eigendom -/-opstal = bloot eigendom. Als opstal gelijk is aan volle eigendom is de bloot eigendom wel erg bloot, namelijk nihil. Heyman lost dit probleem op door te opperen dat met enige goede wil nog wel gezegd kan worden dat het opstalrecht – voor wat betreft de opstallen – geen *gedeeltelijke* bevoegdheden over het *geheel*, maar *volledige* bevoegdheden over een *deel* geeft. Geheel overtuigend vind ik deze opvatting niet, gelet op het feit dat er mijns inziens ook t.a.v. dit deel een

Maar ook afgezien hiervan, geldt dat de eigendom van de opstal in tegenstelling tot 'gewone' eigendom volstrekt *afhankelijk* is van het recht van opstal dat deze eigendom – voor een in beginsel slechts *eindige* periode van tijd[314] – mogelijk maakt. Het is immers slechts door dit opstalrecht dat een afzonderlijk onderdeel van de ondergrond (de opstal) volledig aan een ander kan toekomen gedurende een in beginsel beperkte periode van tijd. Of hiermee een echte eigendom van de opstal wordt gecreëerd, valt te betwijfelen. De opstaller kan over zijn eigendom namelijk niet vrijelijk en als zodanig beschikken: het is afhankelijk van het opstalrecht en dus niet zelfstandig overdraagbaar. Met de eigendom *an sich* kan men niets beginnen, aldus ook Heyman. Deze niet-overdraagbaarheid is – zoals hij terecht vermeldt – uitzonderlijk en atypisch voor eigendom, met name als het gaat om volledige eigendom. De afhankelijkheid van het opstalrecht zorgt er voorts voor dat de eigendom teniet kan gaan op voor eigendom hoogst ongebruikelijke wijzen, zoals door vermenging of opzegging.[315]

Ten slotte kan de eigendom van de opstal in de overeenkomst tot vestiging van het recht van opstal met goederenrechtelijke werking *beperkt* worden (artikel 5:102 BW). Zo kan bijvoorbeeld de beperking worden opgenomen dat de opstaller geen extra verdieping op zijn opstal mag bouwen, hetgeen een tamelijk ongewone, zoniet onmogelijke goederenrechtelijke beperking is voor de eigenaar van een onbezwaard eigendomsrecht in de zin van artikel 5:1 BW.[316]

Ik meen dan ook dat de eigendom die het opstalrecht creëert niet vergelijkbaar is met de juridische eigendom van een zelfstandige zaak in de zin van artikel 5:1 BW, zoals het perceel ondergrond waarop het opstalrecht rust. Integendeel, ik kan me goed bij Heyman aansluiten als hij opmerkt dat de eigendom van de opstaller in belangrijke mate de kenmerken van een *beperkt recht* vertoont, en samen met het bijbehorende opstalrecht een twee-eenheid vormt. Het opstalrecht geeft vooral de *bevoegdheid* tot het hebben en houden van een gebouw of werk in, op of boven de grond van een ander. Het is meer een 'bevoegdhedenrecht' dan dat het een echt eigendomsrecht in de zin van artikel 5:1 BW verschaft. Maar dan wel een heel uitgebreid bevoegdhedenrecht, nu het ten aanzien van de opstal een in beginsel (nagenoeg) even omvangrijk

zekere (bloot) eigendom bij de eigenaar zal moeten blijven, waaruit de volle eigendom kan 'teruggroeien'.

314 Afgezien van de mogelijkheid van een eeuwigdurende opstal.

315 Heyman 2005, p. 26-27.

316 Onmogelijk op andere wijze dan door middel van de vestiging van een tot het gesloten stelsel behorend beperkt recht – op grond van de nog altijd geldende jurisprudentie van HR 3 maart 1905, W8191 (Blaauboer/Berlips) – of door middel van de kwalitatieve verplichting van art. 6:252 BW, een in beginsel *verbintenisrechtelijke* figuur met een zekere vorm van derdenwerking.

bevoegdhedenpakket verschaft als de eigendom van artikel 5:1 BW zou doen.[317] En, aldus Heyman, dan zijn we weer terug bij een soort middeleeuws *dominium utile* aangekomen, of in moderne termen: bij de economische eigendom. En terug bij het Romeinse recht, waar de opstaller slechts een gebruiksrecht op andermans opstal verkreeg.[318] Een vorm van eigendom die geen echte, juridische eigendom is, maar die qua bevoegdheden de eigendom wel dicht tot zeer dicht nadert en net als de juridische eigendom een goederenrechtelijk en niet slechts een verbintenisrechtelijk karakter heeft. Het opstalrecht is daarmee gewoon een zuiver beperkt genotsrecht, waarin de aan de eigendom verbonden bevoegdheden wel aanwezig zijn, maar die dogmatisch gezien geen eigendom is.[319] Mijns inziens is het dan ook het meest voor de hand liggend dat de opstal na de vestiging van het opstalrecht een onzelfstandige zaak is gebleven, een bestanddeel van de ondergrond. Door de vestiging van het opstalrecht, komt weliswaar de 'eigendom' van de opstal – althans een zekere (economische) vorm daarvan – aan de opstaller toe, deze vorm van 'eigendom' zorgt er *niet* voor dat de opstal een zelfstandige zaak wordt.

In relatie tot de stapeling van beperkte rechten, moet het opstalrecht – inclusief de bijbehorende 'eigendom' van de opstal – derhalve eenvoudigweg behandeld worden als een *beperkt recht*. Er bestaan mijns inziens dan ook geen bijzondere belemmeringen voor het door een erfpachter gevestigde opstalrecht. Er zijn hier zelfs verschillende constructies mogelijk: zowel de constructie van de belasting van het *erfpachtrecht* met een recht van opstal als de constructie van de belasting van de *onderliggende onroerende zaak* met een recht van opstal door middel van een *afsplitsing* van bevoegdheden uit het erfpachtrecht is denkbaar. In dat laatste geval moet er wél sprake zijn van in het opstalrecht opgenomen bevoegdheden die daarvoor in het erfpachtrecht te vinden waren. In het eerste geval dient nochtans alleen maar in de gaten te worden gehouden dat, hoewel een belasting van een erfpachtrecht op een onroerende zaak weliswaar weinig grenzen kent wat betreft de inperking van de positie van de *erfpachter*, er daarentegen géén verdere beperking kan zijn van de bevoegdheden van de *eigenaar* van de onroerende zaak (zie hiervoor nader het volgende hoofd-

317 Zo ook (als 'bevoegdhedenrecht') wordt het opstalrecht ten aanzien van netwerken van kabels en leidingen gebruikt. Op grond van (bijv.) een opstalrecht verkrijgt degene die een dergelijk netwerk wil aanleggen de bevoegdheid om dit netwerk in de grond van een ander aan te leggen. Vervolgens kan hij gelden als de bevoegde aanlegger, en dus (art. 5:20 lid 2 BW) als eigenaar van het netwerk. Zie hiervoor Huijgen, 'Artikel 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht', *WPNR 6771* (2008), p. 754-757.

318 Zie hierover Ploeger, diss. 1997, p. 177. De juridische eigendom hoeft dus geen wezenskenmerk van het opstalrecht te zijn.

319 Heyman 2005, p. 28-29.

stuk).[320] Indien het erfpachtrecht het volledige genot 'als een eigenaar' heeft van de onderliggende onroerende zaak – hetgeen in beginsel het geval zal zijn (zie artikel 5:89 lid 1 BW) – zal aan deze beide vereisten veelal in hoge mate kunnen worden voldaan. De enige – normaal niet uit de wet volgende – beperking die hierbij voor de opstaller zal gaan gelden, is dat hij de bestemming van 'zijn' opstallen niet zal mogen wijzigen. Dat immers, kan een erfpachter doorgaans ook niet (zie artikel 5:89 lid 2 BW) en zou ook een verzwaring van de positie van de eigenaar betekenen. Een ander verschil tussen erfpachtrecht en opstalrecht – de onderhoudsverplichting die de erfpachter in beginsel wél heeft (zie artikel 5:96 BW) maar de opstaller in beginsel niet – vormt in de stapelingsconstructie evenmin een probleem. Ongeacht nog de vraag of een dergelijke onderhoudsplicht daarin deel zal (kunnen) gaan uitmaken van het opstalrecht of niet, blijft immers de erfpachter deze plicht jegens de eigenaar van de grond houden. De opstaller zal daarbij verplicht zijn in ieder geval de erfpachter in staat te stellen aan deze plicht te kunnen voldoen. Dat vloeit in de stapelingsconstructie voort uit het feit dat de opstaller hier een recht verkrijgt dat rust op het erfpachtrecht en geen verdere belasting is of kan zijn van het recht van de eigenaar.

Afsluitend kan – aan het einde van deze verhandelingen over de vestiging van beperkte rechten door andere beperkt gerechtigden – geconstateerd worden dat deze vestiging op twee verschillende wijzen kan plaatsvinden, en derhalve twee verschillende constructies kent: zij kan plaatsvinden ofwel door *afsplitsing* (rechtstreeks op de onderliggende zaak of het onderliggende recht), ofwel door *stapeling* (rustend op het tussenliggende beperkte recht). Met deze constatering in het achterhoofd leze men nogmaals de volgende opmerking van Meijers in zijn Toelichting:

320 Hetzelfde geldt voor het door de opstaller gevestigde erfpachtrecht: hier is zowel de constructie van de belasting van het *opstalrecht* (samen met de daarvan afhankelijke eigendom van de opstal) met een erfpachtrecht mogelijk als de constructie van de belasting van de *onderliggende onroerende zaak* met een erfpachtrecht door middel van een *afsplitsing* van bevoegdheden uit het opstalrecht. In dat laatste geval moet er echter wél sprake zijn van in het erfpachtrecht opgenomen bevoegdheden die daarvoor in het opstalrecht te vinden waren. In het eerste geval dient echter slechts in de gaten te worden gehouden dat een belasting van een opstalrecht op een onroerende zaak géén verdere beperking kan zijn van de bevoegdheden van de eigenaar van de onroerende zaak. Nu het opstalrecht ten aanzien van de opstal de (economische) eigendom met zich meebrengt, en met betrekking tot de ondergrond een zodanig gebruiksrecht als voor het volle genot van de opstallen nodig is (art. 5:103 BW), zullen deze vereisten over het algemeen niet tot veel problemen hoeven te leiden. Heyman zelf ziet in dit geval overigens het *opstalrecht* als object van het erfpachtrecht. Volgens hem wordt dit opstalrecht echter wat betreft de systematiek van Boek 5 *gelijkgesteld* met eigendom en *behandeld als* een (onroerende) zaak (Heyman 2005, p. 29).

> "Vestiging van een beperkt recht is een *beschikken* over een gedeelte van de bevoegdheden, die aan hem, die het recht vestigt, toekomen."[321] (cursivering toegevoegd)

Inderdaad kan de vestiging van het beperkte recht door een beperkt gerechtigde gezien worden als een vorm van beschikken over zijn eigen bevoegdheden. En zoals wij weten kan óók dit beschikken op twee verschillende manieren plaatsvinden: ofwel door te vervreemden ofwel door te bezwaren. Welbeschouwd komen deze manieren overeen met de twee manieren waarop de vestiging van beperkte rechten door andere beperkt gerechtigden blijkt te kunnen worden geconstrueerd. Kan de beschikking van de beperkt gerechtigde immers gezien worden als een echte afsplitsing van een deel van zijn recht, dan is in feite sprake van een *vervreemding* van dit deel van dit recht, vergelijkbaar met de vervreemding van zijn gehele recht aan een ander. Belast de beperkt gerechtigde echter zijn beperkt recht met een ander beperkt recht, dat in stapelingsvorm *op* zijn eigen recht komt te rusten, dan is sprake van een *bezwaring* door de beperkt gerechtigde van zijn eigen recht met een tevoren nog niet bestaand recht.

321 TM bij art. 3:81 BW, PG Boek 3 BW, p. 309.

DEEL III

Consequenties van model en systeem: de mogelijke inhoud van beperkte rechten

7 Grenzen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten

In de hoofdstukken 2 tot en met 5 is gebleken dat gedurende vele verschillende, belangrijke tijdsperioden van de rechtsgeschiedenis het afsplitsingsmodel eigenlijk nooit als enige model voor de vestiging van een beperkt recht heeft bestaan. Steeds heeft men – als men zich verder in de kwestie verdiepte – moeten toegeven dat dit model een te simpele voorstelling van zaken is, met veel didactische, maar veel minder dogmatische overtuigingskracht.

Ook uit het in hoofdstuk 6 – aan de hand van commentaar op drie andere, recente goederenrechtelijke proefschriften – ontwikkelde systeem van het vermogensrecht blijkt, dat de afsplitsingstheorie voor de vestiging van beperkte rechten op zaken of op andere rechten onhoudbaar is. Eigendom en beperkt recht op een zaak zijn ook in dit systeem immers *niet* te beschouwen als gelijksoortige 'rechten op een zaak'. Het zijn begrippen die zich op een ander niveau bevinden en in die zin dus ook op *kwalitatieve* wijze van elkaar verschillen. Het beperkte recht *op een zaak* kan in dit systeem daarom niet voorgesteld worden als een afgesplitst en overgedragen 'stukje eigendom'. Hetzelfde geldt voor het beperkte recht *op een ander recht*, waaronder met name het vorderingsrecht. Ook dit recht kan niet worden voorgesteld als een afgesplitst en overgedragen 'stukje vorderingsrecht'.

Bij de beperkte rechten die *op andere beperkte rechten* rusten (de zogenaamde 'gestapelde rechten'), althans de door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten, bleek dat alles iets genuanceerder te liggen. Hier bleken verschillende constructies denkbaar, afhankelijk van de twee beperkte rechten in kwestie. Naast het stapelingsmodel – een vestiging van beperkt recht op beperkt recht – kan hier in bepaalde gevallen ook het afsplitsingsmodel – een vestiging van beperkt recht direct op onderliggende zaak of onderliggend recht – toegepast worden.

Nu we het wringende model van de afsplitsing echter grotendeels van ons af kunnen werpen, heeft dat ook invloed op de mogelijke inhoud van de beperkte rechten. We kunnen nu immers in een groot aantal gevallen ook het 'aftrekprincipe' of 'subtractieprincipe'[1] achter ons laten: het principe dat beperkte rechten als inhoud slechts een deel van de bevoegdheden kunnen

1 Zie over deze termen Struycken, diss. 2007, p. 401 noot 105.

hebben die normaal gesproken in de eigendom besloten liggen. Over dit principe kom ik nog uitgebreid te spreken in paragraaf 7.2.1.

Deze vaststelling nodigt uit tot een zoektocht naar eventuele (andere) grenzen die we zouden kunnen en/of moeten stellen aan de inhoud van beperkte rechten. Met andere woorden, kunnen we ons nu afvragen: welke rechten en verplichtingen kunnen dán tot inhoud van een beperkt recht gemaakt worden? En, nog fundamenteler: waarom moeten er eigenlijk grenzen worden gesteld aan de inhoud van beperkte rechten? Ten aanzien van de eerste vraag zal worden afgetrapt met een aantal inleidende vergezichten over de in het door mij geopperde model mogelijke inhoud van beperkte rechten. Nadat aandacht is besteed aan de grenzen die uit dit model, maar ook uit de andere veelgebruikte modellen voortvloeien, wordt bezien of er nog *andere* redenen zijn om grenzen te stellen aan de inhoud van beperkte rechten en hoe we die grenzen het beste zouden kunnen formuleren. Ten slotte zal in deze context in het bijzonder aandacht worden besteed aan verplichtingen tot een doen.

De hierboven gestelde vragen kunnen gebracht worden onder het debat over het bestaan van een gesloten stelsel (*numerus clausus*) in het goederenrecht. Dit onderzoek beperkt zich echter wél tot dat onderdeel van dit (vermeende) gesloten stelsel dat omschreven wordt met de Duitse term *Typenfixierung* en betrekking heeft op de variëteit in inhoud *binnen* de kring van als goederenrechtelijke rechten geaccepteerde rechten en op de grenzen van de inhoud van die rechten. Het onderzoek heeft géén betrekking op het andere onderdeel van het principe van de *numerus clausus*, dat omschreven wordt als *Typenzwang*. Dit onderdeel speelt zich af op een hoger niveau of – zo men wil – in een eerder stadium, en stelt grenzen aan de *hoeveelheid* en de *soort* rechten die als goederenrechtelijke rechten in een rechtssysteem worden toegelaten.[2]

7.1 Inleidende vergezichten over de inhoud van beperkte rechten

7.1.1 Beperkte rechten verleend door de eigenaar of rechthebbende

De eigenaar van een onbezwaarde zaak hoeft in beginsel met geen enkel ander persoon rekening te houden wat betreft de bevoegdheden die hij ten aanzien van zijn zaak kan uitoefenen.[3] Hij is alleenheerser over zijn zaak en staat in

2 Wie geïnteresseerd is in het bredere onderwerp van de numerus clausus, wordt verwezen naar het imposante werk van T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

3 Uiteraard afgezien van de meer algemene beperkingen dat zijn gebruik van de zaak niet strijdt met rechten van anderen en hij de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht neemt (art. 5:1 lid 2 BW).

een volledig onafhankelijke positie van anderen tegenover zijn zaak. Zijn recht is allesomvattend, althans omvat zo veel als een recht op een zaak kán omvatten (artikel 5:1 lid 1 BW). De eigendom is niet te verdelen in enkele specifieke bevoegdheden. Het is eenvoudigweg het meestomvattende recht op een zaak.

Wat betekent dit nu voor de mogelijkheden van de eigenaar om een beperkt recht op zijn zaak te vestigen?

Ervan uitgaande dat het beperkt recht geen *afsplitsing* van een deel van de eigendom is of hoeft te zijn, gaan hiervan voor de inhoud van het beperkte recht óók geen specifieke beperkingen uit tot bevoegdheden en eventueel verplichtingen die de eigenaar zelf op grond van zijn eigendom heeft. Zien we het beperkte recht vooral als een nieuw, tevoren nog niet bestaand recht dat een *belasting* vormt van de zaak en de bijbehorende eigendom, dan werpt dat een nieuwe licht op de eventuele grenzen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten. We hoeven ons niet meer te laten leiden door de – op zich eigenlijk al niet strikt te bepalen – omvang van de eigendom. De eigenaar kan dan, in samenspraak met de beperkt gerechtigde, zijn relatie tot de zaak – de eigendom – in beginsel op elke denkbare wijze belasten. Er zijn immers eenvoudigweg géén derden bij de situatie betrokken, ten opzichte van wie een zekere begrenzing van de mogelijkheden zou zijn vereist. Met de belasting van zijn eigen positie belast de eigenaar in samenwerking met de (beoogde) beperkt gerechtigde – vooralsnog – geen enkele ander.[4]

Beschouwen we de vestiging van het beperkte recht niet meer als afsplitsing en dus ook niet als *overdracht* van een deel van of enkele bevoegdheden uit het eigendomsrecht, dan is de eigenaar bij die vestiging óók niet meer gebonden aan het *nemo plus*-beginsel. Dit beginsel – dat kort gezegd inhoudt dat niemand meer kan overdragen dan hij zelf heeft – is logischerwijs immers niet van toepassing als er helemaal niets wordt *overgedragen*.[5] Het vestigen van een beperkt recht op een zaak houdt wel een zekere beschikking in over die zaak en de bijbehorende eigendom, maar nu hierbij géén sprake is van een overdracht, en die zaak voorts *volledig* onder de heerschappij van de eigenaar staat, valt niet zonder meer te begrijpen dat die zaak en bijbehorende eigendom door hem niet zou kunnen worden onderworpen aan willekeurig welke belasting. Men kan immers weliswaar niet *de positie van derden belasten* door een ander rechten te verschaffen die men niet zelf jegens die derden kan uitoefenen, maar wel *zijn eigen positie*. Wat dat betreft zou een eigenaar een

4 Pas bij de overdracht van de blote eigendom of het beperkte recht komen eventuele 'derden' in het spel. Daarover meer in par. 7.3.2.

5 In het huidig BW wordt voor de vestiging van beperkte rechten weliswaar *aansluiting* gezocht bij de overdracht van dergelijke rechten ten aanzien van de vereisten die worden gesteld aan een geldige vestiging, maar ook niet meer dan dat. Dit is meer een kwestie van wetstechniek, dan van dogmatiek. Zie hierover uitgebreider hfdst. 6 par. 6.1.3.3.

ander logischerwijs niet alleen in dezelfde of een soortgelijke positie moeten kunnen brengen als hij zelf ten opzichte van de zaak heeft, maar ook in een – deels – nieuwe positie ten opzichte van de zaak en ten opzichte van hemzelf als (bloot) eigenaar van die zaak. Dit doet er mijns inziens niet aan af dat men dan nog altijd wel zou kunnen zeggen dat het beperkte recht van de eigendom "is *afgeleid*" (artikel 3:8 BW). "Afleiden" is immers heel wat ruimer dan "afsplitsen", en impliceert zeker niet noodzakelijkerwijs dat de mogelijke inhoud van het beperkte recht moet worden beperkt tot de inhoud van de eigendom.[6] Dat het beperkte recht is "afgeleid" van de eigendom kan ook worden opgevat in die zin dat het voor zijn vestiging nog altijd afhankelijk is van de eigenaar en diens positie. Hij is immers degene die het recht kan vestigen. Daarnaast wordt door de vestiging de positie van deze eigenaar – zijn zaak en ook zijn eigendom – met het beperkte recht "*bezwaard*" (artikel 3:8 BW).

Dat het *nemo plus*-beginsel hier niet meer leidend is, is dus een gevolg van het feit dat er – door de afwijzing van het afsplitsingsmodel – geen sprake meer is van een pure *derivatieve* verkrijging, zoals de vestiging van beperkte rechten doorgaans wordt gekwalificeerd.[7] Er wordt immers geen (deel van een) goed met al zijn hoedanigheden *verkregen van* de rechtsvoorganger; wel wordt een tevoren niet in het vermogen van de 'rechtsvoorganger' bestaand recht *op* een dergelijk goed met al zijn hoedanigheden *ontleend aan* die 'rechtsvoorganger'. Puur originair zou ik de verkrijging van een beperkt recht door vestiging dan ook eveneens zeker niet willen noemen. Eerder heeft deze verkrijging zowel derivatieve als originaire karakteristieken: het recht bestond feitelijk nog niet eerder, maar wordt wél aan de eigenaar ontleend.[8] Alleen bij een echte derivatieve verkrijging nu, vindt het *nemo plus*-beginsel steeds zijn toepassing: men kan niet meer overdragen dan men zelf heeft. Dit beginsel ziet in feite vooral op de goederenrechtelijke status van het vermogensbestanddeel dat wordt overgedragen.[9] Bij het overdragen van dit vermogensbestanddeel zal die goederenrechtelijke status niet gewijzigd worden. Als men een bezwaarde of onbezwaarde zaak, of een bezwaard of onbezwaard recht *overdraagt*, dan kan dáármee de goederenrechtelijke status van deze zaak of dit recht *niet* worden veranderd. De eigenaar van een zaak of de schuldeiser van een vordering hebben het echter *wel degelijk* binnen hun macht liggen om de goederenrechtelijke status van hun zaak of recht te veranderen. Dit kunnen

6 Wel zou het wat mij betreft dan de voorkeur verdienen te spreken van 'afleiden *van*' en niet 'afleiden *uit*' zoals artikel 3:8 BW doet.

7 Zie over dit begrip eerder en uitgebreider al hfdst. 4 par. 4.1.1.2 en hfdst. 5 par. 5.2.2.1.

8 Zie hierover ook Dernburg in hfdst. 4 par. 4.1.1.2. Hij categoriseert de vestiging van een beperkt recht als een speciale vorm van derivatieve verkrijging, die de complexe en meervoudige achtergrond van de constructie van het beperkte recht beter weergeeft: de 'konstitutiver Übertragung', een *overdracht* waarbij een *nieuw recht* ontstaat. Deze indeling werd in Nederland gevolgd door Suijling en Eggens, zie hfdst. 5 par. 5.2.2.1 (bij noot 89).

9 Zie in dergelijke zin De Jong, diss. 2006, nr. 98 en 99.

zij nu juist doen door de *bezwaring* van hun vermogensbestanddeel: door de vestiging van beperkte rechten derhalve.

De énige grens aan de inhoud van beperkte rechten die we dan eigenlijk nog kennen, is die van de *Typenzwang*: het door de eigenaar nieuw gecreëerde recht moet in de kern overeenkomen met één van de typen rechten die ons gesloten stelsel als goederenrechtelijke rechten erkent en toelaat. De *Typenfixierung* – het dwingende karakter van de wettelijke regels die de verdere inhoud van de toegelaten goederenrechtelijke rechten bepalen – neemt dan *in beginsel* een zo goed als te verwaarlozen rol in.[10] De enige rol die voor de *Typenfixierung* dan nog is weggelegd, is er één die nauwelijks nog van *Typenzwang* te onderscheiden is: dat de vrijheid in inhoud van het beperkte recht niet zó groot kan zijn dat dit recht niet meer herkenbaar is als één van de door de *Typenzwang* toegelaten soorten beperkte rechten.

De eigenaar wordt bij de vestiging van een beperkt recht op zijn zaak dus zeker beperkt door de "in de wet genoemde beperkte rechten" (artikel 3:81 lid 1 BW). "De grenzen van [zijn] recht" – het eigendomsrecht – uit hetzelfde wetsartikel leggen hem echter nauwelijks beperkingen op; hoogstens verwijzen deze grenzen ernaar dat ook een eigenaar niet in strijd met de rechten van anderen mag handelen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen in acht moet nemen (artikel 5:1 lid 2 BW). Dit is *alleen* anders als men zou moeten constateren dat er nog *andere* redenen bestaan – anders dus dan die gelegen in de voorstelling van het beperkte recht als afsplitsing en overdracht van een deel van de eigendom – om niet alle bevoegdheden en verplichtingen ten aanzien van een zaak en zijn eigenaar die een eigenaar in de vorm van een beperkt recht op zijn zaak zou willen vestigen, goederenrechtelijke werking toe te kennen.

Ook het uitgangspunt van artikel 3:8 BW ten slotte – dat het recht van de eigenaar *meeromvattend* moet zijn dan het recht dat hij vestigt – lijkt me voor het hierboven beweerde geen probleem op te leveren. De eigendom is immers, zelfs per definitie, het *meestomvattende* recht dat iemand op een zaak kan hebben (artikel 5:1 BW). Dit impliceert dat een beperkt recht, per definitie, nooit meeromvattend kan zijn dan de eigendom. Wat voor bevoegdheden (en verplichtingen) je ook tot inhoud van het beperkte recht maakt, het meestomvattende recht (eigendom) zal het er niet van worden. Zelfs als het beperkte recht bevoegdheden en/of verplichtingen inhoudt die niet per se in de eigendom zaten. De eigendom blijft ten opzichte van het beperkte recht altijd een meeromvattend recht. Dat komt omdat de eigendom – zoals ook in het vorige hoofdstuk uitgebreid aan de orde is geweest – vooral een bepaalde *kwalitatieve*

10 Dit kan in concrete gevallen natuurlijk anders zijn, indien expliciete wettelijke regels duidelijke grenzen stellen aan een bepaald beperkt recht.

meerwaarde heeft op het beperkte recht.[11] In een concreet geval zal men – kwantitatief gezien – veel vaker kunnen betwijfelen of een beperkt recht daadwerkelijk minderomvattend is dan de eigendom van de zaak waarop het beperkte recht rust. Het erfpachtrecht geeft bijvoorbeeld in beginsel immers het *volledige* genot van de zaak aan de erfpachter; voor de bloot eigenaar blijft gedurende het bestaan van het erfpachtrecht geen enkel genot meer over. Het (kwalitatieve) verschil dat de eigendom meeromvattend maakt ten opzichte van het erfpachtrecht, moet men dan ook veel meer zoeken in aspecten als: het feit dat het de (bloot) eigenaar en zijn (bloot) eigendom is waaraan de erfpachter zijn recht ontleent en niet andersom; het feit dat de (bloot) eigenaar bij de vestiging voorwaarden, tijdsbepalingen en inhoudelijke beperkingen of verplichtingen kan verbinden aan het recht dat hij op zijn zaak verleent, waardoor – om maar een voorbeeld te noemen – de erfpachter op gezette tijden canon aan de bloot eigenaar verschuldigd kan zijn voor zijn genot; het feit dat indien en wanneer het erfpachtrecht tot een einde komt, alle bevoegdheden ten aanzien van de zaak weer bij de (bloot) eigenaar komen te liggen en niet andersom; het feit dat de (bloot) eigenaar degene is die *de zaak* aan een ander kan overdragen, al is het dan onder bezwaring van een erfpachtrecht; het feit dat de bloot eigenaar de (gehele) zaak van de onrechtmatige bezitter kan opeisen ook al heeft hij zelf geen recht van genot van de zaak meer; etcetera.[12] En beschouwt men – om een ander voorbeeld te geven – het op een zaak gevestigde zekerheidsrecht nader, dan blijkt ook hier niet uit alles dat de eigendom van de zaak meeromvattend is dan het zekerheidsrecht. De eigendom omvat(te) immers geen bevoegdheden tot executoriale verkoop van de eigen zaak, bevoegdheden die wél aan de zekerheidsgerechtigde toekomen. Toch zal niemand betwijfelen dat deze eigendom, die de bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde *niet* omvat, desondanks moet worden opgevat als

11 Vgl. hierover ook Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 87-88 (met verdere verwijzing naar Scholten): "Het lastig te omschrijven karakter van het eigendomsrecht wreekt zich hier. Dat de eigenaar het meest omvattende recht heeft betekent dat de eigenaar de meest uiteenlopende bevoegdheden ten aanzien van zijn goed heeft. De eigenaar heeft de meest volledige bevoegdheid over zijn goed (…). Beperkte rechten geven steeds een minder volledige, beperkte bevoegdheid. In die zin is het eigendomsrecht het meest omvattende recht dat men op een goed kan hebben. Het eigendomsrecht omvat echter niet de beperkte rechten."

12 Vgl. hier ook de opmerking van Meijers in zijn *Algemene begrippen* (p. 281) dat het hoofdrecht – zelfs indien het na de vestiging van het beperkte recht minder bevoegheden inhoudt dan dit beperkte recht (waarbij men van Meijers eens moet denken aan een met een eeuwigdurende erfpacht belaste eigendom) – niettemin nimmer op één lijn met dit beperkte recht staat. Het wegvallen van het hoofdrecht beïnvloedt de omvang en bevoegdheden van het beperkte recht immers niet, omgekeerd echter, wanneer het beperkte recht wegvalt, breiden de bevoegdheden van het hoofdrecht zich wel weer uit tot haar normale omvang. Vgl. ook reeds de opmerking van Hugo de Groot (zie hfdst. 5 par. 5.1) dat beslissend is voor de vraag naar ''t meerendeel' van de eigendom niet de (huidige, tijdelijke) 'baet' van het land, maar veeleer de (onderliggende, uiteindelijke) 'waerde' ervan, die na verval van de 'gerechtigheid' geheel aan de eigenaar van het erfpachtland (de erfverpachter) toekomt; en niet aan de erfpachter 'die nochtans de meeste baet heeft van 't land''.

meeromvattend dan het zekerheidsrecht. Iets vergelijkbaars is het geval bij een door de eigenaar gevestigde erfdienstbaarheid: ook hier komt het voor dat een erfdienstbaarheid een bevoegdheid omvat waarvan niet gezegd kan worden dat de eigenaar die ook heeft of heeft gehad (bijv. de bevoegdheid om hogere bouw op het dienend erf te verbieden). Niemand zal hier echter betwijfelen dat de eigendom een meeromvattend recht is dan de erfdienstbaarheid.

Voor de rechthebbende van een vordering – de schuldeiser dus – geldt in feite precies hetzelfde als in het bovenstaande ten aanzien van de eigenaar van een zaak is verdedigd.[13] Weliswaar is in dit geval in zekere zin een derde betrokken – de schuldenaar – maar die is alleen betrokken bij de uitoefening van de bevoegdheden die *uit* het vorderingsrecht volgen – het opeisen van de verschuldigde prestatie door de gerechtigde bij die schuldenaar – en niet bij de gerechtigdheid *tot* het vorderingsrecht. De in het vorderingsrecht zelf gelegen bevoegdheden tot beschikking over dat recht kunnen in ons huidige rechtsstelsel immers volledig onafhankelijk van de schuldenaar uitgeoefend worden.[14]

De hierboven gevolgde gedachtegang maakt dat de inhoud van beperkte rechten *in beginsel* – en afgezien van expliciete wettelijke beperkingen – niet beperkt is tot bevoegdheden die ook besloten liggen in de eigendom of in het (vorderings-)recht van degene die het beperkte recht vestigt. Verdere bevoegdheden dan een eigenaar of rechthebbende zelf heeft (of had), zijn als inhoud van het door de eigenaar of rechthebbende gevestigde beperkte recht *niet* ondenkbaar. Maar ook verplichtingen – zelfs die tot een doen – worden door de constructie van het beperkte recht als belasting van de zaak of het recht niet als zodanig uitgesloten.

