



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



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

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 Christus¹, of, zo men wil, 1450 ná Christus² 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 rechtsoverdrachten (*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 zelf⁸ 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, quamvis etiam per mancipationem constitui possit 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 *ususfructus 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 ‘revertere/reverti’ 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 ‘afsplittingsmodel’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 gezien 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 529 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 opnemings 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 & Zwolve 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 & Zwolve 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 blijkt 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 ongenueerde 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, voortvloeiende.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 *bezwaren* 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 kwam³⁷ – 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 Zwolve, *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 uitspraak 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. (...)” (*Usus fructus 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 proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet* (...) De vertaling is ontleend aan Zwolve, 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 Zwolve 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 stipuatus 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 Zwolve 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 Zwolve, *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 vermenigving. 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 maken⁵⁴, in: D. 8,2,34 en D. 8,4,6⁵⁵) 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 erfdienstbaarheid⁵⁶, 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 *zél*f 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 höchstens 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 gemakkelijker 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 dan 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. 27,9,2⁷⁷ 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 ⁷⁹Hier 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 ⁸¹Nu 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 huldigen, 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 Justinianus⁹⁰, 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 Zwolve 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.