7.1.2 Beperkte rechten verleend door een andere beperkt gerechtigde

Bij de grenzen die moeten worden gesteld aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten die door eerdere beperkt gerechtigden worden gevestigd, geldt een heel ander uitgangspunt. Deze rechten zijn per definitie beperkt en bevatten alleen de specifieke bevoegdheden die daarin bij de vestiging zijn opgenomen, of die de wet eraan toekent. Of men in een concreet geval het door een eerdere beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht nu beschouwt

13 Maar ook voor rechthebbenden van andersoortige rechten, zoals bijvoorbeeld intellectuele eigendomsrechten.

14 Hoogstens is in sommige gevallen bij vorderingen op naam voor de overdracht een *mededeling* aan de schuldenaar vereist (art. 3:94 lid 1 BW), waarbij de rol van die schuldenaar echter volledig passief blijft.

als een afsplitsing van het eerdere beperkte recht of niet, altijd zullen hierbij de belangen van een derde al direct betrokken zijn. Die derde is de eigenaar van de bezwaarde zaak of de rechthebbende van het bezwaarde recht (bijvoorbeeld de schuldeiser van de bezwaarde vordering). Hier is naar mijn mening derhalve niet zozeer de precieze constructie van het beperkte recht van belang – *afsplitsing* (geassocieerd met het beperkte recht dat rechtstreeks op de betrokken zaak of het betrokken recht rust) of *belasting* (geassocieerd met het beperkte recht op het andere beperkte recht) – als wel de positie van de bij de situatie *direct* en vrijwel *rechtstreeks* betrokken eigenaar of rechthebbende. Het is *deze* positie die *in elk geval* grenzen stelt aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten die door eerdere beperkt gerechtigden gevestigd worden, en die deze beperkt gerechtigden beperken in de bevoegdheid om nieuwe beperkte rechten te vestigen.

Bij de precieze invulling van de grenzen die de positie van de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht met zich meebrengt, is de gebruikte constructie echter wel van belang.

Bij de belastings- of stapelingsconstructie is men – net als bij de door de eigenaar of rechthebbende zelf gevestigde beperkte rechten – niet zozeer gebonden aan het *nemo plus*-beginsel. Het gaat ook hier namelijk niet om een beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de beperkt gerechtigde in die zin dat deze niet meer kan overdragen dan hij zelf heeft.[15] Het is er vooral een kwestie van dat een beperkt gerechtigde weliswaar best een zwaardere belasting van zijn *eigen* positie kan bewerkstelligen, maar dat hij geen nieuw beperkt recht kan vestigen dat een zwaardere belasting zou inhouden voor de *bloot eigenaar* van de onderliggende zaak of de *rechthebbende* van het onderliggende recht. Dit volgt uit de constructie zelf: het is een belasting van *het eerder gevestigde beperkte recht*, géén belasting van *de eigendom van de onderliggende zaak* of van *het onderliggende recht*. De beperkt gerechtigde kan derhalve wel in die zin over zijn eigen positie beschikken dat hij die belast met een beperkt recht met een inhoud die verder gaat dan de inhoud van zijn eigen recht, hij kan daarbij alleen de positie van de *hoofdgerechtigde* van de belaste zaak of het belaste recht niet verder bezwaren dan deze al was bezwaard. In deze *laatste* positie liggen derhalve de grenzen voor de beperkt gerechtigde bij het vestigen van nieuwe beperkte rechten. Een zwaardere belasting van de positie van de hoofdgerechtigde door de (eerste) beperkt gerechtigde is immers alleen denkbaar indien de hoofdgerechtigde daar zelf bij voorbaat mee heeft ingestemd, of indien de mogelijkheid hiertoe rechtstreeks uit de wet voortvloeit.

15 Ook hier is niet per definitie sprake van een echte *derivatieve* verkrijging, al zou je kunnen zeggen dat hiervan méér sprake is dan dat bij de vestiging van beperkte rechten door een eigenaar van een zaak of de schuldeiser van een vordering het geval is, nu de eerdere beperkt gerechtigde bij de vestiging van een nieuw beperkt recht in ieder geval in enigerlei mate de specifieke grenzen van de inhoud van zijn eigen recht in acht moet nemen.

Bij de afsplitsingsconstructie ligt dit anders. Daar speelt het *nemo plus*-beginsel wel een prominente rol. In deze constructie wordt immers door de beperkt gerechtigde een deel van zijn eigen recht afgesplitst en overgedragen aan een ander. Die ander – de nieuwe beperkt gerechtigde – krijgt daarbij een recht op dezelfde zaak of hetzelfde recht als waarop het eerste beperkte recht werd gevestigd. Waar de eerste beperkt gerechtigde in deze constructie dus een deel van zijn eigen recht *overdraagt* ter vestiging van een nieuw beperkt recht, geldt dat hij daarbij dan ook uiteraard niet méér kan overdragen dan hij zelf tevoren had. Zou dit wel het geval zijn, dan zou – aangezien het nieuwe beperkte recht hier *rechtstreeks* op de onderliggende zaak of het onderliggende recht komt te rusten – deze verlening van meer bevoegdheden dan de eerste beperkt gerechtigde zelf had óók hier, en wel direct, leiden tot een extra belasting van de positie van de eigenaar of rechthebbende.

Een beperkt gerechtigde is dus bij de vestiging van verdere beperkte rechten – nog ongeacht het wel of niet van toepassing zijn van het afsplitsingsmodel – gebonden aan (veel) strengere "grenzen van [zijn] recht" (zie artikel 3:81 lid 1 BW) dan de eigenaar of schuldeiser: het gaat dan immers niet meer alleen om de – algemenere – grenzen die voortvloeien uit de rechten van anderen en uit de wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht. Hier gaat het óók om de specifieke grenzen die voortvloeien uit zijn eigen (beperkte) recht en die nader bepaald moeten worden aan de hand van de precieze constructie van het nieuwe beperkte recht. Die specifieke grenzen en de daaruit volgende beperkingen zijn – in beide constructies – een gevolg van de positie van de onvermijdelijke derde: de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht. Híj is immers degene die met de vestiging van het eerste beperkte recht het speelveld reeds voor alle spelers heeft bepaald, ook voor hen die pas later het veld betreden. Vestigt de beperkt gerechtigde inderdaad op zijn beurt weer een nieuw recht, dat kan hij deze basis in beginsel niet meer veranderen. Zijn eigen – beperkte – recht is bepalend voor het ontstaan van het door hem nieuw gevestigde beperkte recht en voor de uiterste grenzen die voor dit recht gelden.[16] Men moet bij dit laatste denken aan grenzen die zijn gelegen in *tijd* (Voor welke periode is het eerdere beperkte recht gevestigd?), in *ruimte* (Strekt het eerder gevestigde beperkte recht zich uit over de gehele, of slechts over een gedeelte van de zaak?), maar óók in *inhoud* (Welke rechten en verplichtingen maken deel uit

16 Ook qua *rang* is het door een eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht overigens afhankelijk van het recht van deze eerdere beperkt gerechtigde. Voor het *voort*bestaan van het door de eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht is het voortbestaan van het eerder gevestigde recht echter *niet* altijd noodzakelijk. Net als bij het beperkte recht op de roerende zaak die werd prijsgegeven en opnieuw in bezit genomen (zie hfdst. 6 par. 6.2.3.1 noot 247 met verwijzing naar De Jong) is ook het tenietgaan van het eerder gevestigde beperkte recht door afstand of vermenging niet fataal voor het door de eerdere beperkte gerechtigde gevestigde recht (zie art. 3:81 lid 3 BW en hfdst. 6 par. 6.2.3.3 bij noot 278).

van het eerder gevestigde beperkte recht? Of: welke belasting vormt het eerder gevestigde beperkte recht voor de onderliggende zaak of het onderliggende recht?). De uiterste grenzen van wat hij als beperkt gerechtigde *zelf* vermag ten aanzien van de hoofdgerechtigde zullen eenvoudigweg ook in acht genomen moeten worden door de nieuwe beperkt gerechtigde, aangezien diens recht in geen geval een zwaardere belasting voor de hoofdgerechtigde kan vormen dan het recht van de eerdere beperkt gerechtigde. De eerdere beperkt gerechtigde kan immers slechts *zichzelf*, maar niet een *ander* binden aan een zwaardere belasting dan de hoofdgerechtigde ooit op zich heeft genomen. Die zwaardere belasting kan derhalve geen goederenrechtelijke werking hebben, en daarmee geen onderdeel vormen van de inhoud van het (later gevestigde) beperkte recht. In die zin is het eerder gevestigde beperkte recht inderdaad – zoals artikel 3:8 BW het uitdrukt – niet alleen een recht "hetwelk met het [later gevestigde] beperkte recht is *bezwaard*" (een uitdrukking die vooral betrekking heeft op het gestapelde beperkte recht), maar ook – in beide constructies – het meeromvattende recht waarvan dit beperkte recht "is *afgeleid*" (idem).

Toch zorgt dit er niet voor dat de mogelijkheden hier noodzakelijkerwijs zeer beperkt zijn. Het tweede beperkte recht bouwt immers in zekere zin altijd voort op het eerste beperkte recht, en zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien, zijn de beperkingen ten aanzien van de inhoud bij de vestiging van dit *eerste* beperkte recht zeer minimaal. De eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht heeft immers niet met een onvermijdelijke derde te maken bij de vestiging van het eerste beperkte recht.

In de afsplitsingsconstructie is het zo dat alléén bevoegdheden en verplichtingen die ook in het *eerste* beperkte recht zaten, een onderdeel kunnen gaan uitmaken van het *latere* beperkte recht. Maar bij de vestiging van dit *eerste* beperkte recht geldt, zoals we hebben gezien, *niet* dat de inhoud daarvan beperkt is tot de bevoegdheden (en verplichtingen) die een onderdeel uitmaakten van de *eigendom* of het *andere moederrecht*. Het gevolg is dan ook, dat in het eerste beperkte recht bevoegdheden en verplichtingen kunnen zitten die *niet* in de eigendom of het andere moederrecht zaten. En als dat het geval is, dan kunnen deze bevoegdheden en verplichtingen óók deel gaan uitmaken van het latere beperkte recht. De afsplitsingsconstructie van het latere beperkte recht is dus zo beperkend nog niet, nu voor de inhoud van het *eerste* beperkte recht maar weinig beperkingen gelden. De voorwaarde voor een ruime inhoud van het latere beperkte recht is dan alleen dat die inhoud door de eigenaar of andere hoofdgerechtigde bij de vestiging van het eerste beperkte recht in dat recht is opgenomen. Dat geldt voor verdere bevoegdheden dan een eigenaar of andere hoofdgerechtigde zelf had, maar ook voor eventuele verplichtingen, zelfs die tot een doen. Met andere woorden: dat wat je als hoofdgerechtigde als last op je zaak of je recht aan bevoegdheden en plichten aan een (eerste)

beperkt gerechtigde geeft, kan deze beperkt gerechtigde ook aan een ander geven.

In de stapelingsconstructie bestaan nog meer mogelijkheden. Hierbij is ook in de *tweede* fase – de vestiging door een beperkt gerechtigde van een nieuw beperkt recht – niet uitgesloten dat er in het later gevestigde, gestapelde recht verdere bevoegdheden en verplichtingen, zelfs verplichtingen tot een doen, gevestigd worden dan in het eerder gevestigde, tussenliggende recht reeds waren opgenomen. Hier behoort – net als bij de vestiging van een beperkt recht door de eigenaar of door een andere hoofdgerechtigde – *in beginsel* élke bevoegdheid en élke verplichting tot de mogelijkheden. Dat betekent dat deze bevoegdheden en verplichtingen niet per se al onderdeel hoeven te hebben uitgemaakt van het eerder gevestigde, tussenliggende beperkte recht. Maar wil men dat dergelijke bevoegdheden en verplichtingen daadwerkelijk *onderdeel* gaan uitmaken van het later gevestigde, gestapelde beperkte recht en daarmee goederenrechtelijke werking verkrijgen, dan kan een dergelijk recht geen verworven rechten van derden, zoals in dit geval met name de eigenaar of andere hoofdgerechtigde, aantasten. Het gestapelde recht is immers een recht dat door een beperkt gerechtigde gevestigd wordt *op diens eigen recht* en *niet* op de eigendom of het andere moederrecht. Zij kunnen dan ook slechts een belasting van het tussenliggende recht vormen en niet ook een (extra) belasting van de eigendom of het andere moederrecht.

Dit alles is *alleen* anders als men zou moeten constateren dat er nog *andere* redenen bestaan – anders dus dan die gelegen in de constructie van het door een beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht – om niet alle bevoegdheden en verplichtingen die een beperkt gerechtigde in de vorm van een beperkt recht zou willen vestigen, goederenrechtelijke werking toe te kennen.

Men kan zeggen dat met de hierboven geformuleerde grens van het 'niet verder kunnen bezwaren van het moederrecht' – die in beide constructies gevonden kan worden – in zekere zin besloten ligt in de eis dat het gevestigde recht steeds een belasting of bezwaring vormt van een *meeromvattend* recht in de zin van artikel 3:8 BW. Als het recht waarop het beperkte recht rust immers daadwerkelijk steeds maar *meeromvattend* is dan het gevestigde beperkte recht zelf, dan zal de positie van de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht door dit beperkte recht automatisch nooit verder verzwaard kunnen worden.

In de afsplitsingsconstructie is deze meeromvattendheid van het later gevestigde beperkte recht ten opzichte van het eerder gevestigde beperkte recht ook eenvoudig terug te vinden in de praktische uitwerking: het gaat hier namelijk steeds om een kwantitatieve meerwaarde van het eerder gevestigde beperkte recht. Het later gevestigde beperkte recht is een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht: in het latere gevestigde beperkte recht kan derhalve niet méér zitten dan in het eerder gevestigde beperkte recht. Het gaat in feite slechts om een overdracht van een deel van het eerder gevestigde

beperkte recht – een overdracht van enkele bevoegdheden die onderdeel uitmaakten van dit eerdere recht – onder zekere voorwaarden en/of een zekere tijdsbepaling. Bij vervulling van de relevante voorwaarden of verloop van de gestelde tijdsbepaling zullen deze bevoegdheden weer aan de eerder beperkt gerechtigde terugvallen. Hoogstens zou je kunnen zeggen dat het later gevestigde beperkte recht het eerder gevestigde beperkte recht in inhoud zeer dicht kan naderen.

Maar in de stapelingsconstructie ligt dit anders. Men kan zich terecht afvragen of er nog wel sprake is van *meeromvattendheid* van het later gevestigde, gestapelde recht ten opzichte van het eerder gevestigde, tussenliggende recht als het gestapelde recht verdere bevoegdheden en verplichtingen kan omvatten dan het tussenliggende recht. Mijns inziens dient men echter óók hier – net als hiervóór bij de door een eigenaar gevestigde beperkte rechten al noodzakelijk bleek – deze meeromvattendheid niet heel klinisch en plastisch op te vatten. Bij de vestiging van een erfpachtrecht op een zaak hebben we immers gezien dat hoewel het erfpachtrecht in concreto soms meer lijkt te omvatten dan de resterende bloot eigendom en feitelijk nog maar weinig verschilt van volle eigendom (het verschaft in beginsel het *volledige* genot van de zaak aan de erfpachter), de eigendom van de zaak toch nog steeds als meeromvattend recht kan blijven worden opgevat. Iets vergelijkbaars gold voor door eigenaren op hun zaak gevestigde zekerheidsrechten en erfdienstbaarheden: ook daar stond – ondanks het feit dat zekerheidsrecht en erfdienstbaarheid een inhoud (kunnen) hebben die de eigendom niet heeft – buiten kijf dat de eigendom ten opzichte van het zekerheidsrecht of de erfdienstbaarheid een meeromvattend recht is. Overeenkomstige gedachtegangen gaan op voor de door beperkt gerechtigden gevestigde, gestapelde beperkte rechten. In de stapelingsconstructie vervult het eerder gevestigde, tussenliggende beperkt recht immers een vergelijkbare rol als de bloot eigendom in het eerstgenoemde geval speelt: een rol als moederrecht, waarvan het gestapelde recht wordt afgeleid en dat met het gestapelde recht is bezwaard, en waarin bij het wegvallen van het gestapelde recht de (tijdelijk) ontnomen bevoegdheden weer tot volle wasdom komen. In zijn praktische uitwerking heeft óók in deze constructie het eerder gevestigde beperkte recht dus wel degelijk een zekere – kwalitatieve – meerwaarde ten opzichte van het later gevestigde beperkte recht.[17]

Het stellen van de eis van meeromvattendheid – en zeker van een letterlijke, kwantitatieve vorm hiervan – is op zich dan ook weinig zinvol en lijkt zelfs in strijd te komen met enkele onbetwiste wettelijke mogelijkheden. Mijns inziens kan men beter volstaan met het stellen van de eis dat het beperkte recht geen verdere belasting van de onderliggende zaak of het onderliggende recht kan en mag vormen.

17 De in noot 12 weergegeven opmerking van Meijers in zijn *Algemene begrippen* gaat ook hier op.

De hierboven geschetste vergezichten over de inhoud van beperkte rechten en de uit de constructie van het beperkte recht voortvloeiende grenzen aan die inhoud, lijken dus buitengewoon ruime mogelijkheden te bieden. Maar voordat we kunnen kijken naar welke mogelijkheden deze en/of andere grenzen ons in concreto geven, moet eerst nog een aantal andere zaken onderzocht worden. Ten eerste is dat de vraag: welke modellen voor het beperkte recht en welke daaruit voortvloeiende grenzen hanteerde de dogmatiek tot nu toe eigenlijk? En voorts: hoe verklaarde men de wettelijk mogelijke of anderszins gewenste inhoud van beperkte rechten die niet in deze modellen en grenzen in te passen was?

7.2 Oude modellen en bijbehorende principes niet meer leidinggevend voor de inhoud van beperkte rechten

7.2.1 Het afsplitsingsmodel en het aftrek- of subtractieprincipe

Het model van het beperkte recht waar ik me in dit onderzoek voor het overgrote deel van de gevallen tegen heb verzet – het afsplitsingsmodel – blijkt nog altijd vrij algemeen aan de vestiging van het beperkte recht ten grondslag te worden gelegd. Recentelijk nog heeft Struycken dit model in zijn proefschrift als algemeen uitgangspunt voor de vestiging van beperkte rechten genomen. Los van het feit nu dat dit model mijns inziens geen juiste weergave vormt van de gang van zaken bij bijna alle vestigingen van beperkte rechten, brengt het model ook belangrijke beperkingen met zich mee voor de mogelijke inhoud van die beperkte rechten. Het is maar de vraag of het stellen van deze beperkingen bij afwijzing van het afsplitsingsmodel nog wel zonder meer gerechtvaardigd is.

Het uitgangspunt van het afsplitsingsmodel voor de bepaling van de mogelijke inhoud van beperkte rechten wordt algemeen aangeduid als het 'aftrekprincipe' of het 'subtractieprincipe'.[18] Dit principe – in Nederland met name verdedigd door Van Opstall in een zeer uitgebreid en veelgeciteerd stuk in het *WPNR*[19] – houdt in dat beperkte rechten slechts tot inhoud kunnen hebben een deel van de bevoegdheden die, ware het goed niet met het beperkte recht belast, aan de volledig gerechtigde zouden toekomen.[20] De bevoegdheden die voortaan

18 Zie over deze termen Struycken, diss. 2007, p. 401 noot 105. De term subtractieprincipe komt van Struycken zelf. Wat mij betreft had Struycken overigens in het Nederlands – als vertaling van het Zuid-Afrikaanse/Engelse 'subtraction' – beter gebruik kunnen maken van de term substractieprincipe (met tussengevoegde s dus) in plaats van de term subtractieprincipe.

19 Van Opstall, *WPNR 4919-4926* (1966).

20 Zie Van Opstall, *WPNR 4919* (1966), p. 383 en – in navolging van zijn definitie – ook bijv. Struycken, a.w., p. 401 en Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 113.

aan de beperkt gerechtigde zullen toekomen, worden als het ware 'afgetrokken' van de bevoegdheden van de (oorspronkelijk) volledig gerechtigde. De volledig gerechtigde houdt slechts een 'blootgerechtigdheid' over.

Uit de hierboven gegeven definitie blijkt al direct de nauwe verbondenheid van het aftrekprincipe met het afsplitsingsmodel: dat de inhoud van het beperkte recht een deel van de bevoegdheden van de volledig gerechtigde moet vormen is immers voor de hand liggend als het beperkte recht, zoals in het afsplitsingsmodel, wordt opgevat als een deel van het recht van de volledig gerechtigde. Het aftrekprincipe geeft daarmee logisch gevolg aan (een letterlijke opvatting van) het afsplitsingsmodel. Indien men het beperkte recht daadwerkelijk als brokstuk van het moederrecht opvat, is de conclusie van het aftrekprincipe onvermijdelijk.

Maar wat zijn nu precies de consequenties van het aftrekprincipe? Welke beperkingen levert het principe nu precies op voor de inhoud van het beperkte recht?

Om te beginnen is dat een beperking in de *bevoegdheden* die men een beperkt gerechtigde als onderdeel van zijn recht kan geven. Bevoegdheden waarvan niet gezegd kan worden dat die vóór de vestiging van het beperkte recht toekwamen aan de hoofdgerechtigde komen – althans in theorie – niet in aanmerking voor opname in het beperkte recht.[21] Hier dringen zich meteen al enkele moeilijkheden op. Neem bijvoorbeeld het zekerheidsrecht. Onbetwist zal zijn dat dit recht tot inhoud heeft en dus kan hebben het recht om het goed van de hoofdgerechtigde onder bepaalde voorwaarden executoriaal te verkopen en zich op de opbrengst ervan te verhalen. Toch kan men mijns inziens niet zeggen dat dit een bevoegdheid is die vóór de vestiging van het zekerheidsrecht aan de hoofdgerechtigde toekwam. Om het zekerheidsrecht echter toch in de mal van het afsplitsingsmodel te wringen, kan men zeggen dat de hoofdgerechtigde wel de bevoegdheid heeft zijn goed aan een ander over te dragen, gelegen in zijn beschikkingsbevoegdheid. Van de zekerheidsgerechtigde zegt men vervolgens dat ook hij met zijn recht toch een zekere bevoegdheid heeft gekregen tot het overdragen van het goed. Dat de bevoegdheid van de zekerheidsgerechtigde tot het overdragen van het goed een heel andere is dan die van de hoofdgerechtigde én dat de hoofdgerechtigde zijn bevoegdheid om zelf over het goed te beschikken met de vestiging van het zekerheidsrecht niet heeft verloren en het goed nog altijd – al is het met de belasting van het zekerheidsrecht – aan een ander kan overdragen, ziet men hierbij gemakkelijk door de vingers. Men zegt dan dat de hoofdgerechtigde alleen nog over de

21 Deze conclusie wordt in de hand gewerkt – aldus ook De Jong, diss. 2006, nr. 18 – door de in par. 7.1.1 en 7.1.2 besproken 'volume-metafoor' van de meeromvattendheid van het bezwaarde goed. Zoals aldaar verdedigd, dient men deze meeromvattendheid echter niet al te letterlijk nemen.

'blootgerechtigdheid' van zijn goed kan beschikken en hij daarmee *beperkt* beschikkingsbevoegd is geworden. Goedbeschouwd is dat natuurlijk een verhullende manier van spreken. De hoofdgerechtigde beschikt gewoon over zijn goed en zijn beschikkingsbevoegdheid is niet in enigerlei zin beperkt. Het object waarover hij beschikt – zijn goed – is slechts onderworpen aan een zekere, goederenrechtelijke belasting.[22]

Zo ook bij de *servitus altius non tollendi*, de erfdienstbaarheid die de eigenaar van het dienende erf het recht ontneemt om op zijn eigen grond hoger dan een bepaalde hoogte te bouwen en de beperkt gerechtigde – tevens eigenaar van het heersende erf – de bevoegdheid geeft een dergelijke hogere bouw te verbieden. Men moet hier dan van maken dat de eigenaar van het dienende erf zelf ook de bevoegdheid zou hebben gehad om zichzelf te 'verbieden' hoger te bouwen, althans af te zien van het recht om dit wel te doen.[23] Dat de eigenaar van het dienende erf deze 'bevoegdheid' om zichzelf te 'verbieden' hoger te bouwen op zijn grond nadien niet verloren heeft, en dat de beperkt gerechtigde anderszins geen bevoegdheid heeft verkregen om zelf op het dienende erf hoger te bouwen, ziet men hierbij door de vingers.

En zo verzandt men in discussies waarin steeds algemenere, vagere en ingewikkeldere bevoegdheden worden geformuleerd, zodat maar op enigerlei wijze volgehouden kan worden dat de bevoegdheden van de beperkt gerechtig-

22 De Jong (diss. 2006, nr. 98 en 99) spreekt hierbij van de *goederenrechtelijke status* van het goed, waarin door de overdracht van dat goed geen wijziging wordt gebracht.

23 Dat de beperkt gerechtigde ook het recht verkrijgt om *derden* te verbieden op het dienende erf hoger te bouwen, heeft niet zo veel meerwaarde boven het recht om de *eigenaar* van het dienende erf dit te verbieden. Dit laatste recht houdt immers in om bij elke hogere bouw – door wie dan ook uitgevoerd, met of zonder toestemming van de eigenaar – van de eigenaar te eisen dat deze gestopt en/of tenietgedaan wordt.

de van die van de hoofdgerechtigde worden 'afgetrokken'.[24] Erg veel waarde kan men mijns inziens aan deze formuleringen niet meer hechten.

Ten tweede brengt het aftrekprincipe ook zeer grote beperkingen met zich mee ten aanzien van de *verplichtingen* die men aan de beperkt gerechtigde als onderdeel van zijn recht kan meegeven. De gedachte hier is dat de eigendom (of een ander volledig recht) geen verplichtingen bevat. De eigenaar is puur en alleen *op grond van zijn eigendomsrecht* nooit tot iets verplicht.[25] Een verplichting van welke soort dan ook kan daarom nooit van de eigendom worden afgesplitst of 'afgetrokken' en aan de beperkt gerechtigde worden overgedragen. Dit heeft als gevolg dat een beperkt recht zelf nooit mede kan bestaan uit een verplichting. Een verplichting kan derhalve geen *onderdeel* van het beperkte recht uitmaken.[26] Ook deze uitwerking van het afsplitsingsmodel en het aftrekprincipe leidt tot moeilijkheden. Immers, in vele gevallen geeft de wet zelf de beperkt gerechtigde bepaalde verplichtingen. Men denke aan de verplichting van de erfpachter, de opstaller en de gerechtigde tot een

24 Dat is ook het geval bij Van Opstall, als hij de tegenwerpingen van Maeijer en Beekhuis tegen het aftrekprincipe tracht te weerleggen (*WPNR 4919* (1966), p. 386 e.v. en *WPNR 4920* (1966), p. 395 e.v.). Hij wijst erop dat de eigenaar bij het door Maeijer genoemde geval van de erfdienstbaarheid van voetpad, rijpad of weg door de overdracht van de onverdeelde helft van de bevoegdheid tot gebruik die de beperkt gerechtigde verkrijgt, ook enkele (*àndere*) bevoegdheden verliest, namelijk die om obstakels op het pad of de weg te plaatsen en om van de beperkt gerechtigde te eisen dat hij zich van het gebruik van de zaak onthoudt. Van een echte overdracht van een afgesplitst recht dat de eigenaar kwijtraakt – waar Van Opstall in zijn uitgangspunt (a.w., p. 383) nog duidelijk blijk van geeft – kan m.i. dan echter niet meer worden gesproken. Zie hierover ook het schema met uitleg uit hfdst. 5 par. 5.2.1.3. Ook Van Opstalls onderbouwing van het prioriteitsbeginsel met dit uitgangspunt (ibidem) kan dan niet langer standhouden. Dit beginsel kan evenwel gemakkelijk met andere argumenten worden onderbouwd, zie hfdst. 6 par. 6.1.3.3 bij noot 151. In geval van de door Beekhuis genoemde *servitus altius non tollendi* maakt hij precies die omtrekkende beweging die in de hoofdtekst zojuist is beschreven. Rank-Berenschot (diss. 1992, p. 113) spreekt hier van kunstgrepen. Ook in Asser/Beekhuis-Mijnssen 1980 (p. 37-39) bestrijdt Beekhuis uitgebreid het aftrekprincipe van Van Opstall en wijst ons op de strijd met hetgeen steeds voor het positieve recht gegolden heeft (hij noemt hier het voorbeeld van de *grondrente* – een inmiddels afgeschafte vorm van een reallast, een rechtsfiguur van germaansrechtelijke origine die in het Duitse recht nog bestaat en als hoofdverplichting een verplichting tot een doen heeft), de strijd met het huidige BW en het gebruik van zeer verwrongen redeneringen en gekunstelde constructies om bestaande beperkte rechten nog in dit principe in te kunnen passen.

25 Uiteraard kunnen het publiekrecht en bijvoorbeeld ook het burenrecht wel verplichtingen verbinden aan (het hebben van) eigendom. Bij de uitleg van het aftrekprincipe wordt er kennelijk niet uitgegaan van de opvatting dat de burenrechtelijke verplichtingen deel uitmaken van de inhoud van het eigendomsrecht zelf. Zie hierover nader noot 50 hieronder.

26 In feite gaat het hier met name om verplichtingen *tot een doen*. Verplichtingen tot een dulden of niet-doen kunnen immers veelal ook gefundeerd worden in de algemene plicht die ook de beperkt gerechtigde heeft om de rechten van anderen – waaronder dat van de hoofdgerechtigde – te eerbiedigen en vormen dan slechts de keerzijde van de actieve bevoegdheden van de hoofdgerechtigde.

erfdienstbaarheid om canon respectievelijk retributie te betalen (indien zulks is overeengekomen: artikel 5:85 lid 2, 5:101 lid 3 en 5:70 lid 2 BW); de verplichting van de erfpachter om gewone lasten en herstellingen te verrichten en de eigenaar in kennis te stellen van de noodzakelijkheid van het doen van buitengewone herstellingen (artikel 5:96 lid 1 BW); de verplichting van de gerechtigde tot een erfdienstbaarheid om de door hem op het dienende erf aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen te onderhouden voor zover dit in het belang van het dienende erf nodig is (artikel 5:75 lid 3 BW); en de verplichting van de vruchtgebruiker om het voorwerp van zijn vruchtgebruik ten behoeve van de hoofdgerechtigde te verzekeren tegen die gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten (artikel 3:209 lid 1 BW). Hoe kan men deze uit de wet volgende verplichtingen van de beperkt gerechtigde nu verklaren?

In sommige gevallen kan men zich uit deze impasse redeneren door een verplichting zo te formuleren dat het eigenlijk niet meer is dan een *beperking in bevoegdheden*. Bekend voorbeeld hiervan is de verplichting die aan een erfpachter wordt opgelegd om bij het onderhoud van het schilderwerk van de onder zijn erfpachtrecht vallende opstallen een bepaalde kleur te gebruiken.[27] Men zegt dan dat dit geen échte verplichting oplevert, maar veeleer een door de wet toegelaten beperking of nadere afbakening van de gebruiks- en genotsbevoegdheid van de erfpachter (artikel 5:85 jo. 5:89 BW): de bevoegdheid tot gebruik van het in erfpacht gegeven terrein omvat mede de bevoegdheid tot het schilderen van de gebouwen, maar dit aspect van de gebruiksbevoegdheid is beperkt tot een bepaalde kleur.[28] Men moet het dan zo opvatten dat de bevoegdheid van de erfpachter om de opstallen te schilderen beperkt wordt in die zin dat het hem daarbij verboden wordt alle andere kleuren dan de hier bedoelde kleur te gebruiken. We komen nu op het terrein van de 'insnoerende verplichtingen', waarover meer in paragraaf 7.2.2.

In feite is echter natuurlijk wel degelijk sprake van een verplichting om de opstal in een bepaalde kleur te schilderen. Ten eerste begrijpt eenieder dat het wel erg omslachtig zou zijn en wel erg ver gaat om de verplichting tot het gebruik van een bepaalde verfkleur zo te omschrijven dat het gebruik van elke andere verfkleur aan de erfpachter verboden wordt. Maar bovendien – en veel belangrijker nog – is de erfpachter niet alleen verplicht om *als* hij onderhoud pleegt een bepaalde kleur te gebruiken, hij is voorts niet alleen bevoegd maar ook *verplicht* tot het daadwerkelijk plegen van dergelijk onderhoud (artikel 5:96 BW). En deze twee verplichtingen tezamen komen toch echt neer op een verplichting tot het schilderen van de opstal in de voorgeschreven kleur. Mijns inziens is hier dan ook geen sprake van een 'insnoerende verplichting', maar veeleer van een – wat mij betreft overigens toegestane – uitbreiding

27 Dit voorbeeld wordt ook genoemd door Struycken, diss. 2007, p. 411.
28 Aldus Struycken, t.a.p.

of nadere inkleuring (letterlijk zelfs) van de wettelijke onderhoudsplicht van artikel 5:96 BW.

Maar er bestaat ook nog een *andere* mogelijkheid om zich uit deze impasse te manoeuvreren en zo het wringende model van de afsplitsing en het aftrekprincipe te redden. En dat is om deze verplichtingen – waarbij de wet door middel van regelend recht het beperkte recht *nader inkleurt – toch niet* als *onderdeel* van het beperkte recht te beschouwen. Over deze uitweg, die ook bij het in paragraaf 7.2.2 te bespreken afspiegelingsmodel wordt gebruikt, meer in paragraaf 7.2.3.

Ten slotte zijn er nog de verplichtingen die niet – als onderdeel van zijn recht – op de *beperkt gerechtigde* komen te rusten, maar die – als onderdeel van zijn recht – op de *hoofdgerechtigde zelf* komen te rusten. Deze verplichtingen vormen veelal slechts de keerzijde van actieve bevoegdheden van de beperkt gerechtigde. Men denke hier aan de verplichting tot een dulden of niet-doen waaruit de last bestaat die een erfdienstbaarheid op het dienende erf legt. Maar ze kunnen ook verder gaan dan de verplichting om te dulden dat de beperkt gerechtigde zijn bevoegdheden tot het belaste goed uitoefent of om na te laten bepaalde eigen bevoegdheden ten aanzien van het belaste goed uit te oefenen die de beperkt gerechtigde de eigenaar op grond van het beperkte recht kan verbieden. Ze kunnen er, zo volgt uit enkele wettelijke bepalingen, ook toe leiden dat de hoofdgerechtigde verplicht zal zijn tot een bepaald handelen. Ze kunnen er bijvoorbeeld toe leiden dat de eigenaar van het met een erfdienstbaarheid bezwaarde perceel grond naast de verplichting tot een dulden of niet-doen bovendien een verplichting heeft tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf zullen bevinden en die voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid nodig zijn (artikel 5:71 lid 1 BW). Deze verplichting tot een doen is hier nog aanvullend op de hoofdverplichting tot een dulden of niet-doen. Dat geldt ook voor de verplichting van de eigenaar om aan de erfpachter en de opstaller na het einde van diens recht onder bepaalde voorwaarden de waarde van de opstallen te vergoeden (artikel 5:99 en 5:105 BW). Maar een verplichting tot een doen kan ook zelfstandig de hoofdverplichting van een beperkt recht uitmaken. Zie artikel 5:71 lid 2 BW: de erfdienstbaarheid kan bestaan in een verplichting van de eigenaar tot onderhoud van het dienende erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf bevinden of zullen bevinden.

Ook deze verplichtingen van de hoofdgerechtigde jegens de beperkt gerechtigde passen maar moeilijk bij het afsplitsingsmodel en het aftrekprincipe. De gedachte hier was namelijk dat eigendom en andere volledige rechten geen verplichtingen bevatten. Door de vestiging van een beperkt recht kan het recht van de eigenaar of van de andere volledig rechthebbende ineens toch verplichtingen – zelfs die tot een doen – gaan omvatten. Het beste wordt de onverenig-

baarheid van deze verplichtingen van de hoofdgerechtigde met het aftrekprincipe waarschijnlijk verwoord door Rank-Berenschot:

> "Een onverkorte toepassing van het aftrekbeginsel leidt tot de gevolgtrekking dat van een zakelijk recht geen sprake is waar de beperkt gerechtigde recht heeft op een door de hoofdgerechtigde te verrichten prestatie welke die hoofdgerechtigde als zodanig op zijn beurt nooit van een derde had kunnen vorderen. Aangezien de prestatie die een eigenaar op grond van zijn eigendomsrecht wèl van anderen kan vorderen in hoofdzaak negatief zijn, behoren de verplichtingen van de hoofdgerechtigde/eigenaar tot een doen derhalve tot de onmogelijkheden."[29]

Er kunnen volgens het aftrekprincipe dus geen zakelijke verplichtingen tot een doen voor de eigenaar bestaan, aangezien de keerzijde van die verplichtingen – de bevoegdheid van de beperkt gerechtigde om de uitvoering van dit doen te vorderen – niet kan worden afgesplitst van het eigendomsrecht, nu dit eigendomsrecht geen bevoegdheden bevat die een ander tot een doen kunnen verplichten.[30] Er bestaat daarmee een tegenstrijdigheid tussen aan de ene kant het afsplitsingsmodel en het aftrekprincipe en aan de andere kant de duidelijk door de wet aan de eigenaar opgelegde verplichtingen tot een doen en de hiertegenover staande aan de beperkt gerechtigde *als nadere invulling van zijn recht* toegekende bevoegdheden om dit doen te vorderen. Om deze tegenstrijdigheid op te heffen zal men derhalve ook hier moeten volhouden dat deze bevoegdheden *toch niet* als *onderdeel* van het beperkte recht moeten worden beschouwd. Over deze uitweg, die ook bij het in paragraaf 7.2.2 besproken afspiegelingsmodel wordt gebruikt, als gezegd meer in paragraaf 7.2.3.

Het afsplitsingmodel en het bijbehorende aftrekprincipe hebben mijns inziens dan ook slechts waarde voor die beperkte groep van gevallen waarin een beperkt gerechtigde aan een andere beperkt gerechtigde een recht verschaft dat rechtstreeks op het object van zijn eigen recht: op de onderliggende zaak of het onderliggende recht. Alleen dan moet men constateren dat dit – door de onmogelijkheid van de zwaardere belasting van de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht – slechts mogelijk is als het door de beperkt gerechtigde gevestigde recht in feite de overdracht van een deel van zijn *eigen* recht is. En dat het gevestigde recht dus alleen bevoegdheden kan omvatten die zijn eigen recht ook omvat(te). Het aftrekprincipe zal naar mijn mening derhalve altijd pas in de *tweede* fase – de verlening van een *tweede* beperkt recht door de eerste beperkt gerechtigde – aan de orde *kunnen* komen. Daarom is het hier bij lange na niet zo beper-

29 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 113.

30 Hierop stuit de bewering van Struycken (diss. 2007, p. 407-409) af die erop neerkomt dat artikel 5:71 BW geen deugdelijke grond zou bieden voor de stelling dat het aftrekprincipe niet verenigbaar is met de wet. Die deugdelijke grond biedt zij dus wel degelijk.

kend als het is wanneer men uitgaat van een *algemene* toepasselijkheid van het aftrekprincipe bij de vestiging van beperkte rechten.

7.2.2 Het afspiegelingsmodel, de theorie van de heerschappijverdeling en de 'insnoerende verplichtingen': de belastingsgedachte 1.0

Mede wegens de in de vorige paragraaf behandelde moeilijkheden met de verklaring van allerlei in de wet opgenomen bevoegdheden en verplichtingen die niet met het afsplitsingsmodel en het aftrekprincipe in overeenstemming zijn te brengen, zijn er enkele alternatieven ontstaan die (lichte) varianten vormen op dat model en op het bijbehorende aftrekprincipe.

De belangrijkste variant op het afsplitsingsmodel is bij de bespreking van het proefschrift van Struycken (paragraaf 6.1.3.3) al aan de orde is gekomen. Het gaat hier om het zogenaamde afspiegelingsmodel, waarin het beperkte recht gezien wordt als een zelfstandig recht waarmee de hoofdgerechtigde de beperkt gerechtigde in beperkte mate soortgelijke bevoegdheden toekent als het hoofdrecht verschaft – zogenaamde 'gespiegelde bevoegdheden' – en dat een belasting vormt van dit hoofdrecht.[31] Het verschilt volgens Struycken daarin van het afsplitsingsmodel dat in dit model de bevoegdheden zoals die aan de beperkt gerechtigde zijn toegekend óók deel blijven uitmaken van het hoofdrecht, al kan de hoofdgerechtigde deze bevoegdheden zelf niet meer uitoefenen. Bij (een strikte opvatting van) het afsplitsingsmodel is dit niet het geval: de afgesplitste bevoegdheden worden hier daadwerkelijk *uit* het hoofdrecht (weg)gehaald. Degenen die, zoals Van Opstall[32] doet, de prioriteitsregel bij beperkte rechten rechtvaardigen met het argument dat over de bij de vestiging van een eerste beperkte recht door de eigenaar aan de beperkt gerechtigde overgedragen bevoegdheden niet meer een tweede keer door de eigenaar kan worden beschikt, hanteren op dit punt (de strikte opvatting van) het afsplitsingsmodel.

De opvatting van het afspiegelingsmodel biedt een betere verklaring voor die gevallen waarin aan de beperkt gerechtigden bevoegdheden worden toegekend die ook de hoofdgerechtigde zelf blijft kunnen en mogen uitoefenen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de verschillende erfdienstbaarheden van overpad. De eigenaar van het dienende erf verliest hier niet de bevoegdheid zelf van de voor de erfdienstbaarheid bestemde weg gebruik te blijven maken.

---

31 Vgl. Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 107 en Struycken, diss. 2007, p. 361.

32 Van Opstall, *WPNR 4919* (1966), p. 383. Gezegd moet worden dat Van Opstall bij de verdediging tegen de tegenwerpingen van Maeijer en Beekhuis tegen het aftrekprincipe weer van zijn strikte opvatting van het afsplitsingsmodel lijkt af te wijken, waar hij een 'mede-eigendom' van de afgesplitste bevoegdheden aanneemt.

Men vindt bovendien in dit model wel enigszins de 'belastingsgedachte' terug: het idee dat het beperkte recht geen *afsplitsing*, maar veeleer een *belasting* van het hoofdrecht is. De tevens in het model vervatte 'afspiegelingsgedachte' leidt er evenwel toe dat men ook in dit model (vrijwel) hetzelfde uitgangspunt als dat van het aftrekprincipe blijft hanteren: beperkte rechten kunnen slechts tot inhoud hebben een deel van de bevoegdheden die – hoewel ze niet geheel uit het hoofdrecht zijn overgeheveld, doch eerder hieruit worden gekopieerd[33] – ware het goed niet met het beperkte recht belast, geheel en al aan de volledig gerechtigde zouden toekomen. En bij gebrek aan verplichtingen die de hoofdgerechtigde op grond van zijn recht heeft, zijn deze ook niet te 'spiegelen' in het beperkte recht.[34] Voor de meeste in de vorige paragraaf genoemde inpassingsmoeilijkheden van door de wet als onderdeel van het beperkte recht toegelaten bevoegdheden en verplichtingen biedt dit model dan ook, evenals het afsplitsingsmodel, geen oplossing. Ik noem deze opvatting van het beperkte recht als belasting van het hoofdrecht met louter afgespiegelde bevoegdheden de 'belastingsgedachte 1.0'.

Er bestaat ook een variant op het aftrekprincipe, een alternatieve manier om de grenzen van de inhoud van beperkte rechten te bepalen. Men spreekt hierbij veelal van de theorie van de 'heerschappijverdeling'.[35] De gedachte achter deze heerschappijverdeling gaat net als het afsplitsings- en het afspiegelingsmodel uit van een zekere splitsing in bevoegdheden tussen hoofd- en beperkt gerechtigde. Zij gaat echter niet uit van een hoofdrecht – veelal het eigendomsrecht – als een samenstel van louter *bevoegdheden*, maar ziet het veel meer als een zekere mate van heerschappij over een goed: een complex van bevoegdheden *maar ook bepaalde verplichtingen* die de macht over een goed geven. Zij hangt samen met de klassieke opvatting dat goederenrechtelijke rechten – de voormalige zakelijke rechten – een directe machtsverhouding tussen persoon en zaak inhouden. Nu het na vestiging van een beperkt recht niet meer alleen draait om een machtsverhouding tussen eigenaar en zaak, maar ook om een machtsverhouding tussen beperkt gerechtigde en zaak, dient er een afbakening plaats te vinden tussen de machtskring van de eigenaar enerzijds en die van de beperkt gerechtigde anderzijds.

Deze afbakening wordt vormgegeven door de wettelijke definitie van het beperkte recht en de door de wet of bij de vestiging vastgelegde rechten en verplichtingen van de betrokkenen. In de theorie van de heerschappijverdeling worden tot de tot het hoofdrecht en het beperkte recht behorende verplichtingen gerekend alle verplichtingen die gezien kunnen worden als zogenaamde 'insnoerende bepalingen' of 'insnoerende verplichtingen'. Het gaat hierbij om

33 Zie in deze zin Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 113.
34 Zie in deze zin Struycken, diss. 2007, p. 403.
35 Zie voor deze term en de hierna volgende uitleg van de term Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 114 en Struycken, diss. 2007, p. 402-403.

bepalingen die in wezen de grens tussen het beperkte recht en het hoofdrecht afbakenen. Daarbij wordt gebruik gemaakt van de door de wet gegeven of toegestane regelingen om een beperking of uitbreiding aan te brengen in (één van de) door de vestiging van het beperkte recht van rechtswege afgestane bevoegdheden. Deze verplichtingen vormen volgens deze theorie een integraal onderdeel van het beperkte recht of het hoofdrecht zelf. Struycken geeft als voorbeeld van een 'insnoerende verplichting' de verplichting van de vruchtgebruiker om na beëindiging van het vruchtgebruik het in vruchtgebruik genomen goed terug te geven aan de hoofdgerechtigde (artikel 3:225 BW).[36]

Hierboven is ook al het veelgebruikte voorbeeld besproken van de verplichting van het gebruiken van een bepaalde verfkleur indien schilderonderhoud aan panden op in erfpacht uitgegeven grond zal worden verricht. Deze verplichting zou in wezen slechts een beperking zijn op het normaal gesproken aan de erfpachter toekomende gebruik en genot van de zaak (artikel 5:89 BW). Ik heb daar verdedigd dat, nu ook het plegen van onderhoud een verplichting van de erfpachter is (artikel 5:96 BW), het hier wel degelijk gaat om een (uitbreiding van een) echte verplichting, en wel een verplichting tot een doen – namelijk tot het onderhouden van het schilderwerk met gebruikmaking van de betreffende verfkleur – en niet slechts om een beperking van de gebruiksmogelijkheid van de erfpachter.[37] Dit soort verplichtingen – en alle andere verplichtingen die niet als 'insnoerend' kunnen worden gekwalificeerd – kunnen ook in de theorie van de heerschappijverdeling geen onderdeel uitmaken van het beperkte recht. Voorbeelden daarvan zijn wat mij betreft verder in ieder geval de verplichting van beperkt gerechtigden tot het betalen van canon en retributie (artikel 5:85 lid 2, 5:101 lid 3 en 5:70 lid 2 BW),[38] de verplichting van de vruchtgebruiker om het voorwerp van zijn vruchtgebruik ten behoeve van de hoofdgerechtigde te verzekeren tegen die gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten (artikel 3:209 lid 1 BW), de verplichting van een eigenaar van een dienend erf tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen op dit erf (artikel 5:71 lid 1 BW), de verplichting van een eigenaar om aan de erfpachter of de opstaller na het einde

36 Struycken, diss. 2007, p. 403.

37 Men zou er nog aan kunnen denken ook de gehele (wettelijke) onderhoudsplicht van artikel 5:96 BW als een 'insnoerende verplichting' op zijn gebruiksbevoegdhied te zien en dus ook de daarop aanvullende verplichting tot gebruik van een bepaalde verfkleur. Als een eigenaar echter ergens *niet* toe gehouden is, dan is het wel tot het plegen van onderhoud met betrekking tot zijn eigendom (uiteraard tenzij hierdoor schade aan derden wordt toegebracht), óók niet als hij zijn eigendom in erfpacht heeft afgegeven (zie art. 5:96 lid 1 BW). Ik vind het dan ook erg ver gaan om de ten opzichte van deze positie van de eigenaar behoorlijk verzwaarde verplichting van de erfpachter tot het plegen van alles behalve buitengewoon onderhoud slechts als 'insnoerende verplichting' te kwalificeren.

38 Al kan men natuurlijk ook volhouden dat zij slechts de bevoegdheden die uit erfpacht, opstal of erfdienstbaarheid 'insnoeren' op die wijze dat deze bevoegdheden slechts kunnen worden uitgeoefend onder de voorwaarde dat de canon of retributie wordt betaald. Wat mij betreft is het einde dan echter echt zoek.

van diens recht onder bepaalde voorwaarden de waarde van de opstallen te vergoeden (artikel 5:99 en 5:105 BW) en de verplichting van een eigenaar tot onderhoud van het dienende erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf bevinden of zullen bevinden (artikel 5:71 lid 2 BW). Door alleen verplichtingen in deze theorie toe te laten die 'vertaald' kunnen worden naar een beperking in bevoegdheid, laat ook deze theorie in feite geen echte verplichtingen toe als onderdeel van een beperkt recht, ook niet als deze verplichtingen in de nadere uitwerking die de wet van het desbetreffende beperkte recht geeft met zoveel woorden op de beperkt gerechtigde of de eigenaar worden gelegd.

7.2.3 Discrepantie tussen modellen en principes enerzijds en wettelijke mogelijkheden anderzijds: de hulpconstructie van de kwalitatieve verbintenis

Wat nu is het sluitstuk van alle bovengenoemde modellen en principes voor door de wet *voorgeschreven*, door de wet *als uitgangspunt genomen* of door de wet in het kader van het beperkte recht *toegelaten* bevoegdheden en verplichtingen die *niet* in die modellen en principes passen? Deze bevoegdheden en verplichtingen kunnen volgens deze modellen en principes geen onderdeel vormen van het desbetreffende goederenrechtelijke recht. Toch introduceert de wet op velerlei plekken dit soort bevoegdheden en verplichtingen, en dat is bepaald geen nieuw verschijnsel. Als men echt wil volhouden dat deze geen onderdeel van het recht zelf vormen, dan ontkomt men toch in ieder geval niet aan de vaststelling dat deze door de wet gegeven bevoegdheden en verplichtingen een goederenrechtelijke werking hebben en niet slechts een verbintenisrechtelijke. Ze komen immers van rechtswege aan elke opvolgende hoofd- en beperkt gerechtigde toe: ze volgen dus – aan beide zijden – het goed waarop ze betrekking hebben (ze hebben zaaksgevolg of *droit de suite*). Hoe wordt deze werking nu ingepast in het systeem van de in de vorige paragrafen besproken modellen en principes?

Dat gebeurt met een tussenfiguur die als hulpconstructie moet dienen: de *kwalitatieve verbintenis*.[39] In de kern worden de hierin vervatte bevoegdheden en verplichtingen – die de wet aan het beperkte recht verbindt – opmerkelijk genoeg gezien als *obligatoire* rechten en plichten, als *verbintenissen* derhalve. Om deze bevoegdheden en verplichtingen echter tóch het gevolg te kunnen geven dat ze hebben, worden ze beschouwd als *kwalitatieve* verbintenissen: als bevoegdheden en verplichtingen die steeds van rechtswege toekomen aan elke opvolgende hoofd- of beperkt gerechtigde en op die manier in zekere

39 Vgl. hierover o.a. Van Opstall, *WPNR 4920* (1966), m.n. p. 397 (e.v.) en Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 115-118.

zin óók het goed volgen waarop ze betrekking hebben. Niet zoals een goederenrechtelijk recht dat doet – doordat het blijft rusten op het betrokken goed – maar door een zekere *kwalitatieve werking* van de verbintenis, waar de bevoegdheden en verplichtingen onderdeel van uitmaken. Op die manier volgen ze ook het goederenrechtelijke recht, zonder daarvan onderdeel uit te maken, nauw. Je zou kunnen zeggen dat het daaraan accessoire rechten betreft in de zin van artikel 3:7 BW. De op deze manier in *kwalitatieve verbintenissen* vervatte rechten en verplichtingen zijn wel enigszins vergelijkbaar met de *kwalitatieve rechten* van artikel 6:251 BW en de *kwalitatieve verplichtingen* van artikel 6:252 BW. Een belangrijk verschil is echter dat deze laatste kwalitatieve verbintenissen in beginsel slechts kwalitatieve werking kennen aan één zijde van de rechtsverhouding. De kwalitatieve verplichtingen van artikel 6:252 BW zijn slechts kwalitatief aan de kant van de schuldenaar, de kwalitatieve rechten van artikel 6:251 BW zijn slechts kwalitatief aan de kant van de schuldeiser.

Een groot bezwaar van deze 'oplossing' is dat deze van aan de beperkte rechten veelal inherente bevoegdheden en verplichtingen randverschijnselen van het goederenrecht maakt. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan de verplichting tot canonbetaling van de erfpachter,[40] de onderhoudsverplichting van de erfpachter en de aanbreng- en onderhoudsverplichtingen van de eigenaar van een met een erfdienstbaarheid belast erf of de gerechtigde tot die erfdienstbaarheid met betrekking tot gebouwen, werken en beplantingen op het dienende erf veelal tot de kern behoren van de erfdienstbaarheid. Het maakt van deze bevoegdheden en verplichtingen verschijnselen die zich ophouden in het schemergebied tussen goederen- en verbintenissenrecht. De oplossing van de kwalitatieve verbintenis maakt derhalve een groot onderscheid tussen de verschillende bevoegdheden en verplichtingen die bij de vestiging van een beperkt recht op hoofd- en beperkt gerechtigde gelegd (kunnen) worden en geeft de onderscheiden bevoegdheden en verplichtingen die aan de kern van het beperkte recht in kwestie raken een totaal verschillende status, ook als deze uitdrukkelijk door de wet als basisregeling worden gegeven of bij de vestiging worden toegelaten. Sommige ervan mogen door hantering van deze modellen en principes immers niet meer als een daadwerkelijk onderdeel van het beperkte recht worden gezien, en moeten hier dus op de een of andere manier buiten gaan vallen, zonder dat ze onmogelijk gemaakt kunnen worden. Ze verkrijgen de status van obligatoire rechten en verplichtingen met een

40 Zie over de canonverplichting en de opvatting van de wetgever van deze verplichting echter nog noot 63 hieronder. Overigens was de canonverplichting onder oud BW en ook in Meijers' ontwerp een *verplicht* onderdeel van het erfpachtrecht, en zelfs in de definitie van dat recht opgenomen (art. 767 oud BW en OM van art. 5:85 BW, PG Boek 5 BW, p. 300). Ook Struycken meent dat het recht ongetwijfeld behoort tot het 'wezen van het erfpachtrecht' en dus bij uitstek als zakelijke verplichting moet worden gekwalificeerd (diss. 2007, p. 442).

bijzondere werking. Andere echter behouden wel gewoon een goederenrechtelijke status.

Onduidelijk blijft overigens, ook met deze hulpconstructie, wat te doen met de erfdienstbaarheid van artikel 5:71 lid 2 BW. Daarbij vormt de plicht tot een doen de zelfstandige inhoud van de last van de erfdienstbaarheid. Gesteld dat de erfdienstbaarheid ook alleen uit deze last bestaat, hoe kan deze plicht tot een doen van de eigenaar van het dienende erf nu voor de beperkt gerechtigde een *aan zijn goederenrechtelijk recht zelf accessoir* recht zijn? Een recht dat geen onderdeel uitmaakt van zijn goederenrechtelijke recht zelf (de erfdienstbaarheid), maar hier slechts als kwalitatieve verbintenis aan is verbonden en dit recht volgt? De last *is* immers zijn goederenrechtelijke recht en tevens het *enige onderdeel van* dit goederenrechtelijke recht![41]

Ik acht dit alles een verre van juiste of elegante oplossing. In mijn opvatting van het beperkte recht en zijn mogelijke inhoud is deze oplossing bovendien niet nodig (hierover nader de volgende paragraaf).

Dat men de gedachte van de kwalitatieve verbintenis in het goederenrecht echter nog drastischer kan doorvoeren, blijkt in Nederland in ieder geval wel uit het proefschrift van Rank-Berenschot. Zij gaat heel ver in het kwalificeren van goederenrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen als verbintenisrechtelijke verhoudingen tussen hoofd- en beperkt gerechtigde, en komt er uiteindelijk zelfs op uit dat het gehele beperkte recht moet worden teruggebracht tot een kwalitatieve verbintenis. Volgens Rank-Berenschot is het beperkte recht van obligatoire aard en aan het persoonlijke recht verwant. Het verschilt van dit recht slechts in voorwerp en gradatie en moet worden gekwalificeerd als een kwalitatief bepaald obligatoir recht.[42] Zij baseert zich niet zozeer op de gedachte dat alle rechtsverhoudingen uiteindelijk niet anders dan verhoudingen tussen personen *kunnen* zijn, maar vooral op het feit dat de justitiabele het recht in belangrijke mate als zodanig *ervaart*.[43] Ik ben er echter niet van overtuigd dat wij ons vooral door deze ervaring van de justitiabele zouden moeten laten leiden. Nu mag niet over het hoofd worden gezien dat Rank-Berenschot met haar herkwalificatie van het beperkte recht als kwalitatief bepaald obligatoir recht ook andere doelen heeft nagestreeft, zoals de toepasselijkheid van het Boek 6-instrumentarium op de handhaving van de in dat recht opgenomen, goederenrechtelijke verplichtingen en de benadrukking van de duur-relatie die ontstaat tussen hoofd- en beperkt gerechtigden. Ik meen echter, dat het voor het bereiken van dergelijke doelen niet noodzakelijk is het beperk-

41 Men kan natuurlijk ook stellen dat het onderhoudsrecht van de beperkt gerechtigde dan maar als kwalitatieve verbintenis accessoir verbonden zal zijn aan de eigendom – de beperkt gerechtigde is immers ook eigenaar van het heersende erf, en de *erfdienstbaarheid zelf* zou sowieso al accessoir verbonden zijn aan het heersende erf. Het *beperkte recht* is men hier dan echter volledig kwijt.

42 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 312 en 352.

43 Idem, p. 311.

te recht als een in de kern verbintenisrechtelijke verhouding te kwalificeren. Ik acht het bijvoorbeeld heel goed mogelijk dat het Boek 6-instrumentarium door de wetgever van overeenkomstige toepassing wordt verklaard als dat wenselijk wordt geacht, maar ook dat de rechter het analoog toepast vanwege het feit dat de relatie tussen hoofd- en beperkt gerechtigde op bepaalde punten wel een zekere overeenkomst vertoont met de verbintenis.[44] Het voordeel van een analoge toepassing is daarbij dat niet per se het Boek 6-instrumentarium in zijn geheel van toepassing wordt, maar dat naar gelang de situatie daarom vraagt, van dit instrumentarium gebruik kan worden gemaakt. Ook voor het (beter) tot uiting brengen van de duur-relatie tussen hoofd- en beperkt gerechtigde, is het mijns inziens niet noodzakelijk een verbintenisrechtelijke kwalificatie van het beperkte recht te gebruiken. Ik zie niet in waarom binnen het goederenrecht niet voldoende ruimte bestaat voor een dergelijke duurrelatie. Ten slotte vind ik het een gevaarlijke gedachtegang – voor zover hier bij Rank-Berenschot al sprake van zou zijn – om het beperkte recht op een bepaalde manier te kwalificeren, omdat hiermee zekere gewenste doelen worden nagestreefd of gevolgen in het leven worden geroepen. Dit komt een zuivere begripsvorming niet ten goede. De kwalificatie van het beperkte recht en de zoektocht naar een goed passende constructie en plaats in het vermogensrecht dient naar mijn mening niet af te hangen van de gewenste gevolgen die daaraan verbonden zouden moeten worden. Blijkt aan de kwalificatie of constructie van het beperkte recht ongewenste gevolgen te zijn verbonden, dan is het aan de wetgever of eventueel aan de rechter om hierin in te grijpen.

7.2.4 Van belastingsgedachte 1.0 naar belastingsgedachte 2.0

We hebben hierboven in de paragrafen 7.2.1 en 7.2.2 gezien dat alle daar besproken modellen en principes blijven uitgaan van een zekere *splitsing van bevoegdheden* tussen hoofd- en beperkt gerechtigde, los van het feit of deze bevoegdheden nu echt *uit* het hoofdrecht worden *afgesplitst* of slechts *afgespiegelde* bevoegdheden zijn van die van de hoofdgerechtigde die een belasting vormen van zijn recht. Aangezien het hoofdrecht wordt gezien als een bundel van enkel bevoegdheden, zal het beperkte recht in beide gevallen ook louter uit *bevoegdheden* kunnen bestaan. In beide gevallen is er derhalve in het beperkte recht zelf niet tot nauwelijks plaats voor verplichtingen. Zo mogelijk worden verplichtingen echter – op grond van de theorie van de heerschappijverdeling – omgevormd tot beperkingen in bevoegdheid, om deze in sommige gevallen toch in enigerlei mate binnen het systeem te kunnen laten vallen. Bij alle modellen en principes blijft echter een zeer aanzienlijk gedeelte van de door de wet voorgeschreven, door de wet als uitgangspunt genomen of door de

44 Eenzelfde overeenkomstige of analoge toepassing zou kunnen worden overwogen voor de behandeling van de in het beperkte recht opgenomen verplichtingen in faillissement.

wet toegelaten verplichtingen buiten het systeem vallen en daarmee kunnen deze geen onderdeel van beperkt recht of hoofdrecht vormen. Dat levert vooral moeilijkheden op voor de verplichtingen tot een doen, die veel minder gemakkelijk dan de verplichtingen tot een dulden of niet-doen gezien kunnen worden als niet meer dan de keerzijde van de actieve bevoegdheden van de ander, en daarmee kunnen worden gefundeerd in de algemene plicht tot eerbiediging van het recht van de ander.[45] Een *ultimum remedium* voor deze verplichtingen werd gevonden in de kwalitatieve verbintenis, die in paragraaf 7.2.3 is besproken, en deze verplichtingen in feite buiten het beperkte recht plaatsen.

Mijn oordeel over dit alles is vrij simpel: als een model of principe op zulke grote schaal uitzonderingen kent, kan het model of principe niet meer als een goed uitgangspunt worden gezien.[46,47] En voorts: de wet geeft met zijn dwingende en regelende rechtsregels de nadere invulling van beperkte rechten, die veelal zelfs aan de kern van het recht raakt. Het gaat dan niet aan deze nadere invulling buiten de rechten zelf te plaatsen.

In mijn afwijzing van het afsplitsingsmodel met het bijbehorende aftrekprincipe ligt tevens een afwijzing besloten van de sterk hierop gelijkende modellen en principes. Het afspiegelingsmodel en de theorie van de heerschappijverdeling gaan weliswaar een beetje richting de door mij verdedigde belastingsgedachte – en zouden in dat opzicht gezien kunnen worden als een soort belastingsgedachte 1.0 – maar ze blijven wat mij betreft ook – zonder goede reden – vasthouden aan een zekere variant van het aftrekprincipe. Op die manier blijven ze nodeloos hangen in de veronderstelde noodzaak van de formulering van het beperkte recht als een samenstel van louter bevoegdheden. Bevoegdheden die zouden moeten worden gespiegeld aan die van de hoofdgerechtigde of bevoegdheden die slechts door 'insnoerende verplichtingen' in meer of mindere mate beperkt zouden kunnen worden. Maar nu het beperkte recht niet als een afsplitsing van het hoofdrecht blijkt te kunnen worden gezien,

45 In feite maken deze verplichtingen tot een dulden of niet-doen dan ook geen *onderdeel* uit van het beperkte recht.

46 Uitzonderingen komen immers bij (vrijwel) ieder beperkt recht voor, zoals uit de hierboven veelvuldig gegeven wettelijke voorbeelden al volgt, maar ook nog uit vele andere, bij vestiging gebruikelijk te maken bedingen kan volgen. Vgl. ten aanzien van zekerheidsrechten bijv. nog Struycken, diss. 2007, p. 419-420 en over de evt. goederenrechtelijke status van die bij zekerheidsrechten gebruikelijke bedingen ook nog p. 429.

47 De redenering dat het subtractieprincipe dan enkel van toepassing zou zijn op buitenwettelijke bevoegdheden die door de partijen bij de vestiging van het beperkte recht aan de inhoud worden toegevoegd, acht ik onhoudbaar (in die zin Struycken, diss. 2007, p. 404-405 met verwijzing naar De Vries/Pleysier 2002, p. 62). Niet alleen moet een model of principe over de constructie en de mogelijke inhoud van het beperkte recht ook het gehele recht en zijn gehele inhoud – althans in beginsel – dekken, bovendien staat vast dat niet alleen de wet zelf, maar ook de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie bij de vestiging van het beperkte recht meer mogelijkheden bieden voor de inhoud van het beperkte recht dan met het subtractieprincipe verenigbaar zijn. Hierover meer in par. 7.4.

is er ook geen reden meer om aan te nemen dat de aan de beperkt gerechtigde toekomende bevoegdheden 'gespiegelde bevoegdheden' zouden moeten zijn, of dat die bevoegdheden door niets anders dan door 'insnoerende verplichtingen' zouden moeten kunnen worden beperkt. Ik acht op basis van de door mij verdedigde constructie van het beperkte recht als een belasting van het hoofdrecht geen goede grond aanwezig voor de zojuist genoemde beperkingen in inhoud van het beperkte recht. Ik houd hierbij het uitgangspunt in gedachte van de oorspronkelijke alleenheersende eigenaar van een zaak of rechthebbende van een recht, die (nog) met geen enkele ander rekening hoeft te houden, en zijn zaak of recht in beginsel op elke denkbare wijze kan belasten. Ik acht dan ook de oude modellen en bijbehorende principes niet meer leidinggevend voor de bepaling van de mogelijke inhoud van beperkte rechten.

Mijn 'belastingsgedachte 2.0' breekt dus los van de oude modellen met bijbehorende principes. Ik meen echter dat de gedachte van heerschappijverdeling over een zaak tussen hoofd- en beperkt gerechtigde wel degelijk een goed uitgangspunt is voor het denken over het beperkte recht. Ik zie echter ook hierin geen goede grond voor de beperking van de inhoud van het beperkte recht tot *bevoegdheden*. Ik zal dat nader toelichten.

Zoals gezegd wordt de achtergrond van de gedachte van heerschappijverdeling gevormd door de klassieke opvatting van het onderscheid tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke rechten, de zogenaamde *summa divisio*. Goederenrechtelijke rechten worden daarbij omschreven als een (directe) rechtsverhouding tussen persoon en goed, verbintenisrechtelijke rechten als een rechtsverhouding tussen twee personen. Sommigen zien in deze omschrijving van het goederenrechtelijke recht reden tot beperking van dit recht tot bevoegdheden. De gedachte hierbij is dat slechts sprake kan zijn van verplichtingen van een persoon jegens een andere persoon (dus in het kader van een verbintenisrechtelijk recht) en niet van een goed jegens een persoon of van een persoon jegens een goed (en dus in het kader van een goederenrechtelijk recht). Gerechtigden tot een goederenrechtelijk recht zouden slechts van andere personen – álle andere personen, dus ook van andere goederenrechtelijke gerechtigden – kunnen eisen dat zij zich houden aan de algemene plicht tot eerbiediging van hun recht en zich onthouden van inbreuken op dit recht.[48] Het eigendomsrecht als meestomvattende – doch ook weer niet *alles*omvattende – recht en de overige goederenrechtelijke rechten zouden zelf geen plichten kunnen omvatten.[49] Die plichten zouden geen werkelijke beperking vormen van het hoofdrecht, eerder van de hoofdgerechtigde.

48 Vgl. in dergelijke zin bijvoorbeeld – t.a.v. de aard van de eigendom en de onmogelijkheid van verplichtingen tot een doen van een eigenaar jegens een beperkt gerechtigde – Land II (1901), p. 7.

49 In die zin Struycken, diss. 2007, p. 178 en 210.

Ik zou daar als volgt op willen reageren. Het goederenrechtelijke recht is zeker een rechtsverhouding of machtsverhouding tot een goed. Maar ligt hierin per se besloten dat die verhouding uit louter bevoegdheden moet bestaan? Dat verplichtingen eventueel slechts als onderdeel van een dergelijke verhouding mogelijk zijn indien deze als 'insnoerend' voor de bevoegdheden van de gerechtigde zijn, en zo mogelijk maar omgeformuleerd moeten worden naar een dergelijke 'insnoerende verplichting'? Mijns inziens niet. Mijns inziens impliceert bijvoorbeeld een machtsverhouding tot een zaak waartoe ook een ander een machtsverhouding heeft – hetgeen het geval is bij de vestiging van een beperkt recht op die zaak – niet alleen een *directe* verhouding met die zaak, maar óók – *via die zaak zelf* – een zekere, *indirecte* verhouding met die ander. Ook die verhouding is een uitdrukking van de verdeling van de heerschappij over de zaak tussen eigenaar en beperkt gerechtigde. En in die verhouding is het heel wel mogelijk dat er niet slechts van bevoegdheden, maar tevens van verplichtingen sprake is.[50] En dat dit geen letterlijke verplichtingen *van of jegens een goed* hoeven te zijn: het zijn verplichtingen van of jegens een andere, tot dezelfde zaak in een bepaalde machtsverhouding staande persoon in de kwaliteit van zijn specifieke machtsverhouding. Dat maakt de rechtsverhouding niet tot een verbintenisrechtelijke. Die verhouding is immers 'doordrenkt' van goederenrechtelijkheid en heeft niets te maken met een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding. De verhouding bestaat louter uit bevoegdheden en verplichtingen die op de betrokkenen rusten in hun hoedanigheden van eigenaar en beperkt gerechtigde. De verhouding die de eigenaar met de beperkt gerechtigde heeft, is niet slechts een beperking van hem als eigenaar, maar een beperking van àlle denkbare eigenaren en dus ook een beperking of belasting van de eigendom zelf.[51] De bevoegdheden en verplichtingen van

---

50 Een aanvullend argument hiervoor kan gevonden worden in het burenrecht van titel 5.4 BW. Deze titel geeft een nadere invulling van de *inhoud van het eigendomsrecht* van eigenaars van naburige erven en geeft al in zijn opschrift aan dat het hierbij om zowel bevoegdheden als verplichtingen gaat (overigens ook verplichtingen tot een doen). Deze verplichtingen maken een integraal onderdeel uit van het eigendomsrecht. In feite is dus ook de onbelaste eigendom al een samenstel van bevoegdheden én verplichtingen. Hierover wordt evenwel ook wel anders gedacht, vgl. hierover Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 121-125, evenwel niet door Meijers, zie aldaar. Ik kan me onder meer goed vinden in Meijers' bezwaren tegen een verschillende behandeling van de onderscheiden, uit het eigendomsrecht volgende bevoegdheden. Dat het burenrecht de inhoud van het eigendomsrecht nader bepaalt, en de hieruit voorvloeiende verplichtingen geen verbintenissen vormen, is ook het uitgangspunt van de wetgever, zie de algemene TM bij Titel 5.4 BW, PG Boek 5 BW, p. 175.

51 Aanvaarding van de archaïsch klassieke leer dat een zakelijke verplichting alleen zou kunnen worden verhaald op dat zakelijke recht zelf lijkt me daarvoor niet noodzakelijk. Zie in die zin reeds Maeijer: Maeijer/Smalbraak 1966, p. 19-20 met verwijzing naar de Reallast uit het BGB en p. 52-53. Maeijer vermeldt ook dat hij het al lang niet vanzelfsprekend meer vindt dat een erfdienstbaarheid slechts zou kunnen verplichten tot een negatieve wijze van gedrag en dat met de aard van de erfdienstbaarheid zoals men die in zijn tijd zag, niet langer onverenigbaar is dat haar inhoud bestaat uit een verplichting tot een doen (p. 49). Evenzo Smalbraak (p. 85). Zie eerder ook al Plantenga (Plantenga/Treurniet 1957,

eigenaar en beperkt gerechtigde zijn in die zin – aan beide zijden – *kwalitatieve* bevoegdheden en verplichtingen. Dat is inherent aan goederenrechtelijke rechten: ze hebben zaaksgevolg of *droit de suite*. Maar het zijn géén kwalitatieve *verbintenissen*. Er is geen enkele reden om dergelijke verplichtingen te verbannen naar de marge van de kwalitatieve verbintenis. Ze vormen een integraal onderdeel van het goederenrechtelijke recht. De bevoegdheden en verplichtingen van eigenaar en beperkt gerechtigde hebben tenslotte alle kenmerken van goederenrechtelijke rechten: ze rusten – wel degelijk – op een goed, ze zijn in alle opzichten absoluut,[52] ze zijn exclusief en rechten van eerdere datum hebben over het algemeen prioriteit boven rechten van later datum.

Met deze opvatting sluit ik me uitdrukkelijk *niet* aan bij de modern(er)e opvatting van het goederenrechtelijke recht waarin ook de goederenrechtelijke rechten voorgesteld worden als verhoudingen tot andere personen.[53] Mijns inziens zijn de verhoudingen met andere personen die uit goederenrechtelijke rechten volgen immers – *anders* dan die uit verbintenis – altijd herleidbaar tot de verhouding persoon-goed. Deze verhouding van persoon tot goed bestaat ook *zonder* – en ook los van – de relatie tot een andere persoon, en heeft ook zonder en los van die relatie betekenis als bron van rechten (en verplichtingen). De relatie tot een andere persoon ontstaat immers pas als het goederenrechtelijke recht bezwaard wordt met een beperkt recht of als de andere persoon een inbreuk maakt op de verhouding persoon-goed die uit het goederenrechtelijke recht volgt. Het heeft weinig nut aan de verhoudingen met andere personen een overdreven waarde toe te kennen, los van het goed in kwestie, en ze tot niet meer dan een verbintenis – zij het dan een kwalitatieve – te reduceren.[54,55] Ik sluit me hierbij dan ook aan bij De Jong, waar hij

---

p. 49), die vermeldt dat de heersende mening was dat er weliswaar sprake was van een zakelijke verhaalsrecht op het recht, doch dat daarnaast voor de erfpachter de persoonlijke verplichting bestond tot het voldoen van de canons, vervallen gedurende de tijd dat hij zakelijk gerechtigde was.

52 Zie over de absoluutheid – de inroepbaarheid tegen allen – van de tot deze verhouding behorende verplichtingen ook nog noot 54 hieronder.

53 Een veelgenoemde verdediger van dit standpunt is Planiol in zijn *Traité élémentaire de droit civil* en – in Nederland – Kisch met zijn proefschrift *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten* uit 1932. Ook de door Ginossar in zijn *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimonieux* uit 1960 en door Rank-Berenschot in haar proefschrift uit 1992 verwoorde opvatting van het beperkte recht als kwalitatief bepaald obligatoir recht ligt in deze lijn.

54 Daar komt nog bij dat dit bij een onbelaste eigendom niet tot nauwelijks mogelijk is, wil men niet verzanden in theoretische vaagheden als een 'universele passieve verbintenis' ('obligation passive universelle') om zich van een inbreuk op de eigendom te onthouden van allen jegens die eigenaar. Een echte rechtsband met een derde ontstaat voor deze eigenaar pas als die derde inbreuk maakt op eigenaars verhouding tot zijn zaak; dan pas ontstaat de daadwerkelijke mogelijkheid voor de eigenaar om zijn recht jegens de derde in te roepen. Datzelfde geldt in feite voor de verplichtingen die onderdeel uitmaken van een goederenrechtelijk recht. Ook die zijn – net als de goederenrechtelijke rechten zelf –

verdedigd heeft dat bij goederenrechtelijke rechten de relaties tot anderen een afgeleide zijn van de relatie tussen de titularis van het recht en het voorwerp waarop dat recht betrekking heeft, en als zodanig niet verder zijn te herleiden tot andere privaatrechtelijke begrippen. Hij ziet geen enkele noodzaak tot het overwinnen van de klassieke dichotomie in de privaatrechtelijke dogmatiek. De relatie tussen titularis en voorwerp, tussen persoon en goed, is een op zichzelf staande rechtsverhouding met een zelfstandige betekenis. De zelfstandige betekenis van de goederenrechtelijke rechten laat onverlet het feit dat aan die rechten – uiteraard – slechts betekenis kan toekomen in intersubjectieve verhoudingen van personen die leven onder een stelsel van privaatrecht met een overheid die handhaaft.[56]

Ook de kwalitatieve verbintenis als *ultimum remedium* voor bevoegdheden en verplichtingen die niet in de in paragraaf 7.2.1 en 7.2.2 besproken modellen en principes vallen in te passen, acht ik verre van bevredigend. Men is hierdoor gedwongen om bevoegdheden en verplichtingen die veelal overduidelijk tot de kern van een beperkt recht behoren, naar de schemergebied tussen goederen- en verbintenissenrecht te verbannen. Daarmee maakt deze 'oplossing' een groot onderscheid tussen de verschillende bevoegdheden en verplichtingen die bij de vestiging van een beperkt recht op hoofd- en beperkt gerechtigde gelegd (kunnen) worden – ook als deze uitdrukkelijk door de wet als basisregeling worden gegeven of bij de vestiging worden toegelaten – en geeft zij de onderscheiden bevoegdheden en verplichtingen die aan de kern van het beperkte recht in kwestie raken een totaal verschillende status.

Voor zover het idee van de hulpconstructie van de kwalitatieve verbintenis gecreëerd zou zijn met de intentie om het onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht zuiver te houden, acht ik deze opzet niet erg geslaagd. Door de introductie van de kwalitatieve verbintenis wordt het schemergebied tussen goederen- en verbintenissenrecht eerder opgerekt dan verkleind. Veel zuiverder komt het mij voor om de verschillende onderdelen van het beperkte recht ook als zodanig te behandelen en niet sommige delen ervan te kwalificeren als – in feite – neerkomende op verbintenissen. Mijns inziens bestaat daarbij geen doorslaggevend principieel bezwaar tegen het bestaan van goederenrechtelijke verplichtingen, ook niet die tot een doen.

---

in theorie jegens eenieder in te roepen, maar een echte rechtsband met een derde ontstaat pas als die derde bloot eigenaar of beperktgerechtigde is geworden; dan pas ontstaat de daadwerkelijke mogelijkheid om deze derde aan de verplichting in kwestie te houden.

55 Het feit dat enkele of zelfs de meeste van de beperkte rechten waarschijnlijk hun oorsprong vinden in verbintenisrechtelijke verhoudingen (vgl. Dernburg, Pandekten I (1894), p. 453) is geen reden om ze nog steeds als zodanig te beschouwen en doet niet af aan het feit dat deze rechten in de loop van de geschiedenis – vrij vroeg al in de rechtsgeschiedenis – een duidelijk apart en fundamenteel ander karakter hebben gekregen.

56 De Jong, *GROM* XXII (2005), m.n. p. 33 en 46-47.

In mijn afwijzing van de oude, beperkende modellen en principes ten aanzien van de constructie en mogelijke inhoud van beperkte rechten sta ik overigens niet alleen. Ook de wetgever heeft zich in de parlementaire geschiedenis vrij expliciet uitgelaten over de houdbaarheid van de consequenties van afsplitsings- en afspiegelingsmodellen en de toepasselijkheid van beginselen als het aftrekprincipe. Volgens de wetgever dwingen de wettelijke bepalingen – ook die van 3:8 en 3:81 BW – niet tot aanname van een dergelijk principe:

> "[Verduidelijkt wordt] dat de verplichting tot dulden of niet doen niet verder wordt beperkt dan in dit en het vorige artikel [bedoeld worden de artikelen 5:70 en 71 BW, *AFM*] is aangegeven. In het nieuwe wetboek, met name in de onderhavige titel, wordt dus niet de leer gehuldigd, verdedigd door Van Opstall, W.P.N.R. 4717 e.v., die aanneemt dat beperkte zakelijke rechten, waaronder ook erfdienstbaarheden, slechts tot inhoud kunnen hebben bevoegdheden die, ware de zaak niet met het zakelijk recht belast, (geheel) aan de eigenaar zouden toekomen.
>
> Ook in het hierna nog te bespreken nieuwe lid 2 van het onderhavige artikel [artikel 5:71 lid 2 BW, *AFM*] wordt deze leer verworpen. De ondergetekende vestigt er nog de aandacht op dat aan Boek 3 geen argument voor het tegendeel te ontlenen valt. Met name staat de omstandigheid dat een beperkt recht ingevolge artikel 3.1.1.7 [artikel 3:8 BW, *AFM*] "uit een meer omvattend recht is afgeleid" en dat dit recht volgens artikel 3.4.1.2 lid 1 [artikel 3:81 lid 1 BW, *AFM*] gevestigd moet zijn "binnen de grenzen" van het recht waarop het rust, niet in de weg aan het vestigen van erfdienstbaarheden die bevoegdheden verschaffen, waarvan men niet kan zeggen dat zij anders bevoegdheden van de eigenaar zouden zijn geweest, uiteraard mits degene die de erfdienstbaarheid vestigt, maar bevoegd is als eigenaar of uit hoofde van artikel 5.6.10 [artikel 5:84 BW, *AFM*] over de zaak te beschikken. Zoals ook bij lid 2 nog ter sprake zal komen, heeft de praktijk aan deze ruime opzet van het recht van erfdienstbaarheid behoefte, nog daargelaten dat blijkens de beschouwingen van Van Opstall een beperking als door hem voorgestaan tot weinig heldere onderscheidingen zou leiden."[57]

Deze keuze van de wetgever – die aan duidelijkheid weinig te wensen overlaat – houdt in een afwijzing van de leer van Van Opstall, van het aftrekprincipe en, zo mag men aannemen, van de hierop (sterk) gelijkende principes die tot een vergelijkbaar resultaat leiden.[58] Deze principes leiden volgens de wetgever tot "weinig heldere onderscheidingen". Na al het voorgaande zal men begrijpen dat ik mij bij deze mening zeer wel kan aansluiten. De keuze van de wetgever wordt gedaan in een toelichting op de bepalingen van de erfdienstbaarheid – maar uitdrukkelijk *niet alleen voor erfdienstbaarheden* (!) – en in het kader van bepalingen die ook verplichtingen tot een doen toelaten, zelfs als *zelfstandige* inhoud van een erfdienstbaarheid. Ook de algemene bepalingen over de constructie en vestiging van beperkte rechten uit Boek 3

57 MvA II (1972) bij art. 5:71 BW, PG Boek 5, p. 257-258.

58 Zie over de ondeugdelijkheid van Struyckens weerlegging van de stellingname van de wetgever in deze hierboven noot 30.

BW worden erbij betrokken en daarbij wordt aangegeven dat de bewoordingen van artikel 3:8 en 3:81 BW omtrent de 'meeromvattendheid' van het moederrecht – zoals hierboven reeds betoogd – geen belemmering vormen voor de afwijzing van modellen en principes die ertoe leiden dat slechts *bevoegdheden* onderdeel kunnen uitmaken van het goederenrechtelijke recht, en dan nog wel bevoegdheden waarvan gezegd kan worden dat zij anders bevoegdheden van de eigenaar zouden zijn geweest. In het geval van artikel 5:71 BW gaat het dan om bevoegdheden van de beperkt gerechtigde die de eigenaar van het dienende erf tot bepaalde verplichtingen tot een doen dwingen.

Dat de wetgever deze keuze maakt in het kader van de erfdienstbaarheden is des te opmerkelijker aangezien juist de erfdienstbaarheid altijd het beperkte recht is geweest waarbij de beperking van de inhoud van de last tot een dulden of niet-doen als enige uitdrukkelijk werd vermeld.[59] Dergelijke lasten tot een dulden of niet-doen komen aan de zijde van de beperkt gerechtigde neer op bevoegdheden om iets te doen of iets te verbieden, bevoegdheden die ook karakteristiek zijn voor de inhoud van het eigendomsrecht waarop de erfdienstbaarheid rust. Dat nu juist *hier* verplichtingen tot een doen voor de eigenaar worden toegelaten – verplichtingen die aan de zijde van de beperkt gerechtigde neerkomen op bevoegdheden tot het vorderen van een actief handelen, bevoegdheden die de eigenaar van de zaak voor de vestiging van de erfdienstbaarheid nooit jegens iemand heeft gehad – is dan ook veelzeggend. In dit kader komt het ook niet erg overtuigend over te (blijven) beweren dat het adagium dat van oudsher voor erfdienstbaarheden gold – *servitus in faciendo consistere nequit, sed tantummodo in patiendo aut in non faciendo*[60] – voor het beperkte recht in algemene zin geldig zou zijn.[61] Kort gezegd houdt het adagium in dat een erfdienstbaarheid slechts uit een verplichting tot een dulden of niet-doen, en niet uit een verplichting tot een doen kan bestaan. Nu echter juist de erfdienstbaarheid het terrein is geweest waar de wetgever deze regel uitdrukkelijk heeft afgewezen, kan die regel mijns inziens zeker geen argument

59 Men vergelijke reeds het adagium *servitus in faciendo consistere nequit, sed tantummodo in patiendo aut in non faciendo*, dat is gebaseerd op de Digestentekst van D. 8,1,15,1 *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* De aard der erfdienstbaarheden is niet zodanig, dat iemand iets moet doen, bijv. een groenvoorziening aanleggen of voor een aangenamer uitzicht zorgen, of erop gericht dat hij op eigen terrein schilderwerken uitvoert, maar wel dat hij iets moet dulden of nalaten. (De vertaling is ontleend aan Spruit c.s. II (1994).) Op dit adagium werden overigens in het Romeinse recht al uitzonderingen toegelaten, in de vorm van een *servitus oneris ferendi.* Inmiddels behoren overigens vrijwel alle lasten die de Digestentekst noemt als voorbeelden van lasten die niet als erfdienstbaarheid kunnen gelden, wél tot de mogelijkheden.

60 Zie hierover de vorige noot.

61 Aldus wel Struycken, diss. 2007, p. 413. Het stuk uit de parlementaire geschiedenis waarnaar hij hiervoor verwijst, gaat slechts over de mogelijke inhoud van de kwalitatieve verplichtingen van art. 6:252 BW, niet over die van erfdienstbaarheden en zeker niet over die van andere beperkte rechten.

meer vormen voor de beperking van de inhoud van andere beperkte rechten. Als hier al de beperkingen worden opgeheven, en zelfs verplichtingen tot een doen niet meer zijn uitgesloten als onderdeel van een goederenrechtelijk recht, dan is dat overal goed denkbaar. Zo ook de wetgever, die in de hierboven geciteerde tekst de leer van Van Opstall afwijst voor *met name* de titel van de erfdienstbaarheid, maar óók voor het nieuwe wetboek in het algemeen.

Zo mogelijk nog explicieter wordt de wetgever in zijn toelichting op de regeling van de kwalitatieve verplichting van artikel 6:252 BW. Hij vermeldt hier het volgende:

> "Tenslotte meent de ondergetekende er ter vermijding van misverstand nog op te moeten wijzen dat artikel 6.5.3.4 [artikel 6:252 BW, *AFM*] niet mag worden gezien als de opvolger van de regel dat partijen beperkte rechten als erfpacht, vruchtgebruik en erfdienstbaarheden binnen bepaalde grenzen zelf kunnen vormen door bij de vestiging bijkomende verplichtingen (soms: verbintenissen) op zich te nemen, die dan *onderdeel van het recht* uitmaken. Deze mogelijkheid blijft ook in het nieuwe wetboek bestaan; men zie de memorie van antwoord betreffende Boek 5."[62] (cursivering toegevoegd)

Een aantal zaken valt op. Ten eerste wordt hier nogmaals duidelijk dat de leer van Van Opstall ook ten aanzien van andere beperkte rechten dan de erfdienstbaarheid – genoemd worden hier erfpacht en vruchtgebruik – wordt afgewezen. Ten tweede wordt nog eens heel expliciet vermeld dat de verplichtingen waarvan het mogelijk is die aan een beperkt gerechtigde of hoofdgerechtigde op te leggen, wel degelijk *onderdeel van het desbetreffende recht* worden, en dus geen aan het recht klevende kwalitatieve verbintenissen.[63] Dit geldt

62 MvA II (1976) bij art. 6:252 BW, PG Boek 6, p. 945.

63 Het enige geval waarin de wetgever wél kiest voor de oplossing van de kwalitatieve verbintenis is bij de canonverplichting van de erfpachter, zie MvA II (1972) bij artikel 5:85 BW, PG Boek 5 BW, p. 302. Duidelijk wordt hierbij echter dat deze keuze niet gemaakt werd omdat de canonverplichting niet denkbaar zou zijn als onderdeel van de erfpacht (zie ook noot 40 hierboven), maar omdat zij als zakelijke verplichting bepaalde rechtsgevolgen zou hebben die door de wetgever niet gewenst werden geacht, nl. dat in dat geval na overdracht van het erfpachtrecht de oorspronkelijke erfpachter niet aansprakelijk zou zijn voor de termijnen van de canon die tijdens de duur van zijn genot opeisbaar zijn geworden (zie hierover echter noot 51 hierboven) en/of dat hierdoor de mogelijkheid van de erfpachter om een hypotheek op de erfpacht te vestigen zou kunnen worden belemmerd. Bovendien vond de wetgever dat dit een uitvoerige wettelijke regeling zou vereisen. Overigens vermeldt het VV II (1961) bij artikel 5:85 BW, PG Boek 5 BW, p. 300-301 dat op de Vergadering van de Broederschap van Notarissen van 22-9-1955 prof. Versteeg betoogd heeft dat men het er in grote meerderheid over eens is geworden dat speciaal bij het erfpachtrecht sprake is van een zakelijke last en *tevens* van de mogelijkheid van verhaal op het gehele vermogen van de schuldenaar. Volgens hem leidt de canonverplichting als een dergelijke zakelijke last ook tot een praktischer regeling. De commissie volgde hem in dit oordeel, maar niet de wetgever. In ieder geval acht ik geen aanleiding aanwezig in de behandeling van de canonverplichting door de wetgever in de PG om de kwalificatie

uiteraard zowel voor verplichtingen die op de hoofdgerechtigde komen te rusten – zoals met name die van artikel 5:71 BW uit het zojuist besproken citaat – als voor verplichtingen die op de beperkt gerechtigde komen te rusten. Onterecht is in dit verband wat mij betreft dan ook de opmerking van Struycken dat de in het citaat gebruikte woorden "onderdeel van het recht" gezien de context gelezen moet worden als enkel 'onderdeel van het *beperkte recht*', maar dat deze – volgens Struycken kennelijk onvermijdelijke – conclusie weer niet goed strookt met de aan de orde zijnde verplichtingen voor de *hoofdgerechtigde* die de regeling van artikel 6:252 BW en die van de erfdienstbaarheid mogelijk maken.[64] Het gaat blijkens het citaat overigens duidelijk niet alleen over de erfdienstbaarheid, maar ook om andere rechten zoals de erfpacht en het vruchtgebruik, waar wel degelijk sprake kan zijn van verplichtingen van de beperkt gerechtigde. Voorts zijn ook in de regeling van de erfdienstbaarheid verplichtingen voor de beperkt gerechtigde denkbaar (zie bijvoorbeeld de onderhoudsplicht van artikel 5:75 lid 3 BW). Maar belangrijker nog is dat het blijkens het citaat gaat om de regel dat "*partijen* [meervoud!] beperkte rechten zelf kunnen vormen door bij de vestiging bijkomende verplichtingen *op zich* te nemen, die dan onderdeel van het recht uitmaken". Hierbij geldt bovendien dat een verplichting van een eigenaar niet alleen onderdeel van de eigendom uitmaakt, maar met haar keerzijde – de bevoegdheid van de beperkt gerechtigde de uitvoering van de verplichting te vorderen – óók deel uitmaakt van het beperkte recht.[65]

Ten slotte valt op dat de wetgever hier nog aangeeft dat de door hem bedoelde regel géén radicale breuk inhoudt met het verleden, maar dat het gaat om het voortbestaan van een mogelijkheid die ook in het oud BW reeds bestond.[66]

---

van deze verplichting als een indicatie op te vatten van het algemene stelsel van het nieuwe goederenrecht, zoals Struycken in ieder geval sterk suggereert (diss. 2007, p. 442 e.v.). Opmerkelijk (en verwarrend) hierbij is dat hij de canonverplichting óók als zakelijke verplichting blijft zien (idem, p. 442).

64 Struycken, diss. 2007, p. 410.

65 Ook onterecht acht ik zijn opmerkingen terzelfder plaatse dat enigszins mysterieus is wat de bron is voor de veronderstelde regel dat partijen beperkte rechten zelf kunnen aanvullen door bijkomende verplichtingen op zich te nemen, die dan onderdeel gaan uitmaken van het beperkte recht en dat onduidelijk is naar welke passage in de MvA boek 5 is bedoeld te verwijzen. Die bron en passage kan immers eenvoudig gevonden worden in MvA II (1972) bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p.14 in verband met de TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.

66 Vonck, *WPNR 6717* (2007), p. 598 vermeldt nog het ontwerpartikel over erfpacht uit het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van J.M. Kemper uit 1816, waarin ook al genoemd wordt dat "de bevoegdheid, of de verplichting van den erfpachter om deze of gene daad te verrigten of na te laten […] al mede bij de uitgifte geregeld [kunnen] worden." Volgens hem bestond tegen deze bepaling – anders dan tegen de gehele regeling van Kemper – geen bezwaar en is het onwaarschijnlijk dat met het latere art. 782 oud BW een beperktere vrijheid is beoogd.

7.3 WAAROM HEBBEN WE GRENZEN AAN DE INHOUD VAN BEPERKTE RECHTEN NODIG?

Het uitgangspunt staat inmiddels vast: *in beginsel* bestaan er geen belemmeringen voor het opnemen van verplichtingen, ook niet die tot een doen, in het beperkte recht. Die belemmeringen hoeven in ieder geval *niet* voort te vloeien uit de constructie van het goederenrechtelijk recht in het algemeen of het beperkt recht in het bijzonder. Dat wil echter nog niet zeggen dat er geen andere – meer pragmatische – belemmeringen kunnen zijn voor het opnemen van elke denkbare bevoegdheid of verplichting in het beperkte recht. Ook in het stelsel van de hierboven besproken parlementaire geschiedenis en van de jurisprudentie is de mogelijke inhoud van het beperkte recht immers niet onbegrensd. De vraag is dan: als ze niet per se volgen uit de constructie van het beperkte recht, waar komen de grenzen aan de mogelijke inhoud van het beperkte recht dan vandaan? Anders gezegd: zijn er andere redenen om de inhoud van beperkte rechten te beperken?

7.3.1 Horigheden en de Franse revolutie

Een belangrijke oorzaak van het feit dat we tegenwoordig in continentaal Europa de mogelijke inhoud van goederenrechtelijk werkende rechten beperken is gelegen in de periode die voorafging aan de Franse revolutie en in de toenmalige feodale standenmaatschappij. In de middeleeuwse praktijk van het onroerend goed waren verplichtingen van boeren, die stukken grond in gebruik hadden van hun heren, immers schering en inslag. Het ging hierbij vaak ook om verplichtingen tot een doen. Verplichtingen tot het betalen van periodieke geldbedragen of het periodiek verschaffen van producten – bijvoorbeeld het steeds moeten afstaan van een bepaald deel van de oogst of opbrengst van het land – tot het verrichten van periodieke hand- en spandiensten, waaronder bijvoorbeeld zelfs het bijstaan van de landheer in tijden van oorlog.[67] Ze leidden hierdoor soms een bestaan in een vorm van horigheid die de slavernij dicht naderde, de zogenaamde lijfeigenschap. Ze waren in ieder geval sterk gebonden aan de grond die ze in gebruik hadden en konden er niet zomaar voor kiezen de grond over te dragen aan een ander en/of te vertrekken. De relatie tussen horige en heer kon niet eenzijdig worden opgezegd en ging ook vaak over van generatie op generatie. Zo kwam het dat velen aan de onderzijde van de samenleving overerfelijke, generaties omspannende verplichtingen hadden tot het verrichten van (rechts)handelingen en knellende herendiensten ten behoeve van maatschappelijk geprivilegieerden.[68] De aan het oude adagium van de Romeinse juristen *servitus in faciendo consistere nequit*

67 Vgl. Spruit 2003, p. 216-217.
68 Idem.

ten grondslag liggende gedachte, was hier – op zeer radicale wijze – losgelaten.[69] Een dergelijke situatie leidt natuurlijk – zo ziet men het althans tegenwoordig meestal – tot ongewenste gevolgen, niet alleen voor de horigen in kwestie, maar ook voor de economie in haar geheel. In Frankrijk verdween weliswaar de echte landgebonden horigheid aan het einde van de middeleeuwen, maar het verwerven van een stukje land kwam ook daarna nog vaak met een grote hoeveelheid daaraan verbonden verplichtingen, die nog altijd tot een soort economische horigheid leidden.

De Franse revolutie kan in belangrijke mate gezien worden als een reactie op deze 'horigheid' van (een groot deel van) het volk aan adel en geestelijkheid en op de nog altijd in sterke mate feodale standenmaatschappij van het *Ancien Régime*. Het feodale stelsel van privileges werd afgeschaft en een grondwet ingevoerd. De afschuw van de feodale standenmaatschappij en ook de angst voor een eventuele terugkeer hiervan zaten echter diep en toen – onder Napoleon – de *Code civil* werd opgesteld, kwam ook hierin tot uitdrukking dat men voor eens en altijd korte metten wilde maken met horigheden en alles wat de zweem van horigheden om zich had. De oude feodale rechtsverhoudingen werden langzamerhand ingeruild voor een 'nieuw' (op het Romeinse recht gebaseerd) eigendomsbegrip dat vooral door de Historische School en later de Pandektistiek werd ontwikkeld. Dit eigendomsbegrip werd – naast het zojuist genoemde Romeinse adagium – wel gebruikt ter ondersteuning van de afschaffing van horigheden en als argument tegen het bestaan van zakelijke verplichtingen tot een doen.[70] Ook het recht van erfpacht kreeg in het Frankrijk na de revolutie een slechte naam. Het werd sterk geassocieerd met het *Ancien Régime* en daarom werd met de afschaffing van het feodale systeem ook het recht van erfpacht afgeschaft. Pas in 1902 werd erfpacht formeel weer erkend en in de *Code rural* opgenomen.[71]

Deze angst is van Frankrijk ook tot in Nederland doorgedrongen.[72,73] Deels gebeurde dat via België, dat zoals bekend nog tot 1830 tot het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden behoorde en een zeer sterk op het Franse recht geënt privaatrecht kende en nog steeds kent. In België worden erfpacht en opstal

69 Aldus Spruit 2003, t.a.p.

70 Vgl. Struycken, diss. 2007, p. 198-199.

71 Zie hierover Akkermans 2008, p. 133. Ook het opstalrecht wordt in de *Code civil* niet uitdrukkelijk als beperkt recht geregeld. Zie voorts nog over de afkeer van feodaliteit en daarmee ook van erfpacht en opstal in Frankrijk en Duitsland: Zwalve, *MvV* 2008/9, p. 200-201.

72 In Nederland werden met de Staatsregeling van 1798 de heerlijke rechten afgeschaft, maar na de herkregen onafhankelijkheid van Frankrijk werden ze door Koning Willem I in 1814 weer hersteld. Onder het BW van 1838 bleven ze gehandhaafd; in (veel) later tijden zijn verschillende ervan alsnog afgeschaft.

73 Vgl. de verwijzingen naar feodaliteit en leenstelsel in Voorduin III (1838), p. 492, 508, 534-535 en 547-548. Zie voorts art. 721 lid 2 BW (oud), dat bepaalt dat de erfdienstbaarheid "noch

dan ook nog altijd separaat geregeld door twee van het Burgerlijk Wetboek losstaande wetten van 10 januari 1824, afkomstig uit de tijd van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden.[74] Vóór 1830 hadden we ons, samen met de Belgen, al gezet aan het ontwerpen van een Nederlands Burgerlijk Wetboek, dat, onder meer door die Belgen, onder een sterke Franse invloed gebeurde. Deels kwam het ook door de invloed die de Fransen zelf, onder Napoleon, hier te lande hadden achtergelaten, zoals het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland* van 1809 – niet zo heel veel meer dan een iets op Nederland aangepaste vertaling van de *Code civil*[75] – en vanaf 1811 de *Code civil* zelf. In het traject van het ontwerp van een Nederlands Burgerlijk Wetboek – uiteindelijk zonder de Belgen afgerond – waarschuwde het Belgische Tweede Kamerlid Geelhand della Faille ons evenwel al dat we niet te bang moesten zijn voor herleving van het leenstelsel:

> "Ik schroom noch het geschreeuw der menigte, noch den invloed van het Gezag, noch de schrikbeelden waarmede men ons vrees aanjaagt. Onder een zo krachtig geconstitueerd Gouvernement als het onze, het liberaalste, dat in Europa bestaat, heb ik geenszins het herstel der Tienden of de herleving van het Leenstelsel te duchten; onder een dergelijk Gouvernement, is het niet redelijk, zulk een vrees te koesteren… Wij kunnen tegen alle inbreuk van Leenroerigheid gerust zijn."[76]

De angst voor horigheden is echter ook nog terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van het huidig BW.[77] In de Toelichting Meijers bij de nieuwe bepaling van artikel 6:252 BW wordt vermeld:

> "Alleen verplichtingen om iets te dulden of niet te doen kunnen krachtens het onderhavige artikel tot kwalitatieve verplichtingen worden gemaakt. Het verbinden van andere verplichtingen aan het recht op een goed dient niet te worden aange-

---

ten laste, noch ten behoeve van eenen persoon, daargesteld [mag] worden." Ook art. 723 BW (oud) ("Erfdienstbaarheid geeft geenen voorrang aan het eene erf boven het andere.") heeft slechts een historische betekenis "om alle denkbeeld van leenroerigheid voor te komen" (Voorduin III (1838), p. 492; vgl. hierover Opzoomer III (1876), p. 401 noot 1, die zelf overigens weinig dreiging van horigheden vreest).

74 *Stb*. 1824, 13 en 14.

75 In dit wetboek was overigens wel een regeling van erfpacht en van opstal opgenomen.

76 Voorduin III (1838), p. 508. Zie hierover ook Huijgen in Van Velten e.a. 1995, p. 157-158, die toch wat meer vrees heeft voor een modern soort 'horigheid'. Vgl. voorts Voorduin III (1838), p. 534-535, over het bezwaar tegen de term 'tienden': "Men heeft bij de herziening van dezen Titel geene overwegende reden gevonden, om de zaak niet bij haren waren naam te noemen, daar toch het bedingen van tienden, of wel eene gift of legaat onder een bezwaar van dien aard, niets bevat, dat tegen de goede zeden, of de openbare orde strijdt, en een ieder het regt behoort te hebben, om over zijn eigendom in diervoege te beschikken als hem goeddunkt, mits hij de regten van derden niet verkorte."

77 En in de bepaling van art. 1:1 lid 2 BW: "Persoonlijke dienstbaarheden, van welke aard of onder welke benaming ook, worden niet geduld." Een vergelijkbare bepaling bestond reeds onder oud BW, art. 2 lid 2 BW (oud), waarin echter ook slavernij nog expliciet werd vermeld.

> moedigd; evenals bij de erfdienstbaarheden moet ervoor worden gewaakt dat de verplichtingen niet op een nieuwe vorm van horigheid gaan gelijken."[78]

Erg veel angst dat verplichtingen tot een doen bij de erfdienstbaarheden tot een nieuwe vorm van horigheden of een te grote belasting van stukken grond zouden leiden, heeft de wetgever overigens niet:

> "De ondergetekende is van mening dat tegen de toelaatbaarheid van dergelijke bedingen in de vorm van een erfdienstbaarheid geen ernstige bezwaren bestaan. Tegen het gevaar dat zij op den duur een te grote belasting van het betrokken erf zouden gaan vormen, waakt artikel 8 [artikel 5:78 BW (zie voorts de toegevoegde artikelen 5.6.8a-c / 5:79-82), *AFM*] dat onder de daar genoemde omstandigheden wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid mogelijk maakt."[79]

Het gevaar van een te grote belasting – en (daarmee) ook van een eventuele economische belemmeringen, zoals die in verhandelbaarheid van het betrokken goed[80] – wordt volgens de wetgever bij erfdienstbaarheden dus beteugeld door de mogelijkheden tot opheffing en wijziging van de erfdienstbaarheid.[81] Dergelijke mogelijkheden bestaan ook bij erfpacht en opstal (artikel 5:97 evt. jo. 104 BW) en bij de kwalitatieve verplichting van artikel 6:252 BW (artikel 6:259 BW).[82] Bij vruchtgebruik en pand- en hypotheekrecht zal aan een dergelijke bepaling vermoedelijk minder behoefte zijn geweest. Vruchtgebruik eindigt immers altijd met de dood van de vruchtgebruiker en pand- en hypotheekrecht bij betaling van de vordering waaraan ze zijn verbonden.[83] De vrije verhandel-

---

78 TM bij art. 6:252 BW, PG Boek 6 BW, p. 936.

79 MvA II (1972) bij art. 5:71 BW, PG Boek 5, p. 258.

80 Struycken (diss. 2007, par. 5.3 en 5.4) bespreekt overigens enkele rechtseconomische artikelen over de *numerus clausus*. Rudden zet ook in rechtseconomisch opzicht vele vraagtekens bij het nut van de *numerus clausus* en met name van de beperkingen aan het geven van goederenrechtelijke status aan verplichtingen tot een doen. Ik ben het met hem eens dat verplichtingen tot een doen ook een heel nuttige rol kunnen spelen in het maatschappelijk en economisch verkeer. Merrill en Smith leggen meer de nadruk op de positieve economische kant van de *numerus clausus*, waarover Hansmann en Kraakman dan weer kritisch zijn. De rechtseconomische meerwaarde van de *numerus clausus* lijkt kortom zeker niet vast te staan. Meer over (o.a.) rechtseconomische argumenten bij de *numerus clausus* kan men nog vinden in Struycken 2011.

81 Dat is zelfs het algemene, nieuwe systeem van het Amerikaans federale erfdienstbaarhedenrecht geworden, dat een geheel open stelsel van erfdienstbaarheden kent met (veel) rechterlijke correctie achteraf (van 'ex ante, categorial, control' naar 'ex post, remedial, control'). Zie hierover Van Erp 2004, p. 159-161 en French 2006, 109-116.

82 Bij de (speciale) beperkte rechten op intellectuele eigendomsrechten is een dergelijke grote en economisch zwaarwegende belasting ook niet zo'n groot gevaar, nu het hier bijna steeds om rechten gaat met een beperkte duur.

83 Zie t.a.v. het vruchtgebruik ook nog de mogelijkheid tot het doen van afstand o.g.v. art. 5:224 BW.

baarheid van rechten van vruchtgebruik en met pand- of hypotheekrecht belaste goederen zal voorts toch al niet erg groot zijn.[84]

Er moeten, kortom, zeker enige grenzen gesteld worden aan de lasten die aan grond of andere goederen kunnen worden gekoppeld door middel van beperkte rechten, zodat deze niet tot een soort horigheden of economisch te zwaar belaste gronden en goederen zullen leiden, maar ik ben wel van mening dat er beduidend minder reden tot angst voor het ontstaan van nieuwe 'horigheden' hoeft te bestaan in de huidige tijd dan in de tijd van de Franse revolutie.[85] De uit deze angst voortvloeiende beperkingen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten in de oude modellen en principes zijn wat mij betreft dan inmiddels ook enigszins achterhaald.[86,87]

84 Overigens kunnen ook kettingbedingen – zeker in combinatie met de huidige tuchtrechtelijke eisen die aan notarissen worden gesteld – zware en moeilijk ontkoombare belastingen vormen op onroerende zaken. In dergelijke zin ook Van Oostrom-Streep, diss. 2006, par. 3.6.4 en 3.6.1-3.6.2 en recenter nog *WPNR 6930* (2012), p. 361-368. Zie voorts nog de TM bij art. 6:252 BW, PG Boek 6 BW, p. 936.

85 Ook de nog uit deze (en later) tijd stammende oude zakelijke rechten (oude heerlijke rechten daaronder begrepen) zijn inmiddels – of in ieder geval binnen zeer korte tijd – (grotendeels) verdwenen, of spelen een (zeer) geringe rol in het rechtsverkeer. Over deze rechten: F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, diss. Leiden 1978. De beperkte rechten die nu nog gevestigd kunnen worden stammen allemaal af van Romeinsrechtelijke voorouders.

86 Medestanders in de relativering van de angst voor horigheden, vind ik onder meer in in Van Velten 2012, p. 715; Maeijer (Maeijer/Smalbraak 1966, p. 17) – die de vrees dat door servituten om te doen het feodale tijdperk zou kunnen herleven ongegrond acht indien men door een nader te bepalen objectief verband met het dienende erf te eisen dergelijke erfdienstbaarheden slechts op beperkte schaal zou toelaten – Smalbraak (Idem, p. 91-92) – die het met de slavernij en horigheid nog al mee vindt vallen, de psychologische druk hoger acht dan de economische, en de grens tussen doen en niet-doen niet scherp te trekken – en Van Oostrom (Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 218-219) – die de angst voor terugkeer van feodale verhoudingen enigszins overtrokken vindt, en pleit voor een uitbreiding van de inhoud van de kwalitatieve verplichting tot verplichtingen tot een doen. Zie voorts nog uitgebreid Struycken, diss. 2007, par. 3.5.3.2.

87 Waar wel reden tot vrees voor is, is voor een te grote machtspositie van marktpartijen, en daarbij denk ik met name aan overheden bij bijvoorbeeld de uitgifte van grond in erfpacht. Mijns inziens moet een dergelijke situatie echter niet worden aangepakt door een integraal 'verbod' op verplichtingen tot een doen als inhoud van beperkte rechten voor alle (mogelijke) soorten partijen. Eerder zou de inperking van een te grote marktpositie van overheden moeten plaatsvinden op het terrein van de partijen waar deze problemen spelen zelf: door in het *publiekrecht* strenge(re) eisen te stellen aan die overheden bij het verrichten van dit soort privaatrechtelijke rechtshandelingen. Hierover meer verderop in par. 7.3.4 en in par. 7.4.2. En daarnaast evt. door middel van de leerstukken van de redelijkheid en billijkheid, onvoorziene omstandigheden, misbruik van bevoegdheid en de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW. Zie hierover uitgebreid Huijgen in Van Velten e.a. 1995, p. 158-163.

7.3.2 Rechtszekerheid, derdenwerking, kenbaarheid en kosten

Een veelgehoord bezwaar tegen de toelating van (meer) verplichtingen tot een doen als onderdeel van goederenrechtelijke rechten is het gevaar dat rechtsopvolgers hierdoor belast zouden kunnen worden met verplichtingen tot een doen waarvan ze het bestaan niet kenden of hoefden te kennen, en waarmee ze niet hebben ingestemd. Ik heb dit altijd een vrij merkwaardig bezwaar gevonden. Ten eerste kunnen rechtsopvolgers evengoed belast worden met verplichtingen tot een dulden of niet-doen waarvan ze niet op de hoogte waren. Over het algemeen wordt een dergelijke verplichting kennelijk als (veel) minder belastend ervaren, maar het kan natuurlijk heel goed zijn dat een verplichting om iets te dulden of iets niet te doen ten aanzien van zijn goed juist buitengewoon belastend zal zijn voor de gerechtigde. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de verplichting tot een dulden op grond waarvan de naburige boer bevoegd is elke ochtend om 6.00 uur met zijn tractor over het pad langs je slaapkamer te rijden. Of de verplichting tot een niet-doen waarbij het een eigenaar verboden wordt op zijn onroerende zaak ook maar enige economische activiteit te ontplooien. Voorts worden ook in het burenrecht allerlei verplichtingen, ook tot een doen, op eigenaren van naburige erven gelegd.[88] Het is heel goed mogelijk dat rechtsopvolgers ook van deze verplichtingen slecht op de hoogte waren en hiertoe derhalve verplicht raakten zonder daarmee te hebben ingestemd. Hetzelfde geldt voor de verplichtingen die bij de vestiging van een beperkt recht door de wet *van rechtswege* worden gelegd op hoofd- en beperkt gerechtigde. Een uitdrukkelijke instemming of zelfs het op de hoogte zijn van het bestaan van deze verplichtingen is geen voorwaarde voor het feit dat ze op de betrokkene zullen komen te rusten.

Bovendien moet bij een groot deel van de goederen die met beperkte rechten belast worden – de registergoederen – de betreffende verplichting, om onderdeel van het goederenrechtelijke recht op deze goederen uit te kunnen maken, in een notariële akte worden opgenomen en in de openbare registers worden ingeschreven, waardoor ze per definitie kenbaar zijn voor derden.[89] Er is hier dan ook geen enkele reden om aan te nemen dat iemand verplicht wordt tot van alles en nog wat zonder dat hij dit van tevoren behoef-

88 Vgl. bijv. de verplichting tot meewerking aan en bijdrage in de kosten van afpaling (art. 5:46 BW) of de oprichting van een scheidsmuur (art. 5:49 BW), de verplichting tot inrichting van de afdekking van gebouwen en werken op zodanige wijze dat daarvan het water niet op eens anders erf afloopt (art. 5:52), de verplichting ervoor te zorgen dat geen water of vuilnis van zijn erf in de goot van eens anders erf komt (art. 5:53 BW) en de verplichting om het gevaar van instorting te keren (art. 5:55 BW).

89 Vgl. in dit verband Vonck, *WPNR 6717* (2007), p. 601, die er hier voor pleit te onderzoeken of de kern van individuele erfpachtverhoudingen nog beter kenbaar gemaakt kan worden, bijvoorbeeld door kernelementen als grondbestemming, duur van de erfpacht, hoogte van de canon en herzieningsdata van de canon behalve in de openbare registers ook in de kadastrale registratie kenbaar te maken.

de te weten of had kunnen weten. Dat een koper van een registergoed zich vooraf beter op de hoogte doet stellen van de juridische eigenschappen van het goed, is niet minder logisch dan dat hij dat doet ten aanzien van de feitelijke eigenschappen. Het grote voordeel is bovendien nog dat bij de levering van registergoederen een notaris betrokken zal zijn en men er derhalve vanuit mag gaan dat de verplichtingen die men op zich zal nemen niet alleen in de registers staan ingeschreven en men ze daarom zal *kunnen* kennen, maar óók dat deze registers daadwerkelijk geraadpleegd zullen worden door de betrokken notaris en de betrokkene er dus ook daadwerkelijk van op de hoogte geraakt.[90] De angst voor rechtsonzekerheid en voor een onverwachte belasting met allerlei verplichtingen die men zelf niet heeft gekend en niet heeft aanvaard, lijkt in dat licht onterecht te zijn.[91]

De eventuele kosten van het opzetten van een registratiesysteem en de moeite en kosten om bij dat systeem grondiger onderzoek te doen (*information* and *transaction costs*) zullen naar mijn inschatting in dit geval ook geen belemmerende invloed hebben op de toelating van verplichtingen tot een doen. Soms wordt dit als economisch tegenargument gebruikt. In het geval van de Nederlandse openbare registers – die reeds zijn opgezet en ook al verplichtingen vermelden – zal een uitbreiding van de mogelijke verplichtingen in een beperkt recht tot weinig meerkosten leiden. De (extra) kosten, (extra) tijd en (extra) moeite die het doen van (extra) onderzoek met zich meebrengen, schat ik ook behoorlijk laag in. Lacunes in het systeem worden voorts grotendeels gevuld door het stelsel van derdenbescherming.[92]

Uiteindelijk geldt hierbij derhalve: wie de baten van een goederenrechtelijk recht op prijs stelt, moet ook – *binnen zekere grenzen* – de hieraan verbonden lasten dragen. Het is een samenstel van rechten en plichten. Als je de lasten niet wilt dragen, dan ben je daartoe niet verplicht, alleen zul je dan ook de baten niet kunnen verkrijgen. De zojuist genoemde grenzen hoeven echter op grond van de rechtszekerheid in het *registergoederenrecht* niet erg beperkend te zijn.

Bij de meeste beperkte rechten – erfpacht, opstal, erfdienstbaarheden en hypotheek – gaat het per definitie om dergelijke registergoederen. Bij de overige beperkte rechten – vruchtgebruik en pandrecht – gaat het echter om andere goederen of kán het om andere goederen gaan. Een dergelijke goede kenbaarheid door middel van openbare registers is dan meestal niet aan de orde. De kenbaarheid bij deze rechten is, indien ze op roerende zaken rusten, gelegen

90 Dit voordeel van de tussenkomst van de notaris pleit echter wel voor een nog eerdere betrokkenheid van de notaris, liefst al in de obligatoire fase.

91 Het gevaar dat de openbare registers bij een te open stelsel in het goederenrecht ontwricht zouden kunnen raken door een grote hoeveelheid uiteenlopende en ongeordende zakelijke rechten speelt vooral op het niveau van de *Typenzwang*, en veel minder op dat van de *Typenfixierung*, vgl. ook Struycken, diss. 2007, p. 292.

92 Vgl. Struycken, diss. 2007, p. 338-340.

in het bezit, of beter gezegd: de feitelijke macht over de zaak waarop het beperkte recht rust. Over het algemeen is dat bezit een weinig informatieve bron. In sommige gevallen en bij veel andere niet-registergoederen is een authentieke of onderhandse akte en/of een zekere registratie vereist voor vestiging, hetgeen een zekere mate van kenbaarheid *kan* verschaffen.[93] Van het vruchtgebruik kan men voorts zeggen dat dit meestal ontstaat naar aanleiding van de toekenning aan een persoon van het recht door een erflater in zijn testament – waarin de eventuele afwijkende bepalingen die voor het vruchtgebruik moeten gaan gelden, reeds zijn opgenomen – en dat het vrijwel altijd een persoonlijk en verzorgend of in ieder geval bevoordelend karakter heeft. Aan de ene kant betekent dit dat het vruchtgebruik niet snel zal worden overgedragen aan een ander (het blijft dan immers ook gebonden aan het leven van de oorspronkelijke vruchtgebruiker), aan de andere kant betekent het dat aan de vruchtgebruiker over het algemeen geen zwaar belastende, van de wet afwijkende verplichtingen zullen worden opgelegd.

Men kan over het algemeen echter wel zeggen dat de slechte(re) kenbaarheid – en de daarmee gepaard gaande grote(re) rechtsonzekerheid en eventuele hoge(re) kosten van onderzoek – bij *deze* rechten een reden kan zijn voor het voeren van een restrictiever beleid ten aanzien van de toelating van buitenwettelijke plichten als onderdeel van het beperkte recht.[94]

7.3.3 Vervagende grenzen tussen verbintenissen- en goederenrecht?

Levert de toelating van een omvangrijker inhoud, met onder andere meer mogelijkheden voor verplichtingen tot een doen, een (grotere) vertroebeling van het onderscheid tussen verbintenissenrecht en goederenrecht op? Mijns inziens niet. Het feit dat verschillende verplichtingen tot een doen voorheen eventueel slechts als obligatoir werkend recht mogelijk waren en nu vaker onderdeel kunnen uitmaken van een goederenrechtelijk recht, is daarvoor in ieder geval geen goed argument. Allereerst geldt hier dat veel obligatoire verplichtingen buiten de echte inhoud van het goederenrechtelijke recht voorheen ook al een zekere derdenwerking of zaaksgevolg kregen: als kwalitatieve verbintenis of als kettingbeding. Het feit dat deze voortaan vaker als onderdeel van het goederenrechtelijke recht kunnen gelden, zorgt dan juist voor een duidelijker onderscheid tussen verbintenissen- en goederenrecht en een afname van tussenvormen en tussenfiguren. Verplichtingen die als onder-

93 Wellicht kan de algemene derdenbeschermingsbepaling van arr. 3:36 BW (heel) soms ook nog uitkomst bieden, indien een derde-rechtsopvolger op grond van mededelingen van de rechthebbende is uitgegaan van een zekere inhoud van de rechtsbetrekking die die rechthebbende had met de hoofd- of beperkt gerechtigde.

94 Of reden om (meer) beschermingsmogelijkheden te bieden aan derden ten aanzien van de aan deze rechten verbonden ongebruikelijke verplichtingen waarvan ze niet op de hoogte waren of redelijkerwijs geacht werden te konden zijn.

deel van het beperkte recht of het hoofdrecht gelden, kunnen nu in elk opzicht overeenkomstig de overige onderdelen van dit recht behandeld worden.[95] Bovendien is het bij *bevoegdheden* (denk aan de bevoegdheden tot genot en gebruik van een huurder; die overigens ook vaak al een zekere derdenwerking kennen) ook nooit een argument geweest dat het tevens toelaten van deze bevoegdheden als inhoud van een *goederenrechtelijk* recht (denk aan een recht van vruchtgebruik of erfpacht) zou leiden tot een onduidelijk onderscheid tussen het verbintenissenrecht en het goederenrecht.

7.3.4 De grens tussen publiek- en privaatrecht

Tot slot een grens van geheel andere aard, die niet echt tot het onderwerp en de opzet van dit onderzoek behoort, maar die hier in ieder geval ook niet geheel ongenoemd mag blijven: de scheiding tussen publiek- en privaatrecht, een grens die voor bepaalde rechtssubjecten – overheden – van belang kan zijn. Zoals bekend mag worden verondersteld, mogen overheden hun privaatrechtelijke bevoegdheden niet gebruiken als daarmee de publiekrechtelijke weg op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Deze 'doorkruisingsleer' – die zijn herkomst vindt in het Windmill-arrest[96] – zal hier niet uitgebreid besproken worden, maar men dient zich wel te realiseren dat deze leer bepaalde beperkingen met zich mee zal kunnen brengen voor de mogelijke inhoud van beperkte rechten die worden gevestigd met de gemeente als één van beide partijen, meestal als grondeigenaar. En dat is misschien maar goed ook, want overheden zoals de gemeente kunnen in dit soort zaken – met name bij de uitgifte van grond in erfpacht – zeer grote en machtige spelers zijn, waartegen de gemiddelde erfpachter niet zomaar is opgewassen.[97] Gewaakt moet hierbij worden tegen een te grote machtspositie van overheden.[98] De privaatrechtelijke middelen waarmee gemeentes bijvoorbeeld een zekere (publiekrechtelijke) invloed proberen uit te oefenen, zullen dan ook niet altijd moeten worden toegestaan. Daarbij zal – overeenkomstig het Windmill-arrest – onder meer moeten worden gelet op de inhoud en strekking van de op het onderwerp betrekking hebbende publiekrechtelijke regeling en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de

95 Tenzij uiteraard op grond van hun aard een andere behandeling gewenst zou zijn. Een gelijke, goederenrechtelijke behandeling houdt overigens – door de voordelen van publicatie – vaak ook in: meer rechtszekerheid.

96 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 (*Staat/Windmill*).

97 Ditzelfde geldt overigens voor veel banken, die in het kader van het vestigen van zekerheidsrechten een vergelijkbare machtspositie hebben.

98 Hierover – in het kader van de vergoeding voor aan de eigenaar van de grond blijvende opstallen bij het einde van de erfpacht – vraagpunt 7 en het V.V. II (1953) bij art. 5:99 BW, PG Boek 5 BW, p. 335-336.

publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, als dit het geval is, het een belangrijke aanwijzing is dat er dan geen plaats is voor gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheden teneinde ditzelfde resultaat te bereiken.[99] Voorts zijn overheden, indien het hen is toegestaan gebruik te maken van privaatrechtelijke middelen, hierbij altijd gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur en mogen ook zij – uiteraard – geen misbruik van hun bevoegdheden maken.

Enkele voorbeelden van de inhoud van beperkte rechten die gemeenten plegen te gebruiken om bepaalde door hun gewenste resultaten te bereiken, zullen in de volgende paragraaf nog aan de orde komen.

7.4 ALTERNATIEVE CRITERIA: EEN OPVALLENDE DISCREPANTIE TUSSEN DOGMATISCHE CRITERIA EN DE CRITERIA UIT JURISPRUDENTIE EN PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS

Nu duidelijk is geworden dat de grenzen die uit de oude dogmatische modellen en principes volgen niet meer van toepassing hoeven te zijn in het nieuwe model van de 'belastingsgedachte 2.0', maar er toch wel enige grenzen gesteld moeten worden aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten, is het tijd op zoek te gaan naar 'nieuwe' grenzen. Geheel nieuw zullen deze grenzen echter niet zijn, want de in de jurisprudentie en parlementaire rechtsgeschiedenis aan de inhoud van beperkte rechten gestelde grenzen – die zo nieuw niet meer zijn – zullen hierbij een zeer belangrijke inspiratiebron vormen. Deze jurisprudentiële en parlementair historische grenzen zijn niet direct aan een dogmatisch model te koppelen. Ze zijn wat feitelijker en wat pragmatischer dan de dogmatische grenzen, en ze laten veel meer vrijheid dan met deze dogmatische grenzen ooit in overeenstemming kon worden gebracht. Rank-Berenschot schrijft hierover het volgende:

> "Geconcludeerd moet worden dat een op de klassieke leer gefundeerde analyse van het zakelijke recht zich nooit geheel verdraagt met de zakelijke werking die doorgaans aan de daarin begrepen rechten en verplichtingen pleegt te worden toegekend [door rechter en wetgever, *AFM*]."[100]

En dat ook het voor het huidig BW in de parlementaire geschiedenis voorgeschreven criterium (zie paragraaf 7.4.2 hierna)

99 Idem, r.o. 3.2.
100 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 342.

> "zich niet [lijkt] te verdragen met het beginsel van afsplitsing en de gevolgen die een dogmatische analyse van het beperkte recht overigens dicteert."[101]

Mij aansluitend bij het bovenstaande, meen ik dat de grenzen uit de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis zich wél goed laten combineren met de 'belastingsgedachte 2.0', waarin *in beginsel* veel mogelijk wordt geacht, maar die nog wel op zoek is naar de buitengrenzen van zijn systeem. Zoekend naar die grenzen zal – zo zal na al het voorgaande duidelijk zijn – geen principieel onderscheid gemaakt worden tussen bevoegdheden en verplichtingen, en tussen verplichtingen tot een dulden of niet-doen en verplichtingen tot een doen.[102]

7.4.1 Criteria uit de jurisprudentie: voldoende verband en het wezen van het beperkte recht

Welke alternatieve criteria zijn er in de jurisprudentie nu ontwikkeld om te bepalen wat voor bevoegdheden en verplichtingen nog wel en welke niet meer als onderdeel van een goederenrechtelijk recht kunnen worden gekwalificeerd?

Een arrest uit 1977 over een erfpachtrecht op een haventerrein te Rotterdam is in deze ontwikkeling een belangrijke geweest, en vormt in feite nog altijd het standaardarrest.[103] De casus was als volgt. De gemeente geeft een perceel in erfpacht uit in het havengebied en neemt daarbij de verplichting op zich om het vaarwater dat aan het perceel grenst – tevens behorende aan de gemeente – op diepte te houden. De erfpachter betaalt een dermate hoge canon, dat dit mede als vergoeding kon worden gezien voor de door de gemeente op zich genomen verplichting. De te beantwoorden vraag was nu of de in de canon begrepen vergoedingsverplichting net als de rest van de canonverplichting onderdeel uitmaakte van het erfpachtsrecht zelf.[104] De Hoge Raad overweegt ter beantwoording van deze rechtsvraag het volgende:

> "– dat het Hof, op grond van zijn uitlegging van de onderhavige overeenkomst, heeft geoordeeld: enerzijds dat de verplichtingen van de gemeente om de kademuur te onderhouden en ervoor te zorgen dat het water in de haven op de overeengekomen diepte zal worden gehouden betrekking hebben op het genot, hetwelk de

101 Idem.

102 Ook naar de opvatting van Vonck (*WPNR 6717* (2007), p. 601) is een onderscheid tussen verplichtingen tot een doen en verplichtingen tot een dulden of nalaten niet nodig. Duidelijk anders ligt dat bij Struycken, diss. 2007, p. 412 e.v.

103 HR 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399 m.nt. WMK.

104 In dat geval mocht de vergoeding, net als de rest van de canonverplichting, in mindering worden gebracht op de waarde van het erfpachtrecht voor de berekening van de overdrachtsbelasting.

erfpachter van de grond zal kunnen trekken en met de geschiktheid van dit terrein voor het gebruik, waarvoor het in erfpacht is gegeven, in rechtstreeks verband staan; anderzijds dat de met het kadegeld overeenkomende vergoeding, welke door de erfpachter moet worden betaald, moet worden gerekend tot de betalingen waartoe de erfpachter als zodanig verplicht is en welke betrekking hebben op het aan de erfpachter als zodanig verleende genot;
– dat het Hof aan die oordelen terecht de gevolgtrekking heeft verbonden dat de verplichting tot het betalen van vorenbedoelde vergoeding deel uitmaakt van het samenstel van rechten en verplichtingen, besloten in het zakelijk recht,
– dat immers pp. ingevolge het bepaalde in art. 782 BW vrij zijn om hun erfpachtsverhouding naar eigen goeddunken te regelen;
– dat zij daarbij weliswaar niet in strijd mogen komen met het wezen van het erfpachtsrecht, maar daarvan onder voorschreven omstandigheden geen sprake is;"

De Hoge Raad neemt als uitgangspunt de vaststelling van het hof dat de verplichtingen van de gemeente betrekking hebben op het genot van de erfpachter van de grond in kwestie en *in rechtstreeks verband staat* met de geschiktheid van het terrein voor het gebruik waarvoor het in erfpacht is gegeven, en stelt op die manier de nauwe relatie tussen de kern van het recht van erfpacht – het genot en gebruik van de grond van een ander tegen betaling van een canon – en de verplichting in kwestie. De tegenover de verplichting van de gemeente staande vergoedingsplicht van de erfpachter maakte daarom ook *deel uit van het samenstel van rechten en verplichtingen besloten in het zakelijk recht* en kwam voorts *niet in strijd met het wezen van het erfpachtrecht*.

Samenvattend en veralgemeniserend naar alle beperkte rechten zou je kunnen zeggen dat buitenwettelijke rechten en verplichtingen onderdeel van het beperkte recht kunnen uitmaken indien zij *met het wezen van dit beperkte recht in een voldoende verband staan* (en daarmee derhalve niet in strijd zijn). Zo wordt een mijns inziens logische combinatie van de twee hier gebruikte criteria gemaakt.[105] Opmerkelijk aan de casus is overigens – zo merkte annotator Kleijn reeds op – dat de verplichting van de gemeente geen betrekking had op het *met het erfpacht belaste perceel*, maar op het perceel vaarwater dat hieraan grensde. Dit maakt de verplichting in feite ongeschikt voor derdenwerking: als de gemeente (de bloot eigendoom van) het erfpachtperceel zou verkopen, zou de opvolgende eigenaar niet gehouden kunnen worden om het perceel vaarwater *van een ander* (de gemeente) op diepte te houden. Daartoe zou hij immers niet eens (zonder meer) bevoegd zijn. Mijns inziens zou dan ook – met het criterium dat de Hoge Raad hier zelf aanlegt – moeten worden geoordeeld dat de verplichting en de daarmee corresponderende vergoeding, nu zij geen betrekking heeft op het erfpachtperceel, *niet in een voldoende verband staan met het wezen van het erfpachtrecht*, te weten het genot en gebruik *van het*

105 Ook Struycken (diss. 2007, p. 393-394) meent dat de twee criteria een waardevolle aanvulling zijn op elkaar. Zie voorts impliciet Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 217.

erfpachtperceel. Sterker nog, zij komen in feite *in strijd met dit wezen*, omdat zij een verplichting op een heel ander perceel in de buurt leggen. Instemmend dus met het criterium dat de Hoge Raad aanlegt, kom ik – net als Kleijn – tot een geheel andere uitkomst.[106]

Van de hierboven gestelde beperking – dat tot het beperkte recht geen verplichtingen of tegenprestaties van verplichtingen kunnen behoren die rechtstreeks betrekking hebben *op een ander goed* dan het belaste goed zelf (bijvoorbeeld op onroerende zaken in de omgeving), omdat deze *niet* in voldoende verband met het wezen van het beperkte recht op het belaste goed staan – zou ik een algemeen geldende grens willen maken.[107] Het wezen van het beperkte recht houdt wat mij betreft in ruimtelijke zin daar op, waar het belaste goed ophoudt, indien het althans een verplichting betreft die rechtstreeks betrekking heeft op een goed. Een dergelijke eis wordt overigens expliciet wel gesteld met betrekking tot de onderhoudsplichten bij erfdienstbaarheden. In de parlementaire geschiedenis wordt het voorbeeld gegeven van de gezamenlijke eigenaars van landerijen, die elkaar door middel van erfdienstbaarheden over en weer willen verplichten tot het onderhouden van een aan een derde toebehorende brug bij instandhouding waarvan zij allen belang hebben. Deze plichten kunnen volgens de wetgever niet worden vormgegeven als erfdienstbaarheden, nu een erfdienstbaarheid van deze inhoud noch op hun eigen erven mogelijk (wegens het feit dat de brug zich daar niet bevindt), noch op dat van de derde (wegens het feit dat het niet de bedoeling is dat de *derde* tot onderhoud is verplicht, maar juist de gezamenlijke eigenaars van de landerijen). Een dergelijke erfdienstbaarheid moet immers betrekking hebben op het dienende erf of daarop aanwezige of toekomstige gebouwen, werken of beplantingen (artikel 5:71 lid 1 tweede zin en lid 2 BW).[108] Een uitzondering op deze algemene eis moet overigens gelden voor de erfdienstbaarheid tot een dulden of niet-doen, die immers volgens artikel 5:71 lid 1 eerste zin betrekking kan hebben op het dulden of niet-doen van iets "op, boven of onder één der beide erven". En ook deze uitzondering volgt nu juist weer uit het wezen van de erfdienstbaarheid, die niet alleen in rechtstreeks

106 Tegenwoordig zou de derdenwerking overigens mijns inzien bereikt kunnen worden d.m.v. een kwalitatieve verplichting in de zin van artikel 6:252 BW, die aan de zijde van de erfpachter zou werken als een kwalitatief recht in de zin van artikel 6:251 BW, ware het niet dat het een verplichting *tot een doen* inhoudt. Van een erfdienstbaarheid, die wel een onderhoudsverplichting kan inhouden, kan ook geen sprake zijn, nu zowel dienend als heersend erf in handen van de gemeente zijn (Kleyn lijkt dit in zijn noot bij het arrest over het hoofd te zien, zo ook Struycken, diss. 2007, p. 416-417). Men zou kunnen denken aan een erfdienstbaarheid onder de opschortende voorwaarde dat één van beide percelen in andere handen zou overgaan in combinatie een directe, obligatoire verplichting voor de gemeente.

107 Zie in vergelijkbare zin Struycken (diss. 2007, p. 416) , doch ook in iets andere zin (p. 430-431).

108 MvA II (1972) bij art. 5:71 BW, PG Boek 5 BW, p. 258-259.

verband staat met het dienende erf, maar ook aan de andere kant onlosmakelijk is verbonden aan het heersende erf.

Uit het arrest kan ook nog een andere conclusie worden getrokken. Niet alleen is van belang dat een bevoegdheid of verplichting in voldoende verband staat met het wezen van het *soort* beperkte recht dat is gevestigd, maar ook – en misschien nog wel belangrijker – met het wezen van het *specifieke* beperkte recht dat is gevestigd. In het bovenstaande arrest speelt daarbij een belangrijke rol het gebruik of het doel in het kader waarvan dit erfpachtrecht was uitgegeven. Deze laatste eis kan ertoe leiden dat niet per se bij elk recht van eenzelfde soort precies dezelfde verplichtingen en bevoegdheden toelaatbaar zijn als onderdeel van het recht.[109]

Het in het arrest uit 1977 aangelegde criterium is niet lang daarna in een nieuwe uitspraak van de Hoge Raad bevestigd. Nu ging het om een recht van opstal, waarbij uitdrukkelijk is overeengekomen dat de gebruiksrechten *van de grond* (en niet van de opstallen) aan de opstalhouder toekomen. De Hoge Raad aanvaardt deze uitbreiding van de normale bevoegdheden van een opstaller, welke ten aanzien van de grond slechts omvatten die bevoegdheden die voor het volle genot van zijn recht nodig zijn. Partijen mogen volgens de Hoge Raad bij de akte van vestiging óók bevoegdheden toekennen die niet nodig zijn voor het volle genot van het recht,

> "mits die bevoegdheden *in zodanig verband staan met* die welke de opstaller naar de *aard van dat recht* toekomen dat het gerechtvaardigd is die bevoegdheden als onderdeel van dat recht te behandelen."[110] (cursiveringen toegevoegd)

Deze formulering wijkt niet sterk af van die uit het arrest van 1977. Ook hier wordt gesproken van het vereiste "verband" (zodanig dat behandeling als onderdeel van beperkt recht gerechtvaardigd is: voldoende verband dus) en van de "aard van het recht" (in plaats van het 'wezen van het recht'). De Hoge Raad lijkt bovendien te hebben geanticipeerd op het in ontwerp zijnde Burgerlijk Wetboek, dat in de Toelichting Meijers een zeer vergelijkbaar criterium gebruikt.[111]

---

109 In diezelfde zin Vonck, *WPNR 6717* (2007), p. 600, die meent dat een dergelijke flexibele interpretatie niet alleen historisch gegrond is, maar ook goed past in de opzet van de wettelijke erfpachtregeling van nu.

110 HR 11 maart 1981, *NJ* 1982, 76 m.nt. WMK. Vgl. ook reeds MvA (1972) bij art. 5:103 BW, PG Boek 5 BW, p. 361, waar het recht tot het trekken van de natuurlijke vruchten van het terrein waarop een opstalrecht betreffende een zomerhuis rust als voorbeeld wordt genoemd.

111 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.

7.4.2 Criterium uit de parlementaire geschiedenis: voldoende verband voor een gelijke behandeling

In de parlementaire geschiedenis wordt, zoals gezegd, ook aandacht besteed aan de vraag welke bevoegdheden en verplichtingen onderdeel van een goederenrechtelijk recht kunnen uitmaken. Dit gebeurt al in de Toelichting Meijers bij de Algemene opmerkingen over Boek 5 BW. De grondlijnen van het gesloten systeem van het goederenrecht worden hier uiteengezet (waarbij overigens vaak nog de oude term zakenrecht valt). Men mag echter aannemen dat – ondanks de plaatsing in Boek 5 BW – niet bedoeld is zich hier tot de strikt *zakelijke* rechten in het goederenrecht te beperken, en dat wordt dan ook algemeen gedaan.[112] Vastgehouden wordt aan genoemd gesloten systeem, althans voor zover het betreft het aspect van de *Typenzwang*. Wat betreft de *Typenfixierung* blijft een grote mate van vrijheid het uitgangspunt:

> "Een door partijen geschapen recht zal derhalve alleen een zakelijk recht zijn, indien het kan worden gebracht onder de definitie van een van de in de wet geregelde zakelijke rechten. Is dit het geval, dan kunnen partijen binnen de grenzen van de wettelijke definitie in beginsel aan dat recht [de] inhoud geven die zij wensen, behoudens de volgende restricties.
>
> Vooreerst zijn er tal van punten, die de inhoud van het zakelijk recht nader bepalen, waarvoor de wet zelf een regeling geeft. In het Boek Zakelijke rechten nu is het systeem gekozen, dat de wettelijke bepalingen niet toelaten dat aan het zakelijk recht een andere inhoud wordt gegeven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, voor zover uit de wet niet het tegendeel blijkt. Dientengevolge wordt de vrijheid van partijen om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen, teruggebracht tot het gebied, waaromtrent *de wet zich van een regeling onthoudt* – en tot de, overigens *talrijke, gevallen waarin de wet zelf een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat*."[113] (cursiveringen toegevoegd)

Het uitgangspunt is derhalve dwingend recht, doch afwijking is mogelijk als de wet zich van een regeling onthoudt of zelf uitdrukkelijk een afwijkende regeling toelaat.[114] Dat uitgangspunt is anders dan onder oud BW – in ieder geval met betrekking tot erfpacht in artikel 782 en opstal in artikel 764 – het geval was, doch daar moeten we ons geen zorgen over maken, aldus de wetgever, want "in wezen [wordt] geen wijziging gebracht in het thans bestaande recht" en betreft het slechts "zuiver een kwestie van wetstechniek".[115]

---

112 Zie – expliciet – bijv. Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 120 noot 82 en overigens ook W. Snijders 2002, p. 28. Enigszins merkwaardig is het taalgebruik wel; ik ga er maar van uit dat dit te maken heeft met het feit dat de tekst nog diep onder het oud BW is geschreven.

113 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.

114 Afwijking met *obligatoire* werking is meestal wel nog mogelijk: zelfde TM, p. 4 onder punt 10.

115 MvA II (1972) bij Titel 5.7 BW, PG Boek 5, p. 297.

Het citaat vervolgt:

> "De tweede restrictie is dat, indien men *bevoegdheden of verplichtingen,* welke de wet niet regelt, tot *inhoud van het zakelijk recht* wil maken, deze bevoegdheden en verplichtingen een *zodanig verband* moeten hebben *met het zakelijke recht*, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Zo zullen grondeigenaar en opstaller wel een regeling van de onderlinge draagplicht ten aanzien van belastingen die de grond betreffen tot inhoud van het opstalrecht kunnen maken, zodat ook de opvolgers onder bijzondere titel van elk der partijen aan die regeling gebonden zijn; niet echter een regeling van de draagplicht ten aanzien van b.v. inkomstenbelasting of alimentatiegelden, door een hunner verschuldigd. In twijfelgevallen zal de rechter moeten uitmaken of een beding *voldoende verband met het betreffende zakelijke recht* heeft, om te kunnen aannemen dat het tot de inhoud daarvan kan behoren."[116] (cursiveringen toegevoegd)

Hier wordt het criterium omschreven: *een zodanig verband met het zakelijke recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is*. Het criterium hangt sterk samen met de al vóór de inwerkingtreding van het huidige BW in de jurisprudentie gehanteerde criteria en kan deels als voortzetting daarvan, maar voor een groot deel ook juist als inspiratiebron daarvan worden gezien.

De genoemde "gelijke behandeling" zal zien op de behandeling die (de inhoud van) goederenrechtelijke rechten doorgaans krijgen en die (de inhoud van) de rechten goederenrechtelijk maken (derdenwerking etc.). Wat opvalt is dat ook de wetgever geen onderscheid maakt tussen bevoegdheden en verplichtingen en ook niet tussen verschillende soorten verplichtingen. Voorts lijkt ook hier het criterium te gelden voor zowel de inhoud van het hoofdrecht als de inhoud van het beperkte recht, die natuurlijk ook elkaars keerzijde vormen. Het criterium wordt al direct vrij ruim getrokken: een regeling van de onderlinge draagplicht ten aanzien van belastingen die de grond betreffen kan tot inhoud van een opstalrecht worden gemaakt en houdt dus duidelijk voldoende verband met het opstalrecht.

In de Toelichting Meijers bij het recht van erfpacht wordt het criterium nogmaals, in soortgelijke bewoordingen gegeven:

> "Aan de erfpachter kunnen in de akte van vestiging als inhoud van het zakelijk recht ook andere verplichtingen dan de wettelijke, worden opgelegd, b.v. *om te ontginnen* of *te bouwen*, zij het ook alleen verplichtingen die *rechtstreeks verband houden met het genot en het onderhoud van de zaak*."[117] (cursiveringen toegevoegd)

Verplichtingen om te ontginnen of te bouwen worden derhalve niet onmogelijk geacht als onderdeel van het recht van erfpacht, maar alléén als ze een recht-

116 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.
117 TM bij art. 5:96 BW, PG Boek 5 BW, p. 321.

streeks verband houden met het genot en het onderhoud van de zaak.[118] De onderhoudsverplichting van artikel 5:96 BW behoort dus, zo zou je kunnen zeggen, naast het genot van de grond van een ander tegen (eventuele) betaling van een canon, tot het *wezen van het erfpachtrecht*. Bepalingen die hiermee in nauw verband staan, zijn daarmee in beginsel toegelaten. Een voorbeeld daarvan is wat mij betreft de hierboven meermaals genoemde verplichting om de opstallen op de in erfpacht gegeven grond in een bepaalde verfkleur te schilderen. Op de mogelijkheid tot het in het beperkte recht opnemen van ontginnings- en bouwplichten kom ik nog terug.

Men mag mijns inzien overigens ook aannemen dat alle in de eerdere paragrafen hierboven genoemde wettelijke bepalingen die op hoofd- of beperkt gerechtigde een verplichting tot een doen opleggen of uitdrukkelijk toelaten volgens de wetgever in voldoende verband staan met dat recht om een gelijke behandeling te rechtvaardigen. Voorts is een wettelijke beperking bij de erfdienstbaarheid gelegen in de eis dat het gaat om een hoofdverplichting tot een dulden of niet-doen (afgezien dan van de toegestane onderhoudsverplichting). Hoofdverplichtingen tot een doen die buiten de onderhoudsverplichting van artikel 5:71 lid 2 BW vallen, kunnen derhalve geacht worden onvoldoende verband te vertonen met het wezen van de erfdienstbaarheid om een gelijke behandeling te rechtvaardigen, in die zin dat ze als hoofdverplichting van een erfdienstbaarheid niet worden toegelaten. Wel kan een bijkomende verplichting van de eigenaar van een dienend erf mijns inziens – eventueel zelfs van rechtswege – gelegen zijn in het actief zorg dragen voor het feit dat een erfdienstbaarheid van weg kan worden uitgeoefend, indien de uitoefening van dit recht bijvoorbeeld door gedragingen van derden herhaaldelijk wordt belemmerd.[119] Het in België ongeoorloofd geachte servituut om bij een bepaalde brouwerij bier te kopen acht ik ook voor het Nederlandse recht wel enig, maar duidelijk onvoldoende verband te houden met enig beperkt recht en/of het gebruik in het kader waarvan dit recht kan zijn uitgegeven.[120]

Het voldoende verband-vereiste heeft ook te maken met de vraag welke verwachtingen rechtssubjecten omtrent de inhoud van bepaalde beperkte rechten grof gezien – gerechtvaardigd – mogen hebben en het idee dat de daadwerkelijke goederenrechtelijke inhoud van het recht hiervan niet al te sterk zal mogen afwijken. Dat is een kwestie die nauw verbonden is met het goederenrechtelijke karakter van het onderwerp. Toch kan voor een nadere

118 Op vragen of dit criterium enger zou zijn dan dat van het vorige citaat, is in de parlementaire geschiedenis geantwoord dat dit niet het de bedoeling is en het eerste criterium wordt gehandhaafd: MvA II (1972) bij Titel 5.7 BW, PG Boek 5, p. 297.

119 Anders nog HR 26 april 1934, *NJ* 1934, 1361. Het ging hierbij om een erfdienstbaarheid van weg op een doorgang naast een café, waarvan de uitoefening herhaaldelijk belemmerd werd door fietsen van bezoekers van het café.

120 Zie Maeijer in Maeijer/Smalbraak 1966, p. 16.

bepaling van de grenzen van de inhoud van beperkte rechten ook inspiratie worden opgedaan bij een ander criterium, dat in het *verbintenissenrecht* aangelegd werd om te bepalen of buitenwettelijke bronnen van verbintenissen kunnen worden erkend. Dit criterium werd aangelegd in het arrest Quint/Te Poel en luidt dat er ook voor het ontstaan van verbintenissen die geen basis vinden in de wet, toch ruimte bestaat als *zij passen in het stelsel van de wet* en *aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen*.[121] Datzelfde nu, kan gezegd worden van de bevoegdheden en verplichtingen die beperkt gerechtigden en hoofdgerechtigden elkaar als onderdeel van hun betrokken rechten willen opleggen. Hoe meer die aansluiten bij wel in de wet geregelde bevoegdheden en verplichtingen en een daaraan ondersteunend of daarop gelijkend karaker hebben, hoe eerder ze geacht mogen worden onderdeel van hun recht uit te kunnen maken. Onderhoudsverplichtingen ten aanzien van het belaste goed en de betaling van een vergoeding voor het genot dat de gerechtigde van de belaste zaak heeft gehad, voor het onderhoud dat in zijn belang is verricht of voor de werken die mede te zijnen voordele zijn opgericht, hebben in die zin een streepje voor. Dergelijke verplichtingen komen immers op meerdere plekken in de wettelijke regeling van beperkte rechten voor. Ze passen derhalve goed in het stelsel van de wet en sluiten aan bij de in de wet geregelde gevallen. Dat geldt ook voor (andere) verplichtingen die erop zijn gericht de waarde van een goed te behouden en zowel bij genotsrechten als bij gebruiksrechten van belang kunnen zijn. Verplichtingen echter, die al snel een wat *persoonlijker belang* verraden en minder nut vertegenwoordigen voor de belaste zaak als zodanig, liggen veel minder voor de hand. Dat is uiteraard het geval bij het verrichten van werkzaamheden bij de hoofdgerechtigde thuis,[122] maar ook bijvoorbeeld bij de gehoudenheid elk jaar op Koninginnedag de vlag uit te steken,[123] zich te houden aan een bepaald sociaal statuut van de hoofdgerechtigde[124] of bij de hierboven genoemde verplichting tot het schenken van bier van een bepaalde brouwerij.[125]

---

121 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548. Vergelijk over de bruikbaarheid van dit criterium in het goederenrecht ook W. Snijders 2002, p. 29 met verwijzing naar eerder werk en p. 57-58. Vgl. hierover ook Struycken, diss. 2007, p. 774-775 en 782.

122 Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 217.

123 Voorbeeld ontleend aan Struycken, diss. 2007, p. 432.

124 Vgl. hierover Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 111.

125 Een andere verbintenisrechtelijke inspiratiebron zou kunnen zijn het huurrecht. Hier is vaste jurisprudentie dat een opvolgend verhuurder slechts gebonden is door die bedingen van de huurovereenkomst die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie. Dit is erg vergelijkbaar met het criterium uit jurisprudentie en parlementaire geschiedenis voor beperkte rechten. Door de eis van 'onmiddellijkheid' van het verband, lijkt het zelfs nog wel iets strikter. Dat is wellicht een gevolg van het feit dat derdenwerking in het verbintenissenrecht nog altijd een (grote) uitzondering vormt, en daarom zoveel mogelijk binnen de perken moet worden gehouden. In het goederenrecht is als het goed is iedereen bedacht op derdenwerking.

In de parlementaire geschiedenis wordt voorts nog een aantal buitenwettelijke verplichtingen genoemd die onderdeel kunnen zijn van een recht van erfpacht, en waarbij in de regel voldoende verband bestaat met de erfpacht.[126] Genoemd worden de verplichting tot het betalen van boetes, de verplichting tot het verdelgen van ratten op de erfpachtgrond, de verplichting tot niet-opzegging van het erfpachtrecht door de erfpachter de verplichting tot het betalen van zakelijke belastingen, bedingen omtrent de bevoegdheid tot het wegnemen van (verplicht aangebrachte) gebouwen en de verplichting tot een bepaald gebruik van de grond. Ook ik acht deze verplichtingen en bedingen in overeenstemming met het voldoende verband-vereiste en passend in het stelsel van de wet en aansluiten bij de in de wet geregelde gevallen. Verplichtingen tot het betalen van boetes en zakelijke belastingen passen bij de (eventuele) canonverplichting van artikel 5:85 lid 2 BW en de verplichting tot het dragen van lasten en herstellingen van artikel 5:96 BW. Beide artikelen zijn van regelend recht. De plicht tot het verdelgen van ratten kan als een plicht tot onderhoud in de zin van het regelende artikel 5:96 BW worden gezien. De verplichtingen van niet-opzegging en bedingen omtrent de bevoegdheid tot wegname liggen in de lijn van de artikelen 5:87 lid 1 en 5:99 BW van (gedeeltelijk) regelend recht. De verplichting tot een bepaald gebruik van de grond komt hierna nog aan de orde.

Een aantal bepalingen verdient in dit kader nog nader de aandacht. Ten eerste zijn dat de bedingen die de beschikkingsmacht van de erfpachter over zijn recht beperken. Artikel 5:91 BW laat wel enige beperking toe van de beschikkingsmacht van de erfpachter over zijn recht: in de akte van vestiging kan namelijk worden bepaald dat de erfpacht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen, toebedeeld of gesplitst.[127] Op deze manier wordt de eigenaar (bijvoorbeeld) de mogelijkheid geboden invloed uit te oefenen op de persoon van de volgende erfpachter.[128] Hij kan eventueel voorwaarden aan zijn toestemming verbinden, bijvoorbeeld over de wijze waarop de grond moet worden gebruikt.[129] Indien de eigenaar de vereiste toestemming echter zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart, kan zijn toestemming op verzoek worden vervangen door een machtiging van

126 MvA II (1972) bij Titel 5.7 BW, PG Boek 5, p. 297.

127 Het artikel bevat niet de mogelijkheid om ook bezwaring van de erfpacht met beperkte rechten zonder toestemming van de eigenaar uit te sluiten, zie MvA II (1972) bij art. 5:91 BW, PG Boek 5 BW, p. 313.

128 Idem, p. 312.

129 M.O. (1976) bij art. 5:91 BW, PG Boek 5 BW, p. 314. Omstreden is of ook voorwaarden op andere vlakken mogen worden gesteld. De vraag of de voorwaarde van een herziening van de canon mag worden verbonden bijvoorbeeld, hangt mede af van de inhoud van de erfpachtvoorwaarden. Als die op dit vlak een goed uitgeschreven regeling bevatten die het stellen van deze voorwaarde uitdrukkelijk ondersteunen, wordt dit over het algemeen wel mogelijk geacht.

de rechter. Algemeen wordt aangenomen dat vervreemdingsverboden en -beperkingen die de erfpachter verdergaand dan artikel 5:91 BW toelaat beperken in zijn beschikkingsbevoegdheid hooguit obligatoire werking hebben. Dit volgt al uit het feit dat Boek 5 BW dwingendrechtelijke regels bevat en er slechts ruimte is voor afwijking indien een onderwerp niet is geregeld in de wet of een afwijking uitdrukkelijk toelaat. Maar een dergelijke afwijking zou ook in strijd komen met artikel 3:83 BW. Mijns inziens is het ook geboden om op dit punt een vrij scherpe grens te trekken; onvervreemdbare of zeer moeilijk vervreemdbare erfpachtrechten zouden de erfpachter en de maatschappij en economie in haar geheel geen goed doen. Bovendien kan geoordeeld worden dat de overdraagbaarheid van een erfpachtrecht een wezenskenmerk is, dat zoveel als mogelijk onaangetast moet blijven. Van beperkingen in beschikkingsbevoegdheid kan men ten slotte zeggen dat ze niet goed passen in het stelsel van de wet.[130] Een stelsel dat met name uit het algemene artikel 3:83 BW volgt, maar ook teruggevonden wordt in de uitdrukkelijke bepaling van artikel 6:252 lid 5 BW dat kwalitatieve verplichtingen in de zin van dat artikel geen beperkingen kunnen aanbrengen in de bevoegdheid van de rechthebbende om zijn registergoed te vervreemden of te bezwaren. Eenzelfde beperking is te vinden in het erfrecht in artikel 4:45 lid 2 BW, dat bepaalt dat een voorwaarde of last die een erflater in een uiterste wilsbeschikking aan een erfgenaam of legataris wil opleggen niet de strekking mag hebben de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten. Op de uitdrukkelijk in de wet toegelaten beperkingen na, kan men derhalve zeggen dat dergelijke beperkingen *in het algemeen* – dus bij alle beperkte rechten – slecht in het stelsel van de wet passen en slecht aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen. Ze vertonen mijns inziens dan ook niet een zodanig verband met het desbetreffende recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd zou zijn.

Voorts verdienen in dit kader de gebruiks- en bebouwingsvoorschriften die vooral gemeenten bij de uitgifte van grond in erfpacht graag en vaak aan dit recht verbinden nog kort de aandacht. Hierboven is al even aan de orde gekomen, dat verplichtingen tot ontginning en bebouwing en verplichtingen

130 In Rb. 's-Gravenhage 30 november 2011, *JOR* 2012/233 werd de verplichte aanbieding van een recht van ondererfpacht aan de erfpachter tegen een volgens een bepaalde formule te bepalen prijs ook geldig geacht als (goederenrechtelijk werkend) onderdeel van het recht van ondererfpacht. Als van deze aanbieding geen gebruik werd gemaakt, verviel het terugkooprecht en kon de ondererfpacht vervreemd worden met toestemming van de erfpachter, die verleend zou worden onder de voorwaarde dat ondererfpachter in staat zou zijn het verschuldigde afrekenbedrag te voldoen en wel per het tijdstip van vervreemding. Dit beding werd geoordeeld nauwelijks beperking aan te brengen in de overdraagbaarheid van het recht en dat recht niet minder courant te maken. Het maatschappelijk belang van overdraagbaarheid van goederen stond naar het oordeel van de rechtbank niet in de weg aan de redelijkheid van het stellen van een dergelijke voorwaarde en de gemaakte voorwaarde had het wezen van het erfpachtrecht niet aangetast. Daarmee paste het beding binnen het gesloten stelsel van het goederenrecht.

tot een bepaald gebruik van de grond in het kader van een recht van erfpacht door de wetgever mogelijk worden geacht.

Allereerst de verplichting tot ontginning van de grond. Dat is een verplichting die in de geschiedenis van het recht van erfpacht in een lange traditie staat. Het oorspronkelijke Romeinsrechtelijke recht was juist specifiek bedoeld voor de ontginning van 'woeste gronden', en leverde op die manier aan zowel erfpachter en erfverpachter voordelen op. De erfverpachter, die met zijn woeste grond niet veel kon aanvangen, kreeg er op de lange duur een ontgonnen grond voor terug, terwijl hij ondertussen een financiële vergoeding ontving en de erfpachter kon zonder grote investeringen stukken grond exploiteren. Ook in Nederland begon het met de ontginning van woeste gronden. Tegenwoordig is daarvan nauwelijks nog sprake bij erfpacht. Terwijl je dus kunt zeggen dat de verplichting tot ontginning van de grond van oorsprong in een zeer nauw verband staat met het wezen van het erfpachtrecht, kun je tegenwoordig betwijfelen of men dit bij een zo gewijzigde maatschappelijke functie nog wel vol kan houden. Mocht er echter in Nederland nog animo bestaan voor dergelijke ontginning in het kader van een erfpachtrecht, dan meen ik dat dat nog altijd wel tot de mogelijkheden zou behoren, ook gelet op de parlementaire geschiedenis op dit punt – die overigens ook al weer van vele decennia terug stamt – en het feit dat deze ontginning een duidelijke (economische) meerwaarde voor de grond kan opleveren. Ik meen echter dat in deze figuur heden ten dage niet al te veel belang is gelegen.[131] Een iets modernere verplichting die in het verlengde van de ontginningsplicht kan worden gezien is die tot aanleg van een drainagesysteem.[132]

Verplichtingen tot een bepaald gebruik komen echter nog steeds – en waarschijnlijk ook veel vaker dan vroeger – voor. Deze verplichtingen staan in verband met artikel 5:89 lid 2 BW, op grond waarvan de eigenaar van de grond bevoegd is aan die grond een bepaalde bestemming te geven en op grond waarvan de erfpachter niet bevoegd is zonder toestemming van de eigenaar een andere bestemming aan de zaak te geven of een handeling in strijd met de bestemming van de zaak te verrichten. Deze bepaling ziet op het behoud van de waarde van de zaak, hetgeen – vooral in het geval van overheden – bijvoorbeeld ook kan zien op de instandhouding van landschapsschoon, maar het kan eveneens gaan om zoiets als de noodzakelijke spreiding van de wijze waarop de grond in een bepaald gebied geëxploiteerd wordt.[133] Oorspronkelijk was hierbij het idee dat bestemmingswijzigingen die de waarde van de

131 Zo ook Mertens (R.F.H. Mertens, *Ontginning van woeste gronden*, oratie Open Universiteit 2011), althans ten aanzien van de erfpacht. Hij pleit wél voor herinvoering van het oude zakelijke recht van *grondrente* om gebiedsontwikkeling in krimpregio's mogelijk te maken.
132 Dit voorbeeld wordt genoemd door Vonck, *WPNR 6717* (2007), p. 600 en 603.
133 TM bij art. 5:89 BW, PG Boek 5 BW, p. 308-309.

zaak niet zouden verminderen door het verbod niet werden getroffen, maar later werd de uitdrukkelijke eis van waardevermindering geschrapt omdat belangen van publieke aard, zoals de hierboven genoemde, niet altijd samenhingen met een eventuele waardevermindering. Hieruit kunnen twee conclusies worden getrokken. Ten eerste lijkt de wetgever bij deze wetsbepaling uitdrukkelijk ook aan overheden en publieke belangen te hebben gedacht. Ten tweede dat de eigenlijke intentie was om waardevermindering tegen te gaan, hetgeen bij de noodzakelijke spreiding van de wijze waarop de grond in een bepaald gebied geëxploiteerd wordt eigenlijk helemaal niet aan de orde is.

Maar met de vaststelling dat een eigenaar de bestemming van het erfpachtperceel kan bepalen en de erfpachter deze niet mag wijzigen, zijn we er nog niet. Het bepalen van de bestemming van een erfpachtperceel is immers nog wat anders dan het verplichten tot een bepaald gebruik. Dat een erfpachter de bestemming van een zaak niet mag veranderen en geen handelingen in strijd met die bestemming mag verrichten – in ieder geval niet op een dergelijke wijze dat daardoor de waarde van de zaak vermindert – staat nog in een logisch (en voldoende) verband met de aard van het erfpachtrecht. De overbrugging van deze stap naar een plicht wordt vervolgens vaak gemaakt door te bepalen dat de erfpachtgrond overeenkomstig zijn bestemming gebruikt mag worden voor *niets anders dan* (nader in te vullen). Dat komt toch wel bijna geheel neer op een plicht tot het gebruiken van de zaak in een bepaalde zin, of de erfpachter zou ervoor moeten kiezen met de zaak in het geheel niets te doen.[134] Ik zou deze bepaling niet meer louter als een bepaling van de bestemming willen zien. Het gaat hier feitelijk om een plicht tot een bepaald gebruik. Ik ben er niet zeker van of nu nog gezegd kan worden dat er voldoende verband bestaat tussen een dergelijke verplichting en het wezen van de erfpacht – al zou men kunnen zeggen dat dat gezien de historische achtergrond van de erfpacht nog wel het geval zou kunnen zijn. Hier kan echter weer tegen worden ingebracht dat de Romeinse ontginners vooral verplicht waren tot *ontginning*, niet zozeer tot een bepaalde exploitatie ná die ontginning. Dat laatste was vooral hun *recht*.[135] Ook ben ik er niet van overtuigd dat deze bepalingen nu zo goed in het stelsel van de wet passen, waar naar mijn indruk niet veel verplichtingen tot een bepaald gebruik voorkomen. We moeten evenwel constateren dat de wetgever hier in ieder geval anders over lijkt te

134 Vgl. in diezelfde zin, maar m.b.t. tot bouwplichten in het kader van een erfdienstbaarheid, Maeijer in Maeijer/Smalbraak 1966, p. 16-17. Hij betwijfelt ook ernstig of moet worden toegejuicht dat gemeenten de privaatrechtelijke weg bewandelen om bebouwingsvoorschriften te realiseren.

135 Bij een recht van opstal gelden deze argumenten des te meer, nu de opstaller daar in beginsel zelf het recht heeft de bestemming van de opstallen te bepalen. Art. 5:89 BW is hier niet van toepassing.

hebben gedacht.[136] Men zou zich hierbij wel af kunnen vragen of de wijzen van beïnvloeding van grondgebruik die toen duidelijk aan de orde waren, nu nog steeds even maatschappelijk gewenst worden geacht. Daar durf ik me niet over uit te laten. Ik zet slechts de kanttekening dat de argumenten van toen nu geen even grote geldigheid meer lijken te hebben:

> "Ook in het vervolg zal men [de gemeenten, *AFM*] het erfpachtrecht kunnen toepassen om een voor zeer verschillende situaties passende oplossing te vinden en om ervaring op te doen met het oog op het voorbereiden van publiekrechtelijke regelingen ten aanzien van het grondgebruik."[137]

En hiermee komen we direct op het volgende onderwerp. Want als we het over overheden hebben, hebben we het óók nog over iets anders: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de doorkruisingsleer.[138] En over die doorkruisingsleer is, specifiek waar het betreft de opneming van voorwaarden omtrent grondgebruik bij privaatrechtelijk gronduitgifte door overheden, op basis van het Windmill-arrest nog wat nadere jurisprudentie gewezen. In het Lelystad-arrest uit 1991 bekeek men of de toenmalige Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) aanknopingspunten bood voor de conclusie dat een dergelijke privaatrechtelijke gronduitgifte ontoelaatbaar was. Hierbij werd veel waarde gehecht aan het feit dat de wetgever zich in de WRO en bij de totstandkoming van de WRO niet had uitgelaten over de toelaatbaarheid van de privaatrechtelijke weg om het grondgebruik te regelen. De Hoge Raad concludeerde het volgende:

---

136 Zie uitdrukkelijk MvA II (1972) bij Titel 5.7 BW, PG Boek 5, p. 297. Ook in de MvA II Inv. (1985) bij art. 5:91 BW, PG Inv. Boek 6 BW, p. 1073 en 1074-1075 worden dergelijke plichten genoemd én toegestaan geacht: de verplichting van de erfpachter om gedurende een bepaald aantal jaren in de opstal op het in erfpacht uitgegeven terrein te blijven wonen met zijn gezin in combinatie met de verplichting om bij vervreemding of verhuur binnen diezelfde termijn de kandidaat van de erfverpachter te accepteren tegen een door de erfverpachter vastgestelde prijs, en de verplichting om de bestemming als huurwoning te handhaven. Vooral bij de eerste hier genoemde verplichting heb ik in dit kader zo mijn twijfels. De laatste plicht lijkt eerder een vervreemdingsbeperking buiten art. 5:91 BW te zijn, en dus ook sterk twijfelachtig. Zie hierover ook Struycken, diss. 2007, p. 433. Meer over dit soort 'anti-speculatiebedingen' en de houdbaarheid daarvan – ook in publiekrechtelijk opzicht – Huijgen 2003 en Huijgen 2006.

137 Idem, p. 298.

138 Hiernaast kunnen m.b.t. overheden nog andere publiekrechtelijke beperkingen gelden, tot aan de uit de grondwet voortvloeiende rechten aan toe (zoals het recht op privacy, bv. in het kader van de bevoegdheid van de bloot eigenaar om ter inspectie het in erfpacht uitgegeven pand te betreden, vgl. art. 12 Grondwet). Voorts kunnen de – ook op overheden van toepassing zijnde – leerstukken van de redelijkheid en billijkheid, onvoorziene omstandigheden, misbruik van bevoegdheid en de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW nog beperkingen met zich meebrengen. Zie hierover uitgebreid Huijgen in Van Velten e.a. 1995, p. 158-163.

> "Bij deze stand van zaken moet worden aanvaard dat de WRO niet in de weg staat aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond wordt beperkt of verboden, respectievelijk kan worden beperkt of verboden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. Een andere opvatting zou bovendien tot het resultaat leiden dat een *algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog op de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn*. Het ligt dan ook veel meer voor de hand dat de *wetgever* deze materie regelt, waarbij hij ook aandacht kan besteden aan reeds bestaande voorwaarden."[139] (cursiveringen toegevoegd)

De Hoge Raad lijkt hier wel met enige pijn in het hart deze praktijk te aanvaarden. De terughoudendheid om het decennialange gebruik van de erfpachtvoorwaarden voor grondgebruik op de helling te zetten, speelt hierbij een grote rol. Zou aan dit gebruik iets veranderd moeten worden, dan ziet de rechter hierin meer een taak voor de wetgever, dan voor zichzelf weggelegd.[140] Niet veel later voegde de Hoge Raad aan deze rechtspraak nog toe dat zelfs als een publiekrechtelijke weg ontbreekt (en er dus eigenlijk sprake is van maar één weg), dit *niet* altijd hoeft te leiden tot de conclusie dat van doorkruising geen sprake kan zijn. Het ontbreken van de publiekrechtelijke weg kan juist een belangrijke aanwijzing zijn voor het uitsluiten van de privaatrechtelijke weg.[141] Moeten we dan niet zeggen dat – nu de publiekrechtelijke regelingen, met het oog op het voorbereiden waarvan men ervaring wilde opdoen en passende oplossingen wilde zoeken, inmiddels grotendeels gerealiseerd zijn – de mogelijkheden om dezelfde resultaten via de privaatrechtelijke weg wellicht nog eens zouden moeten worden heroverwogen? Ook los van de beantwoording van deze vraag, leidt het feit dat hier geen sprake zou zijn van een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling natuurlijk nog niet tot de conclusie dat de opneming van plichten tot een bepaald grondgebruik ook tot de inhoud van beperkte rechten kunnen behoren.

Ook plichten tot het bouwen op in erfpacht uitgegeven grond worden in het kader van de bestemmingsbepaling van artikel 5:89 lid 2 BW geplaatst, en door dezelfde publiekrechtelijke jurisprudentie geregeerd (in het Lelystad-arrest

---

139 HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 691, r.o. 3.3 (*Kunst- en antiekstudio Lelystad*). In dit arrest ging het weliswaar om de voorwaarden waaronder (de *eigendom* van) een bedrijfsterrein door de gemeente was verkocht, maar de uitspraak is van betekenis voor het gehele grondbeleid van een overheidsorgaan, aldus (ook) Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 214. Andere gebruiksplichten, in het kader van eigen bewoning, zouden mogelijkerwijs in strijd met de Huisvestingswet kunnen zijn. Meer hierover in de hierboven in noot 136 genoemde publicaties van Huijgen.

140 De wetgever heeft deze taak niet op zich genomen. Ook de vernieuwde WRO laat zich over deze problematiek niet uit.

141 HR 11 december 1992, *NJ* 1994, 639 (*Vlissingse Brandweerkosten)*.

was ook van een dergelijke plicht sprake). Privaatrechtelijk acht ik hier echter een iets mildere beoordeling op zijn plaats. Deze plichten lijken mijns inziens veel meer op de ontginningsplichten die oorspronkelijk tot het wezen van het erfpachtrecht behoorden. Het gaat hier immers om plichten die binnen een afzienbare tijd afgerond kunnen worden, en niet bij voortduring beperkingen blijven inhouden met betrekking tot de erfpachtgrond, anders dan wellicht een onderhoudsplicht. Je zou daarbij kunnen zeggen dat de verplichting strekt tot nut van de onroerende zaak zelf en tot behoud (of zelfs vermeerdering) van zijn waarde. In dat geval acht ik het niet geheel onterecht aan deze plicht een zodanig verband met het zakelijke recht toe te kennen, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Bovendien is er in het stelsel van de wet in ieder geval nog één andere plicht tot bouwen te vinden: dat is die van de aanvullende last bij een erfdienstbaarheid om gebouwen, werken of beplantingen op het dienende erf aan te brengen die voor de uitoefening van die erfdienstbaarheid nodig zijn.

Alles overziend kan men stellen dat het vrij sterk van de specifiek te creëren bevoegdheid of verplichting en van (het wezen van) het beperkte recht in kwestie afhangt of deze voldoende verband met elkaar vertonen en de bevoegdheid of verplichting derhalve als inhoud van dat recht toelaatbaar is. In ieder geval zal de betrokken bevoegdheid vatbaar moeten zijn voor overgang op rechtsopvolgers. Sterk in het voordeel van een toelaatbare inhoud van het beperkte recht werkt het als deze nog enig verband houdt met de oorspronkelijke maatschappelijke functie van het beperkte recht in kwestie, goed in te passen is in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen of enig nut vertegenwoordigt voor de waarde van het belaste goed als zodanig en daarmee voor elke opvolgende eigenaar of andere gerechtigde. De beperkte rechten zijn immers oorspronkelijk ook geboren uit een zekere behoefte tot het nuttig gebruik van goederen en rechten.

8 Samenvattende slotbeschouwing

De meerduidigheid van wetsartikel 3:8 BW over het beperkte recht die ik in de Inleiding van dit proefschrift naar voren heb gebracht, heeft – blijkens het eerste, rechtshistorische deel van dit onderzoek – een lange geschiedenis. Reeds in het Romeinse recht vindt men de sporen van de twee meest gebruikte basismodellen voor de constructie van het beperkte recht. Ook vindt men hier al een zekere ontwikkeling van de (te) eenvoudige opvatting van het beperkte recht als een afgesplitst *deel van de eigendom* en de bijbehorende letterlijke opvatting van de figuur van het voorbehoud van een beperkt recht naar een andere, complexere opvatting van een beperkt recht als een *eigensoortig recht* op een zaak en als een *last* waarmee de eigendom kan worden bezwaard. Deze ontwikkeling werd in het Middeleeuwse gemene recht voortgezet: ook de daar gevonden gedachtegangen ondersteunen de zienswijze dat het beperkte recht niet kan en niet moet worden gezien als een deel van de eigendom. Bij de Duitse Pandektisten van de negentiende eeuw – die voortbouwden op de Romeinsrechtelijke traditie en die op hun beurt weer een grote invloed hebben gehad op het huidige Nederlandse BW – kwam de opvatting van het beperkte recht pas echt grondig aan de orde. Bij hen lijkt voor het eerst echt te zijn nagedacht over beperkte rechten in algemene zin, als een samenhangend geheel en los van de individuele rechten die onder deze noemer kunnen worden gevat. Onder hen lijkt bovendien een vrij grote mate van consensus te bestaan over het onderwerp: ook hier is het beeld van het beperkte recht als deel van de eigendom en de letterlijke opvatting van het voorbehoud van een beperkt recht *niet* tot de heersende leer gaan behoren. Integendeel, men zag de vestiging van een beperkt recht als een *Neubildung*, een *Neuconstituirung*: de vorming van een *nieuw* recht. Ook onder het oude Nederlandse BW kan men na een korte beschouwing van de opvattingen van enkele van de hoofdrolspelers concluderen dat de voorstelling van het beperkte recht als daadwerkelijk afgesplitst deel van de eigendom niet de overhand heeft. Steeds opnieuw in de rechtsgeschiedenis heeft men – als men zich verder in de kwestie verdiepte – moeten toegeven dat dit model een te simpele voorstelling van zaken is, met veel didactische, maar veel minder dogmatische overtuigingskracht.

Toch is de eenvoudige voorstelling van het beperkte recht als een door de eigenaar overgedragen brokstuk van zijn eigendom – juist wegens de eenvoud in taalgebruik en de didactische kracht – nooit (geheel) verdwenen. Zij bleef haar aantrekkingskracht behouden en men leek zich, in ieder geval waar dit het taalgebruik betrof, moeilijk geheel aan (de eenvoud van) de

voorstelling te kunnen ontworstelen. Het feit dat deze voorstelling nooit is verdwenen, lijkt óók samen te hangen met de middeleeuwse tweedeling van het eigendomsrecht in een *dominium directum* en een *dominium utile*, die tot aan de Franse revolutie een geduchte concurrent heeft gecreëerd voor het Romeinsrechtelijke eigendomsbegrip en voor veel complexiteit, verwarring en vertroebeling in het goederenrecht heeft gezorgd.

Ook uit de beschouwingen over het systeem van het vermogensrecht en de plaats van het beperkte recht in dit systeem in het tweede deel van dit onderzoek is gebleken dat de opvatting van het beperkte recht als deel van de eigendom geen juiste weergave vormt van de constructie van het beperkte recht. Daartoe is een analyse gemaakt van het systeem van het vermogensrecht, waarbij dit systeem bleek te kunnen worden teruggebracht tot slechts één eenvoudige, aan de realiteit rechtdoende laag van vermogensbestanddelen. De vereenzelviging van eigendom en zaak, en van toebehoren en vermogensrecht, speelden hierbij een belangrijke rol. Eigendom en beperkt recht op een zaak bleken in dit systeem *niet* te kunnen worden beschouwd als gelijksoortige 'rechten op een zaak'. Het zijn begrippen die zich op een ander niveau bevinden en in die zin dus ook op *kwalitatieve* wijze van elkaar verschillen. Het beperkte recht op een zaak kan in dit systeem daarom niet voorgesteld worden als een afgesplitst en overgedragen 'stukje eigendom'. Hetzelfde geldt voor het beperkte recht op een ander recht, waaronder met name het vorderingsrecht. Ook dit recht kan in dit systeem niet worden voorgesteld als een afgesplitst en overgedragen 'stukje vorderingsrecht'.

Bij de beperkte rechten die op andere beperkte rechten rusten (de zogenaamde 'gestapelde' rechten), althans de door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten, bleek dat alles iets genuanceerder te liggen. Hier bleken verschillende constructies denkbaar, afhankelijk van de twee beperkte rechten in kwestie. Naast het stapelingsmodel – een vestiging van beperkt recht op beperkt recht – kan hier in bepaalde gevallen ook het afsplitsingsmodel – een vestiging van beperkt recht direct op onderliggende zaak of onderliggend recht – toegepast worden. Alleen voor deze beperkte groep van gevallen blijkt de opvatting van het beperkte recht als deel van een ander recht (het eerder gevestigde beperkte recht) enige waarde te hebben. In vele andere gevallen blijkt een andere opvatting van het beperkte recht ruime(re) mogelijkheden te bieden om beperkte rechten te 'stapelen'. In het algemeen kan gezegd worden dat daarmee een grote vrijheid voor beperkt gerechtigden bestaat om op hun beurt weer beperkte rechten te vestigen.

Door middel van de in het eerste deel van dit onderzoek ondernomen zoektocht in de rechtsgeschiedenis en de in het tweede deel verrichte analyse van het systeem van het vermogensrecht en de plaats van het beperkte recht hierin, heb ik getracht een beter (dogmatisch) model van het beperkte recht in algemene zin te ontwikkelen. Dit model is derhalve enerzijds gebaseerd op rechts-

historische gronden – het beperkte recht is gedurende verschillende tijden en op verschillende plaatsen in werkelijkheid eigenlijk nooit zo opgevat als de eenvoudige voorstelling van het afsplitsingsmodel ons deed voorkomen – en anderzijds op systematische gronden – ook uit het systeem van het vermogensrecht kan worden geconcludeerd dat deze eenvoudige opvatting niet houdbaar is. Samenvattend kan worden gezegd dat het beperkte recht op basis van deze beschouwingen moet worden gezien als:

> De belasting van een zaak door zijn eigenaar of de belasting van een vermogensrecht door zijn rechthebbende met een nieuw, eigensoortig en tevoren niet bestaand recht, waarmee de positie van de eigenaar ten opzichte van zijn zaak of van de rechthebbende ten opzichte van zijn recht op enigerlei wijze wordt bezwaard.[1]

De definitie van artikel 3:8 BW zou zelfs met een zeer kleine wijziging al in grote lijnen in overeenstemming kunnen worden gebracht met deze omschrijving van het beperkte recht. Dat kan door deze in de volgende zin te wijzigen:

> Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid *van* (in plaats van: *uit*) een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard.

Het beperkte recht is immers wel degelijk in zekere zin een afgeleide van de eigendom of het vermogensrecht, namelijk in die zin dat het voor zijn vestiging afhankelijk is van de eigenaar of rechthebbende en diens positie.[2] Op deze manier bevat de definitie niet langer een (harde) verwijzing naar het afsplitsingsmodel en is hij daarmee in ieder geval niet meer direct strijdig met de door mij opgestelde omschrijving van het beperkte recht. Toch zou ik de voorkeur geven aan de deze door mij opgestelde omschrijving.

Een belangrijk resultaat van de zoektocht door de rechtsgeschiedenis en door het systeem van het vermogensrecht is in ieder geval dat men daarmee een duidelijk model van het beperkte recht voor ogen heeft gekregen, hetgeen ook voor het laatste deel van het onderzoek van groot belang is.

Uit dit derde en laatste deel van het onderzoek blijkt dat de hier geopperde opvatting van het beperkte recht – ook wel belastingsgedachte 2.0 genoemd – anders dan de andere dogmatische modellen, ook op het gebied van de *inhoud* die aan beperkte rechten kan worden gegeven weinig beperkende consequen-

---

1 Alleen op de zojuist genoemde beperkte groep van gevallen van door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten waar het afsplitsingsmodel wel degelijk *kan* worden toegepast, is, indien dit ook daadwerkelijk gebeurt, deze omschrijving niet van toepassing. In feite is hier naar mijn idee immers sprake van een *vervreemding* van een deel van het eigen recht en niet van een *bezwaring* door de beperkt gerechtigde van zijn eigen recht met een beperkt recht. Hierover uitgebreider hfdst. 6 par. 6.2.3.4.

2 Al betekent dit wat mij betreft niet dat een beperkt recht slechts bevoegdheden kan bevatten die normaal gesproken in de eigendom besloten liggen.

ties kent. De opvatting brengt in beginsel zelfs nauwelijks enige beperking mee voor de mogelijke inhoud van beperkte rechten; alleen bij door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten moeten – wegens de positie van de altijd aanwezige derde (de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht) – enige beperkingen in acht worden genomen. Nu het wringende model van de afsplitsing grotendeels af kan worden geworpen, kan in een groot aantal gevallen ook het beperkende 'aftrekprincipe' of 'subtractieprincipe' terzijde worden gesteld: het principe dat beperkte rechten als inhoud slechts een deel van de bevoegdheden kunnen hebben die normaal gesproken in de eigendom besloten liggen. Ditzelfde geldt voor het – in enigszins mindere mate – wringende model van de afspiegeling en het principe van de heerschappijverdeling en de 'insnoerende bepalingen'.

Met het in dit proefschrift geopperde dogmatische model van het beperkte recht wordt ook de discrepantie opgeheven tussen de inhoud die beperkte rechten in de meeste dogmatische modellen kunnen hebben en de inhoud die beperkte rechten kunnen hebben op basis van de in de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis gestelde criteria. Tevens wordt de omslachtige constructie van de kwalitatieve verbintenis vermeden, een constructie die bovendien naar mijn idee de scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht niet ten goede komt. Een beperkt recht is in de in dit proefschrift verdedigde opvatting met heel zijn inhoud een goederenrechtelijk recht. Er hoeft bij deze inhoud geen systematisch onderscheid meer te worden gemaakt tussen bevoegdheden en verplichtingen of tussen verschillende soorten van verplichtingen, zoals verplichtingen tot een dulden of niet-doen en verplichtingen tot een doen.

Aangezien het om meerdere redenen toch van belang is om enige grenzen te stellen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten, wordt naar die grenzen gezocht met behulp van de criteria die in de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis zijn ontwikkeld. In die zoektocht sluit ik me bij deze criteria aan en doe ik een poging deze criteria zoveel mogelijk in onderlinge samenhang te gebruiken. Bij de toepassing van die criteria op enkele in de jurisprudentie en parlementaire geschiedenis genoemde en in de praktijk veel voorkomende voorbeelden van de inhoud van beperkte rechten heb ik getracht te komen tot uitkomsten die goed passen in het stelsel van de wet en die aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen, overeenkomstig het Quint/Te Poel-criterium. De gehanteerde criteria zijn echter vrij flexibel en dynamisch, en de toepassing in concreto blijft daarmee wellicht in sommige gevallen ook enigszins onzeker. Enige onzekerheid moet hier echter op de koop toe worden genomen, teneinde de mogelijkheid te behouden om snel en goed in te spelen op toekomstige ontwikkelingen, en om aan veranderende maatschappelijke opvattingen en functies een zekere mate van ruimte te geven. Men moet ervoor waken dat de criteria bij voorbaat al zo concreet worden ingevuld, dat ze (in potentie) veel te beperkend worden. De (te) beperkende

invloed van de in dit onderzoek besproken modellen en principes, kon met de in dit proefschrift geopperde opvatting van het beperkte recht immers juist worden loslaten.

Dit alles heeft geleid tot een moderne, goederenrechtelijk georiënteerde opvatting van het beperkte recht. In deze opvatting bestaat er binnen het goederenrecht – en uiteraard binnen zekere grenzen – een grote vrijheid voor de eigenaar van een zaak en de rechthebbende van een recht om hun goederen naar eigen inzicht met beperkte rechten te belasten; een grote vrijheid voor hoofdgerechtigden en beperkt gerechtigden om hun rechten inhoudelijk vorm te geven en hun onderlinge verhouding met goederenrechtelijk effect te regelen; én een grote vrijheid voor eenieder om de reeds door een ander belaste goederen of de reeds door een ander vormgegeven goederenrechtelijke rechten en verhoudingen – in hun geheel, dus met alle daaraan verbonden bevoegdheden en verplichtingen – te aanvaarden, door middel van de verwerving van die goederen of rechten.

Summary and conclusion

THE LIMITED RIGHT IN REM

An analysis of its theoretical construction, its position in the system of property law and its possible content

The ambiguity of article 3:8 of the Dutch Civil Code on the limited right *in rem* (= all rights *in rem* other than ownership) that was mentioned in the introduction of this dissertation, has, as the first part of this research on legal history shows, a long history. Already in Roman law the traces of the two most commonly used basic models for the construction of the limited right *in rem* can be found. One can also find a certain development in Roman law from the (over)simplified representation of the limited right *in rem* as a *separated part of the right of ownership* and the corresponding very literal notion of the figure of retention of a limited right *in rem* to another, more complex notion of a limited right in rem as a *right on property of a class of its own*, as a *burden* with which the ownership can be charged. This development was continued in medieval law. The lines of thought found in this period support the view that the limited right *in rem* can and must not be seen as a fragment of the right of ownership. The German Pandectists of the 19th century – who built on Roman law tradition and in their turn have had a substantial influence on the present Dutch Civil Code – have thoroughly examined the construction of the limited right *in rem*. They seem to have been the first to properly think through the limited rights *in rem* in general, as a coherent whole and apart from the various individual rights that can be qualified as a right *in rem*. Moreover, they seem to have reached a fair amount of consensus amongst themselves about the subject: they, too, have *not* considered the notion of the limited right *in rem* as a fragment of the right of ownership and the literal notion of the retention of a limited right *in rem* as the dominant view. On the contrary, they regarded the formation of a limited right *in rem* as a *Neubildung* or *Neuconstituirung*: the creation of a *new* right. Under the old Dutch Civil Code one can, after giving brief consideration to the views of some of the leading figures, also conclude that the representation of the limited *right in rem* as an actual separated part of the right of ownership did not prevail. Again and again in legal history, after digging deeper into the subject, one has had to admit that this model is an oversimplified representation of matters with a lot of didactical value, but much less dogmatical persuasiveness.

And yet, the simple representation of the limited right *in rem* as a fragment of the right of ownership that has been transferred by the owner has – precisely because of the simplicity in language and the didactical power – never (fully) disappeared. It has always kept its attraction and it seemed hard, at least where it concerned the language, to renounce (the simplicity of) the idea. The fact that this notion has never disappeared seems also to be connected to the medieval dichotomy of ownership between *dominium directum* and *dominium utile*, that has created a formidable competitor for the Roman concept of ownership up to the French revolution, and has created a lot of complexity, confusion and obfuscation in property law.

The considerations in the second part of this research about the system of property law and the position of the limited right *in rem* within this system also show that the notion of the limited right *in rem* as a fragment of the right of ownership is not an accurate representation of the construction of the limited right *in rem*. For this purpose an analysis has been made of the system of property law, in which it was found that this system could be reduced to only one simple level of property assets that does justice to reality. The identification of ownership of a tangible object with the tangible object itself, and of ownership of a right with the right itself, played an important role in all of this. It proved *not* to be possible to consider ownership and limited rights *in rem* as similar 'rights on an object' in this system. They are quantities that are situated on different levels and therefore also differ in a *qualitative* way. Consequently, in this system the limited right *in rem* on a tangible object can not be represented as a separated and transferred 'piece of ownership'. The same applies to the limited right *in rem* on another right, including in particular the right *in personam*. This limited right *in rem* can also not be represented as a separated and transferred 'piece of right *in personam*'.

In case of limited rights *in rem* encumbering other limited rights *in rem* (the so-called 'stacked' rights), or at least limited rights *in rem* established by a person entitled to another limited right *in rem*, this was all rather more differentiated. Here, different constructions proved to be conceivable, dependent on the two limited rights *in rem* in question. Apart from the 'stacking model' – the formation of a limited right *in rem* encumbering another limited right *in rem* – in certain cases the 'fragmentation model' – the formation of a limited right *in rem* directly on the underlying tangible object or the underlying right – can be used. Only for this limited group of cases the idea of the limited right *in rem* as a fragment of another right (the earlier established limited right *in rem*) seems to have any value. In many other cases another notion of the limited right *in rem* is found to offer ample(r) possibility to 'stack' limited rights *in rem*. In general, it can be said that thus a great amount of freedom exists for those entitled to a limited right *in rem* to create limited rights *in rem* themselves.

By means of the search in legal history undertaken in the first part of this book and the analysis of the system of property law and the position of the limited right *in rem* within this system carried out in the second part, I have tried to develop a better (dogmatical) model of the general notion of the limited right *in rem*. This model has accordingly been based upon historical grounds on the one hand – across different times and places the limited right *in rem* has never actually been understood as the simple representation of the 'fragmentation model' made it appear – and on systematic grounds on the other hand – the system of property law also leads to the conclusion that this simple representation is not tenable. Summing up, it can be said that on the basis of these considerations the limited right *in rem* must be understood as:

> The encumbrance of a tangible object by its owner or the encumbrance of a right by the person entitled to that right with a new, previously not existing right of a class of its own, with which the position of the owner with regard to his tangible object or the position of the person entitled to a right with regard to his right is in any way charged.[1]

The definition of article 3:8 BW could with only a very small alteration be brought in accordance with the definition of the limited right *in rem* given above. This can be done by changing it in the following way:

> Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid *van* (instead of: *uit*) een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard.

After all, the limited right *in rem* in a certain sense still is a derivative of the right of ownership or of another right in question, that is in the sense that for its establishment it depends on the owner or person entitled, and his position.[2] This definition does no longer include a (clear) reference to the 'fragmentation model' and thus in any case is not inconsistent anymore with my own definition of the limited right *in rem* as given above. Nevertheless, I would still prefer this last definition.

An important result of the search through legal history and through the system of property law therefore is that we now have a clear model of the limited right *in rem* in mind, something that is of great importance for the last part of this research as well.

---

1 This definition does only not apply to the just mentioned limited group of cases of limited rights *in rem* established by those entitled to a limited right *in rem* themselves in which the 'fragmentation model' *can* be and is actually being used. After all, this, in my view, in fact concerns the *transfer* of part of one's own limited right *in rem* and not the *encumbrance* with a limited right *in rem* of one's limited right *in rem* by the person entitled to this latter right. More extensively on this subject: Ch. 6 par. 6.2.3.4.

2 Although for me this does not mean that a limited right *in rem* can only include rights that are normally included in the right of ownership.

In the third and last part of this research the proposed view on the limited right *in rem* – the so-called 'encumbrance model' 2.0 – contrary to the other dogmatical models is found to have little restrictions for the *content* that can be given to limited rights *in rem* as well. This view in fact entails hardly any restriction in principle for the possible content of limited rights *in rem*; only in case of limited rights *in rem* established by those entitled to a limited right *in rem* themselves some restrictions must be observed, because of the position of the ever-present third party (the owner of the underlying tangible object or the person entitled to the underlying right). So now that the pinching 'fragmentation model' can for the most part be cast away, in a great amount of cases the restricting 'principle of subtraction' can also be left behind: the principle that the content of limited rights *in rem* can only be a part of the rights that normally are included in the right of ownership. The same applies to the – somewhat less – pinching 'reflection model', the 'principle of division of powers' and the 'constricting clauses'.

The dogmatical model of the limited right *in rem* proposed in this research also dissolves the inconsistency between the content that limited rights *in rem* can have in most dogmatical models and the content that limited rights *in rem* can have according to the criteria laid down in jurisprudence and parliamentary history. At the same time the rigmarole construction of the qualitative obligation is avoided, a construction that in my opinion does also not improve the division between the law of property and the law of obligations. In the view that is proposed in this dissertation the limited right *in rem* is a right *in rem* as to the whole of its content. A systematic distinction between rights and duties included in the limited right *in rem* or between different sorts of duties, such as the duties to tolerate or refrain from doing something and those to perform, does not have to be made anymore.

Since there still are a few other reasons that make it important to have a certain amount of restrictions to the possible content of limited rights *in rem*, the boundaries of this content are examined by means of the criteria that have been developed in jurisprudence and parliamentary history. In this search for boundaries I support these criteria and attempt to apply them consistently and in accordance to each other. In the application of the criteria to some examples of the content of limited rights *in rem* mentioned in jurisprudence and parliamentary history and frequently occurring in practice I have sought to find an outcome that fits well in the system of the law and that is closely linked to the cases regulated by law, according to the Quint/Te Poel-criteria. However, the criteria employed remain quite flexible and dynamic, and thus the application in specific cases may remain somewhat uncertain in some of these cases. Yet we have to be prepared to put up with a certain amount of uncertainty, in order to keep the possibility to properly anticipate future developments and to give a certain amount of free rein to changing public beliefs and social functions. We have to make sure the criteria are not specified

in advance in such a way that they will (potentially) become too restrictive. After all, the (over)restrictive influence of the models and principles discussed in this research was exactly that which could be left behind because of the view on the limited right *in rem* proposed in this dissertation.

All of the above has lead to a modern, property law orientated notion of the limited right *in rem*. With this notion in mind a great amount of freedom exists in property law – of course within certain boundaries – for the owner of a tangible object and for the person entitled to a right to burden their property with limited rights *in rem* at their own discretion; a great amount of freedom for owners and for those entitled to limited rights *in rem* to determine the content of their rights and their internal relation with property law consequences; and a great amount of freedom for everyone to accept the property already burdened by another or the rights *in rem* and property law relations already formed by another – in total, so with all accompanying rights and duties – by means of acquisition of the property or the rights in question.

Literatuurlijst

Akkermans, diss. 2008
B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2008.

Asser/Scholten 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974 (oorspr. uitgave 1931).

Asser/Davids, Mijnssen & Van Velten 1996
W.J.M. Davids e.a., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3-II Zakenrecht, Zakelijke rechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Asser/Beekhuis-Mijnssen 1980
J.H. Beekhuis en F.H.J. Mijnssen, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3-I Zakenrecht, Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

Asser/Mijnssen-De Haan 2006
F.J. Mijnssen e.a., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3-I Goederenrecht, Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008
F.J. Mijnssen e.a., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 5 Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.

Azo
Portius Azo, *Summa super Codicem: instituta extraordinaria*, herdruk van de uitgave 1506, Turijn 1966.

Bartels & Milo 2004
S.E. Bartels en J.M. Milo, 'Contents of Real Rights: Personal of Proprietary. A Principled History', in: S.E. Bartels en J.M. Milo (red.), *Contents of Real Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 5-23.

Berger 1953
A. Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia: American Philosophical Society 1953.

Van den Bergh 1979
G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom, grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer: Kluwer 1979.

Van den Bergh/Jansen 2011
G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen (bew.), *Geleerd recht, een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2011.
Van Boneval Faure 1847
R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure, 'Over den invloed en de kracht van den regel des Romeinschen regts *traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* in het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vooral in vergelijking met den Code Napoleon', in: C.A. den Tex en J. van Hall (red.), *Nederlandsche jaarboeken voor regtsgeleerdheid en wetgeving, Deel IX*, Amsterdam: Johannes Müller 1847, p. 296-338.
Van Boneval Faure 1863
R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure, 'Het stelsel van openbaarheid van den eigendom en van de zakelijke regten in zijne toepassing op het tenietgaan van laatstgemelde regten beschouwd', in: B.J.L. de Geer en R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure (red.), *Nieuwe bijdragen voor regtsgeleerdheid en wetgeving, Deel XIII*, Amsterdam: Johannes Müller 1863, p. 459-475.

Dernburg, Pfandrecht I (1860)
H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Erster Teil*, Leipzig: Hirzel 1860.
Dernburg, Pandekten I (1894)
H. Dernburg, *Pandekten. Erster Band: Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin: Müller 1894.
Diephuis VI (1886)
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt. Deel IV*, Groningen: Wolters 1886.
Van Dijck & Van den Heuvel, *TvI* nr. 4-2004
G. van Dijck en N.W.M. van den Heuvel, 'Discussiëren over goederenrecht', *TvI* nr. 4-2004, p. 191-200.
Dirksen I (1841)
H.E. Dirksen, *Vermischte Schriften. Erster Theil*, Berlijn: Wilhelm Besser 1841.
Van Dooren, *WPNR 5262* (1974)
L.G.F.M. van Dooren, ''Geven' of 'voorbehouden' van vruchtgebruik op onroerend goed? In verband met de overdrachtsbelasting', *WPNR 5262* (1974), p. 297-300.

Eggens, *WPNR 3651/3652* (1939)
J. Eggens, 'Is de beslaglegger rechtverkrijgende van den beslagene?', *WPNR 3651 en 3652* (1939), p. 613-615 en 625-627.
Eggens 1958
J. Eggens, 'Samenval van momenten in rechtshandelingen', in: J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Deel 1,* Haarlem: De Erven F. Bohn N.V. 1958, p. 168-194.
Van Erp 2004
J.H.M. van Erp, 'Positive Duties in the Grey Area between Contract and Property Law', in: S.E. Bartels en J.M. Milo (red.), *Contents of Real Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 149-162.

Feenstra 1971
R. Feenstra, 'Les origines du "dominium utile" chez les glossateurs', in: R. Feenstra, J.H.A. Lokin en N. van der Wal (red.), *Flores legum H.J. Scheltema antecessori Groningano oblati*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1971, p. 49-93.
Feenstra 1978
R. Feenstra, 'Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen', in: O. Berends e.a. (red.), *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1978, p. 209-234.
Feenstra 1979
R. Feenstra, *Ius in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, Den Haag/Zwolle: Universitaire Pers Leiden/W.E.J. Tjeenk Willink 1979.
Feenstra 1989
R. Feenstra, '*Dominium* and *ius in re aliena*: The Origins of a Civil Law Distinction', in: P. Birks (red.), *New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays for Barry Nicholas)*, Oxford: Clarendon Press 1989, p. 111-122.
Feenstra 1994
R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill/Universitaire Pers Leiden 1994.
Freisen, diss. 1881
J. Freisen, *Vorbehalt von dinglichen Rechten bei Eigenthumsübertragung nach römischem Recht* (diss. München), Paderborn: F. Schöningh 1881.
French 2006
S. French, 'The American Restatement of Servitudes Law: Reforming Doctrine by Shifting From Ex ante to Ex post Controls on the Risks Posed by Servitudes', in: S. van Erp en B. Akkermans (red.), *Towards a Unified System of Land Burdens?*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 109-116.

Gesterding VI (1837)
F.C. Gesterding, *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Sechsten Theiles erste Abtheilung*, Greifswald: C.A. Koch 1837.
Ginossar
S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimonieux*, Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias 1960.

Hugo de Groot, *Inleidinge*
H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, Leiden: Universitaire Pers 1965 (oorspr. uitgave 1631).
Hartkamp 2005
A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005.
Heirbaut 2005
D. Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent: Academia Press 2005.
Heyman, *WPNR 6432* (1999)
H.W. Heyman, 'Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een apparternentseigenaar?', *WPNR 6342* (1999), p. 52-56.

Heyman 2004
H.W. Heyman, 'Contents of the Real Right: Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law', in: S.E. Bartels en J.M. Milo (red.), *Contents of Real Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 71-81.

Heyman 2005
H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: W.G. Huijgen e.a., *2000 jaar eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31.

Heyman/Bartels, *NTBR* 2006
H.W. Heyman en S.E. Bartels, 'Is een huis bestanddeel van de grond? Een rechtsgeleerde dialoog tussen H.W. Heyman en S.E. Bartels', *NTBR* 2006/7, nr. 40.

Heumann/Seckel 1914
E. Seckel, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena: Gustav Fischer 1914.

Hijma/Olthof 2008
J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt*
U. Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk* (bewerkt door Z. Huber), Amsterdam: Gerrit de Groot en zoon en Petrus Schouten 1768 (oorspr. uitgave 1686).

Huijgen 1995
W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Huijgen 2003
W.G. Huijgen, 'Gemeentelijke anti-speculatiebedingen: geldig of niet?', *JBN* 2003, nr. 45.

Huijgen 2006
W.G. Huijgen, 'Anti-speculatiebeding is niet in strijd met Huisvestingswet', *JBN* 2006, nr. 37.

Huijgen 2008-I
W.G. Huijgen, 'Ouderlijke boedelverdeling met toedeling van recht van vruchtgebruik nietig', *WPNR 6740* (2008), p. 94-96.

Huijgen 2008-II
W.G. Huijgen, 'Artikel 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht', *WPNR 6771* (2008), p. 754-757.

Jansen, *GROM* XXIV (2007)
J.E. Jansen, 'Konfusion über die Konfusion. Over de onnodige relativering van goederenrechtelijke bevoegdheden in artikel 3:81 lid 3', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIV (2007), p. 73-99.

Jansen, *GROM* XXV (2008)
J.E. Jansen, 'Potharst/Serrée in het Romeinse recht. Enige opmerkingen over het overdragen van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXV (2008), p. 75-91.

Jhering III (1877)
R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Theil Erste Abtheilung*, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1877.

Johow, Sachenrecht I
R. Johow, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 1*, Berlin: Walter de Gruyter & Co 1982 (oorspr. uitgave 1880).
De Jong, *GROM* XXII (2005)
Th. F. de Jong, 'Enkele opmerkingen over de mogelijkheid goederenrechtelijke rechten te omschrijven in verbintenisrechtelijke begrippen ofwel over het nut van de *summa divisio*', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXII (2005), p. 33-47.
De Jong, diss. 2006
Th. F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Kaser I (1971)
M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt*, München: C.H. Beck 1971.
Kaser II (1975)
M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt*, München: C.H. Beck 1975.
Kaser/Knütel 2003
R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, München: C.H. Beck 2003.
Kaser/Wubbe 1971
F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.
Kisch, diss. 1932
I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten* (diss. UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1932.
Kisch, *WPNR 4407/4408* (1955)
I. Kisch, 'Formulering van rechtsregels in het ontwerp B.W.', *WPNR 4407 en 4408* (1955), p. 321-324 en 333-336.
De Koninck 2000
C. de Koninck, *Beknopte Encyclopedie van het Romeinse recht*, Antwerpen: Maklu 2000.
Koops, diss. 2010
E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht* (diss. Leiden), Waddinxveen: Boom Juridische uitgevers 2010.
Kop 1980
P.C. Kop, *Beschouwingen over het zgn. 'vulgaire' Romeinse recht* (diss. UvA), Den Haag/Zwolle: Universitaire Pers Leiden/Tjeenk Willink 1980.

Land II (1901)
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Deel II*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1901.
Landsberg 1883
E. Landsberg, Die *Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum*, Leipzig: F.A. Brockhaus 1883.
Langemeijer 1950
G.E. Langemeijer, 'Meijers en de Rechtsdogmatiek', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Jaargang 1950, p. 132-148.

Lokin 2008
J.H.A. Lokin, *Prota: vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen: Chimaira 2008.
Lokin & Zwalve 2006
J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Lovett 2008
J. Lovett, 'Creating and Controlling Private Land Use Restrictions in Scotland and Louisiana: A Comparative Mixed Jurisdiction Analysis', *EJCL* 2008/12.1, p. 1-21.

Van Maanen, *NTBR* 2006
G.E. van Maanen, 'Is een gebouw bestanddeel van de grond?', *NTBR* 2006/6, nr. 32.
Maasland 2010
J.L.D.J. Maasland, 'Verdeling met toedeling van vruchtgebruik', *TE* 2010/5, p. 73-76.
Maeijer/Smalbraak 1966
J.M.M. Maeijer en J.Th. Smalbraak, *Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen (huidig en wordend recht) (Preadviezen Broederschap der Candidaat-Notarissen)*, S.l.: s.n. 1966.
Meijers, *WPNR 2104* (1910)
E.M. Meijers, Tijdschriftenoverzicht, *WPNR 2104* (1910), p. 204-206.
Meijers, *Algemene Begrippen*
E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel 1. De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire pers 1948.
Mertens, oratie 2011
R.F.H. Mertens, *Ontginning van woeste gronden* (oratie Open Universiteit), Nexus legal 2011.
Mommsen 1954
T. Mommsen en P. Krüger, *Corpus iuris civilis. Volumen primum. Institutiones et Digesta*, Berlijn: Weidmannsche Verlagsbuchhandlung 1954.
Mommsen, Krüger & Watson 1985
T. Mommsen, P. Krüger & A. Watson, *The Digest of Justinian*, Philadelphia (Pa.): University of Pennsylvania Press 1985.
MünchKommBGB/Säcker (§ 903)
F.J. Säcker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Sachenrecht (§§ 854-1296)*, München: C.H. Beck 2004.
MünchKommBGB/Falckenberg (Vor § 1018)
H. Falckenberg, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Sachenrecht (§§ 854-1296)*, München: C.H. Beck 2004.

Neppelenbroek 2006
E.D.C. Neppelenbroek, 'Dogmatisch purisme', *NJB* 2006/32, nr. 1395.
Nève 1996
P.L. Nève, 'Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht. Bundel*

opstellen, aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 223-232.

Nicholas 1976
B. Nicholas, *An introduction to Roman Law*, Oxford: University Press 1962.

Oltmans 1958
A.C. Oltmans, *De Instituten van Gaius*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1958.

Van Oostrom-Streep, diss. 2006
N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Opstall, *WPNR 4919-4926* (1966)
S.N. van Opstall, 'Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen', *WPNR 4919-4926* (1966), p. 383-388, 395-399, 407-411, 419-422, 431-434, 443-446, 455-459, 467-473.

Opzoomer III (1876)
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke wetboek, verklaard door mr. C.W. Opzoomer, Derde deel*, Amsterdam: J.H. Gebhard 1876.

Van Oven 1948
J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948.

PG Boek 3 BW
C.J. van Zeben e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 5 BW
C.J. van Zeben e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek. Boek 5 Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 6 BW
C.J. van Zeben e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek. Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Inv. Boek 3 BW
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek. Invoering Boek 3, 5 en 6. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

PG Inv. Boek 5 BW
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek. Invoering Boek 3, 5 en 6. Boek 5 Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1990.

PG Inv. Boek 6 BW
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek. Invoering Boek 3, 5 en 6. Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Pitlo 1949
A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1949.

Pitlo/Gerver e.a. 1995
P.H.M. Gerver e.a., *Pitlo. Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Pitlo/Reehuis-Heisterkamp 2001
W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands Burgerlijk recht. Deel 3 Goederenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.
Pitlo/Reehuis-Heisterkamp 2006
W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands Burgerlijk recht. Deel 3 Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.
Placentinus (Summa Codicis)
Petrus Placentinus, *Summa Codicis*, herdruk van uitgave Mainz 1536, Turijn 1962.
Plantenga/Treurniet 1957
W.B. Plantenga en W.C. Treurniet, *Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden (Preadviezen Broederschap der Candidaat-Notarissen)*, S.l.: s.n. 1957.
Pleysier, *WPNR 5509/5510* (1980)
A.J.H. Pleysier, 'Over het voorbehoud van beperkte zakelijke rechten', *WPNR 5509 en 5510* (1980), p. 181-183 en 197-200.
Pleysier, *WPNR 5651* (1983)
A.J.H. Pleysier, 'Gestapelde rechten in het nieuwe burgerlijk wetboek', *WPNR 5651* (1983), p. 297-302.
Ploeger, diss. 1997
H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Rank-Berenschot, diss. 1992
E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht (*diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
Reid 2006
K. Reid, 'Modernising Land Burdens: The New Law in Scotland', in: S. van Erp en B. Akkermans (red.), *Towards a Unified System of Land Burdens?*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 63-79.
Roby 1886
H.J. Roby, *An introduction to the study of Justinian's digest (containing an account of its composition and of the jurists used or referred to therein together with a full commentary on one title (de usufructu))*, Cambridge: University Press 1886.

Sagaert 2004
V. Sagaert, 'Real rights and real obligations in Belgian and French law', in: S.E. Bartels en J.M. Milo (red.), *Contents of Real Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 47-70.
Sagaert 2006
V. Sagaert, 'The fragmented system of land burdens in French and Belgian law', in: S. van Erp en B. Akkermans (red.), *Towards a Unified System of Land Burdens?*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 31-52.
Slagter, rede 1968
W.J. Slagter, *Juridische en economische eigendom* (diesrede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1968.
Snijders & Rank-Berenschot 2007
H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

H.J. Snijders, *NTBR* 2006
H.J. Snijders, 'Rechtstatus van duurzaam met de grond verenigde objecten, een duurzaam probleem?, *NTBR* 2006/10, nr. 60.
W. Snijders 2002
W. Snijders, 'De openheid van het vermogensrecht', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Onderneming en 10 jaar burgerlijk recht*, Kluwer: Deventer 2002, p. 27-58.
W. Snijders, *WPNR 6689* (2006)
W. Snijders, Boekbespreking diss. De Jong, *WPNR 6689* (2006), p. 831-836.
Sohm/Mitteis & Wenger 1928
R. Sohm/L. Mitteis & L. Wenger (bew.), *Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1928.
Spruit & Bongenaar 1987
J.E. Spruit en K.E.M. Bongenaar, *Fragmenta Vaticana, Collatio, Consultatio, Scholia Sinaïtica, Probus. Het erfdeel van de klassieke Romeinse juristen, deel IV*, Zutphen: De Walburg Pers 1987.
Spruit c.s. I (1993)
J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. Deel I Instituten*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 1993.
Spruit 1994
J.E. Spruit, *Enchiridium: een geschiedenis van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994.
Spruit c.s. II (1994)
J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. Deel II Digesten 1-10*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 1994.
Spruit c.s. IV (1997)
J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. Deel IV Digesten 25-34*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 1997.
Spruit c.s. V (2000)
J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. Deel V Digesten 35-42*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 2000.
Spruit c.s. VI (2001)
J.E. Spruit, R. Feenstra en F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. Deel VI Digesten 43-50*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 2001.
Spruit 2000
J.E. Spruit, *Gesprek met Gaius, jurist in Klein-Azië*, Antwerpen: Maklu 2000.
Spruit 2003
J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003

Staudinger/Frank 2009 (Vorbem zu §§ 1030 ff)
J. Frank e.a., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch: Sachenrecht, §§ 1018-1112*, Berlijn: Sellier/de Gruyter 2009.

Steneker, *WPNR 6766* (2008)
A. Steneker, 'Overdracht onder voorbehoud van pandrecht', *WPNR 6766* (2008), p. 644-655.
Van der Steur, diss. 2003
J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.
Struycken, diss. 2007
T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.
Struycken 2011
T.H.D. Struycken, 'The *Numerus Clausus* and Party Autonomy in the Law of Property', in: R. Westrik en J. van der Weide (red.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munchen: Sellier 2011, p. 59-82.
Suijling I (1927)
J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Eerste stuk, Eerste gedeelte*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1927.
Suijling I (1948)
J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Deel I: Algemene beginselen*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1948.
Suijling V (1940)
J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Vijfde Stuk: Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940.

Vangerow I (1863)
K. A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten, Erster Band*, Marburg/Leipzig: Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung 1863.
Van Velten e.a. 1995
A.A. van Velten e.a., *Erfpacht (Preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap)*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995.
Van Velten, *WPNR 6700/6701* (2007)
A.A. van Velten, 'Pleidooi voor het grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging', *WPNR 6700 en 6701* (2007), p. 179-188 en 201-207.
Van Velten 2012
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2012.
Verstijlen, *RM Themis* 2006
F.M.J. Verstijlen, Boekbeschouwingen diss. Van der Steur en De Jong, *RM Themis* 2006, p. 270-275.
Veugen, *WPNR 5285* (1974)
P.H.H.G. Veugen,'Voorbehoud van vruchtgebruik-III', *WPNR 5285* (1974), p. 793-794.
Villey 1950
M. Villey, 'Le 'jus in re' du droit romain classique au droit moderne, suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des Glossateurs', in: R. Besnier & G. Boyer (red.), *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947 (Publications*

de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris, nr. 6), Parijs: Sirey 1950, p. 187-225.

Vonck, *WPNR 6717* (2007)
F.J. Vonck, 'De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden', *WPNR 6717* (2007), p. 598-603.

Vonck, diss. 2013
F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Voorduin III (1838)
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken. Deel III Burgerlijk Wetboek art. 385-876*, Utrecht: Robert Nathan Akademie-boekhandelaar 1838.

De Vries/Pleysier 2002
A.E. de Vries en A.J.H. Pleysier (bew.), *Erfpacht en opstal*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Van der Walt 1992
A.J. van der Walt, 'Der Eigentumsbegriff', in: R. Feenstra & R. Zimmermann (red.), *Das römisch-hollandische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlijn: Duncker & Humblot 1992, p. 485-520.

Wery, *RM Themis* 1961
J.L.L. Wery, 'Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp B.W. in verband met de beperkte conceptie van het "zakelijk recht"', *RM Themis* 1961, p. 79-97.

Wiegand 1976
W. Wiegand, 'Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff', in: H. Coing & W. Wilhelm (red.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band III*, Frankfurt am Main: Klostermann 1976.

Windscheid-Kipp I (1906)
B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band*, Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rütten & Loening 1906.

Wolfert, *WPNR 6523/6525* (2003)
E.C.M. Wolfert, 'Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW', *WPNR 6523 en 6525* (2003), p. 191-197 en 279-285.

Zwalve 1994-I
W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over art. 3:242 BW (Een kleine 'pandektistische' exercitie over de samenhang tussen de constructie der herverpanding en die van de verpanding van door een pandrecht verzekerde vorderingen)', in: T. Hartlief e.a., *CJHB, Brunner-Bundel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 441-450.

Zwalve 1994-II
W.J. Zwalve, *Het Proteïsch Paradigma* (oratie Leiden), Groningen: Wolters-Noordhoff 1994.

Zwalve, *WPNR 6546* (2003)
W.J. Zwalve, 'Art. 3:94 BW Zo moet het niet!', *WPNR 6546* (2003), p. 667-668.

Zwalve 2003
W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
Zwalve 2006-I
W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Zwalve 2006-II
W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Zwalve, *MvV* 2008/9
W.J. Zwalve, 'De 'numerus clausus'. Beschouwingen naar aanleiding van een recent verschenen dissertatie', *MvV* 2008/9, p. 198-204.
Zwitser, *WPNR 6746* (2008)
R. Zwitser, 'Contractuele 'overdracht' en contractueel pand', *WPNR 6746* (2008), p. 211-222.

Trefwoordenregister

A
absoluut recht | 94-95, 98, 103-105, 133, 242
accessoir recht | 236-237
zie ook afhankelijk recht
Accursische glosse | 37, 39, 41-43
afhankelijk recht | 28, 52 195, 200-202, 206
zie ook accessoir recht
afleiden | 2, 100, 128, 216
afspiegelingsmodel | 126-128, 230, 231, 232 e.v., 239, 244, 276
afsplitsing | 24, 46, 48, 50-52, 57, 85-88, 118 e.v., 126 e.v., 176 e.v., 181, 182 e.v., 191 e.v., 204 e.v., 213, 215 e.v., 220, 233, 258
afsplitsingsconstructie | 221-223
afsplitsingsmodel | 4, 8, 18, 32, 49, 69-70, 84, 118 e.v., 126 e.v., 181, 184 e.v., 187, 191 e.v., 213, 216 e.v., 225 e.v., 244, 274-275
aftrekprincipe | 213, 225 e.v., 244, 276
algemene voorwaarden | 252, 270
anti-speculatiebeding | 270
appartementsrecht | 182-3, 196

B
belasting | 3-4, 29, 38, 46, 82 e.v., 101, 118, 120, 127, 130, 138, 174 e.v., 198-199, 202 e.v., 215, 219 e.v., 226-227, 231 e.v., 251, 254, 275
belastingsgedachte | 232-233, 238 e.v., 257-258, 275
beschikkingsbevoegdheid | 47, 95, 98, 131, 133, 137, 139, 147, 165, 220, 226-227, 267
bestanddeel | 21, 24, 33, 39, 46-48, 53, 73, 205-207
bestemming | 208, 268-271
bezit | 62, 108, 111, 113-114, 135, 146-147, 150-159, 255
bezwaring | 2-3, 22, 65, 71, 82, 85-87, 115-116, 123, 127-128, 135, 138, 174 e.v.,191-192, 202, 209, 217-218, 223, 267
bouwplicht | 264, 267, 269, 271-272
burenrecht| 78, 228, 241, 253

C
canon | 218, 229, 234, 236, 242, 246, 253, 257-258, 264, 266
causaal vruchtgebruik | 38-39, 41, 53
cessie | 151
Code civil | 67, 249-250
constitutieve overdracht | 50, 84-85
corpora mystica | 103, 105, 113, 164
crediteursvervanging – *zie* schuldeisersvervanging

D
derdenbescherming | 189, 254-255
derelictie | 120, 174
derivatieve verkrijging | 50, 84-85, 134-135, 216
dienstbaarheid | 21-22, 28, 38, 46
dominium directum | 42-43, 61, 65-66, 69, 72-73, 274
dominium minus plenum | 63-64
dominium plenum | 24, 62
dominium quiescens | 73-74, 78-79
dominium utile | 42-43, 61, 65-66, 69, 72-73, 207, 274
doorkruisingsleer | 256, 270-272
droit de suite zie zaaksgevolg
dwingend recht | 199, 239, 262, 267

E
elasticiteit | 88, 127, 129, 130
erf | 49, 52, 55, 79, 132, 195, 197, 219, 227 e.v., 234, 236 e.v., 260-261, 264, 272
erfdienstbaarheid | 22, 25 e.v., 33, 40, 49, 51, 54 e.v., 69, 79, 118, 132, 182, 195 e.v., 219, 227, 229 e.v.
erfpacht | 64-65, 178-179, 182, 192-194, 203 e.v., 218, 224 e.v., 249, 251, 256, 258 e.v.
exclusief recht | 19, 147, 242
executie | 132, 187

F
formeel vruchtgebruik | 38-39, 41, 53

G
gebruik en bewoning, recht van | 52, 144, 178, 182
gebruiksplicht | 268 e.v.
gemeen recht | 7, 37, 45, 273
gemeenschap | 63, 132, 140, 181, 182
genotsrechten | 13, 21, 24, 182, 191 e.v., 265
gerechtigdheid tot | 115, 147-148, 154, 179, 219
gerechtigdheid uit | 115, 147-148, 167
gesloten stelsel, gesloten systeem | 6, 9, 52, 124, 144, 206, 214, 217, 262, 267
zie ook numerus clausus
Glossatoren | 37, 40-42, 61-62, 65-66
goederenrechtelijk recht | 6, 51-52, 56, 62, 65-67, 102, 114, 122-123, 125, 130, 166, 214, 217, 233, 235-237, 240-242, 245-246, 248, 253-256, 263, 276-277
goederenrechtelijke werking | 206, 217, 222-223, 235
grondbeleid | 271
grondrente | 9, 228, 268

H
heerschappijverdeling | 232-234, 238-240, 276
horigheid | 248-252
huur | 120, 256, 265, 270
Huisvestingswet | 271
hypotheekrecht | 31 e.v., 52, 86, 118, 133, 182 e.v., 195, 251-252

I
inbezitneming | 57, 174, 221
inbreuk | 240, 242, 250
information and transaction costs | 254
inschrijving | 73-75, 136-137
insnoerende bepaling, insnoerende verplichting | 229, 232-234, 239-241, 276
intellectueel eigendomsrecht | 103, 164, 172-173, 182-183, 219, 251
in iure cessio | 14-16, 19, 22, 28-30
ius commune | 37
ius ad rem | 42
ius in re(m) | 42, 62
ius in re specificum | 42
ius in personam | 62
ius in re aliena | 3, 14, 66, 68, 72, 120, 129-130, 177
ius utendi et abutendi | 51, 77

K
kadaster | 137, 253
kettingbeding | 252, 255
kwalitatief bepaald obligatoir recht | 4, 237. 242
kwalitatief recht | 236, 260
kwalitatieve verbintenis | 87, 235 e.v., 243, 246, 255, 276
kwalitatieve verplichting | 6, 206, 236, 245-246, 251, 252, 260, 267

L
last | 3, 22, 27, 34, 41, 65, 70-72, 74, 81, 84, 87, 93, 100, 127, 130, 174, 197-198
leenrecht | 42-43, 249-250
legisten | 67, 77

M
mancipatio | 14-16, 19, 28-30, 33
mede-eigendom | 3, 18, 83, 126, 178, 232

meeromvattend recht | 1, 100-101, 128, 187, 191, 202, 217-219, 222-224, 245
misbruik van bevoegdheid | 252, 257, 270

N
nemo plus-beginsel | 100, 131, 133, 184-185, 190, 193, 197, 201, 215-216, 220-221
Neubildung | 25-26, 45, 48-49, 59, 81, 273
Neubegründung | 45, 49, 57, 81
Neuconstituirung | 45, 49, 57, 59, 81, 138, 273
normaaltypen-leer | 123, 170
notaris | 252, 254
numerus clausus | 6, 124, 214, 251
zie ook gesloten stelsel, gesloten systeem

O
ondererfpacht | 101-102, 187, 192-194, 203
onderhoudsplicht | 208, 230, 234, 247, 260, 272
onderopstal | 192, 203
onlichamelijke zaak | 31, 75, 106 e.v., 146, 147 e.v., 168-169, 171, 196
ontginning | 263-264, 267-269, 272
onvoorziene omstandigheden | 252, 270
openbare registers | 73-74, 137, 253-254
open stelsel, open systeem | 9, 144, 251, 254
opstal | 204-207, 229, 256, 264
opstalrecht | 6, 52, 178, 182-183, 195 e.v., 203 e.v., 234, 249-251, 261-263
originaire verkrijging | 50, 85, 134, 216
oude zakelijke rechten | 252
overdraagbaarheid | 128-129, 131, 134, 139, 144, 149-151, 178, 202-203, 206, 267
overpad, recht van | 21-22, 49, 69, 198, 232

P
Pandektisten | 7, 24, 34, 45 e.v., 61, 65-67, 81, 89, 120, 126-127, 138, 177, 249, 273
pandrecht | 4, 31-33, 46-47, 50 e.v., 55, 58, 119, 123, 132-133, 140, 182 e.v., 201
persoonlijke dienstbaarheid | 21-22, 65, 250
prioriteit(-sbeginsel) | 131-134, 188, 228, 232, 242
privatief | 118, 186
proprietas | 15, 42, 143
publiekrecht | 51, 61, 228, 252, 256 e.v., 269-271
publicatie | 256

Q
quasi dominium | 62-64
quasitraditio | 54-55
Quint/Te Poel-criterium | 265, 276

R
Reallast | 9, 228, 241
rechtsobject | 94 e.v., 125, 144-145, 159, 164, 168-169, 172
rechtszekerheid | 74-75, 253-254, 256
redelijkheid en billijkheid | 252, 270
reële dienstbaarheid | 21-22
reïficatie | 182, 190, 205
res incorporalis zie onlichamelijke zaak
retributie | 229, 234
revindicatie | 146, 153
res nullius | 101, 145, 174
Ruimtelijke Ordening, Wet op de | 270

S
samenloop | 132
samenval van rechtsmomenten | 40, 47, 58, 137
schuldeisersvervanging | 149, 151, 154-155
servituut | 46, 51, 66, 264
servitus altius non tollendi | 49, 69, 80, 101, 127, 227-228

servitus in faciendo consistere nequit | 245, 248
servitus oneris ferendi | 245
stapeling | 70, 93, 102, 121, 150, 154, 176, 181 e.v., 191 e.v., 213, 220, 223-224, 274
stapelingsconstructie | 189, 200, 208, 220, 223-224
subtractieprincipe – *zie* aftrekprincipe
substitutie | 136

T
termijn | 42, 188, 193, 200, 203
zie ook tijdsbepaling
tijdsbepaling | 218, 224
zie ook termijn
toebehoren(, recht van) | 95 e.v., 101, 103-104, 105-106, 107 e.v., 117, 121-123, 125 e.v., 142 e.v., 163 e.v., 274
toestemming | 266-268
traditio | 30-34, 40, 54
translatieve overdracht | 50, 84-85
Typenfixierung | 6, 214, 217, 254, 262
Typenzwang | 6, 214, 217, 254, 262

U
usufructus causalis | 15, 38
usufructus formalis | 38
utilitas | 52

V
vereenzelviging | 3, 7, 94, 106-107, 112, 114, 117-124, 127, 142 e.v., 154 e.v., 162 e.v., 178-180, 274
verhandelbaarheid | 149, 251
verkrijgende verjaring | 48, 108, 111, 113-114, 134-136, 146, 153, 157
vermogensbestanddeel | 107, 116, 121, 123, 144-145, 148-149, 155 e.v., 162 e.v., 172, 177, 180, 184, 274
vermogensrecht | 94 e.v., 105 e.v., 124-125, 142, 126, 148, 156, 159, 163, 165-169, 172, 178-179, 182, 274-275
verplichting tot een doen | 5-6, 9, 214, 219, 222-223, 228, 230-231, 234, 237, 239-241, 243, 245-246, 248 e.v., 264, 276
verplichting tot een dulden of niet-doen | 5, 79-81, 228, 230, 239, 244-245, 250, 253, 258, 260, 264, 276
voldoende verband(-vereiste) | 258 e.v.
voorbehoud van beperkt recht | 14 e.v., 25 e.v., 40-42, 46 e.v., 136-141, 273
voorrang | 32, 131-132, 141, 186, 250
voorwaarde | 188, 193, 200, 203, 218, 224, 266-267
voorwerp van recht | 123, 144, 155, 190
vorderingsrecht | 93-99, 101-104, 109, 111, 114-116, 123-124, 125, 144-145, 147 e.v., 164, 167-170, 179-181, 204, 213, 219, 274
vruchtgebruik | 4, 14-17, 20-24, 28 e.v., 37 e.v., 46, 65, 76, 79, 108, 123, 128, 132, 137-138, 150, 154-157, 167, 182, 186, 195 e.v., 229, 234, 246-247, 251-252, 254-255
vruchttrekking | 23-24, 38-39, 41, 51, 53, 147, 156
vulgair recht | 24, 29-30
vulgarisering | 19, 30

W
Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland | 250
wezen van het recht | 236, 258-261, 264, 267-269, 272

Z
zaaksgevolg | 120, 235, 242, 255
zakelijke dienstbaarheid – *zie* reële dienstbaarheid
zakelijke last, zakelijke verplichting | 84, 231, 236, 241, 246-247, 249
zakelijk recht | 1, 17, 43, 46, 67 e.v., 102, 107, 116, 129, 150, 170, 175, 178, 194, 196, 198, 204, 231, 233, 244, 257, 262-263
zekerheidsrechten | 13, 24, 31, 177, 182 e.v., 218-219, 224, 226, 239, 256

Curriculum vitae

1981	Geboren te Hilversum
1999	Eindexamen gymnasium aan het Fioretti College te Lisse
2005	Doctoraalexamen notarieel recht aan de Universiteit Leiden (*cum laude*)
2006-2012	PhD-fellow notarieel recht aan de Universiteit Leiden
2013-heden	Universitair docent notarieel recht aan de Universiteit Leiden

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2012 en 2013 verschenen:

MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2

MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Cocial Disclosures. An International Comperative Study,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1

MI-202 K.J.O. Jansen, Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, (diss. Leiden), Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9

MI-203 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, 978 90 1310 377 9

MI-204 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink& J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseenandunforseencircumstances*, BWKJ nr. 27, Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 959 7, eISBN 978 90 1310 960 3

MI-205 A. Eleveld, *A critical perspective on the reform of Dutch social security law. The case of the life course arrangement*, (diss. Leiden) Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 174 8, e-ISBN 978 94 0060 112 3

MI-206 C.P.M. Cleiren, M.J. Kunst, J.L. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde, *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, ISBN 978 90 5931 921 9

MI-207 B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss. Leiden), Amsterdam 2012, ISBN 978 94 6190 174 3

MI-208 A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, (diss. Leiden), Leiden 2012

MI-209 C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 90 466 0570 7

MI-210 R. Simarmata, *Indonesion Law and Reality in the Delta. A Socio-Legal Inquiry into Laws, Local Bureaucrats and Natural Resources Management in the Mahakam Delta, East Kalimantan,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 184 7, e-isbn 978 94 0060 131 4, e-pub: 978 94 0060 132 1

MI-211 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, ISBN 978 90 8974 729 7

MI-212 J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 13 10886 6

MI-213 F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, ISBN 978 90 5850 880 5

MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013

MI-215 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 597 0

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek